REVISTA DO CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFBA

XXVI Edição, v. 26

Salvador
2025/2026

PUBLICAÇÃO ANUAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Edição eletrônica

Distribuição: Todo o território nacional

Revista do CEPEJ, v. 26 – 2025/2026 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2026

308 p.
v. 26

E-ISSN 2595-3435
1. Direito - Periódico

CDD 340.05

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem indicação da fonte

EQUIPE CEPEJ

DIRETORIA EXECUTIVA

GESTÃO 2025

Diretoria de Presidência
Maria Isabel Cordeiro da Silva Calado
Bruno Miguel Almeida Gomes

Diretoria Administrativo-Financeira
Ana Luísa de Souza Menezes

Diretoria de Comunicação
Paulo José de Carvalho Santos

Diretoria de Gestão de Pessoas
Raniele Alves Souza

Diretoria de Projetos
Arthur Ribeiro Santavico

GESTÃO 2026

Diretoria de Presidência
Pedro Gil Aguiar Vida
Letícia Azevedo Santos

Diretoria Administrativo-Financeira
João Vitor Oliveira Santos Mascarenhas

Diretoria de Comunicação
Felippe Tinel Mendes

Diretoria de Gestão de Pessoas
Rebeca Barreto Cruz

Diretoria de Projetos
Miguel Pinto da Silva Dantas

SECRETARIA GT REVISTA

GESTÃO 2025

Secretária
Udma Uldiery Oliveira Silva

Vice-Secretário
Arthur Ribeiro Santavico

GESTÃO 2026

Secretário
João Mustafa Tanajura de Souza

Vice-Secretária
Ana Luiza de Queiroz Costa

EQUIPE RCEPEJ

EDITOR-CHEFE

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

COMISSÃO EDITORIAL

Ana Luiza de Queiroz Costa
Annara Souza Cardoso
Arthur Ribeiro Santavico
João Henrique Ribeiro Novais
João Mustafa Tanajura de Souza
Júlia Almeida Gouveia Costa Cardim
Juliana Vasconcelos Silva
Letícia Azevedo Santos
Maria Isabel Cordeiro da Silva Calado
Miguel Pinto da Silva Dantas
Pedro Lucas Coutinho de Matos Macedo
Sofia Beldel Dib de Abreu
Talita Lago Gomes
Udma Uldiery Oliveira Silva

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia (UFBA)
Prof.ª Dra. Renata Queiroz Dutra (UnB)
Prof.ª Dra. Maria Cecília A. M. Lemos (UnB)
Prof. Dr. André Karam Trindade (UniFG)
Prof.ª Dra. Clarisse Laupman F. Lima (PUC- SP)
Prof.ª Dra. Margareth Vetis Zaganelli (UFES)
Prof. Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira (UFRJ)

REVISÃO E DIAGRAMAÇÃO

Udma Uldiery Oliveira Silva

CAPA

Udma Uldiery Oliveira Silva

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA

Rua da Paz, s/n, Faculdade de Direito da UFBA, CEP 40150-140, 2º Andar, Sala 207, Salvador/BA

E-mail revistadocepej@ufba.br
Site revista.cepej.com.br

PARECERISTAS AD HOC

2025-2026

Prof. Dr. Adamo Dias Alves
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
E-mail adamodiasalves@gmail.com

Prof.ª Dra. Alessandra Oitaven Pearce de Carvalho Monteiro
Universidade Federal da Bahia (UFBA)
E-mail: alessandrapearce@hotmail.com

Prof. Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
E-mail: clarindoneto@gmail.com

Prof.ª Dra. Estéfany Rocha Monteiro
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
E-mail: estefanyrmonteiro@gmail.com

Prof.ª Ma. Fernanda dos Santos R. Silva
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
E-mail: fernanda@irisbh.com.br

Prof. Dr. Flávio Marques Prol
Universidade de São Paulo (USP)
E-mail: fmprol5@gmail.com

Prof. Dr. Ícaro Jorge da Silva Santana
Universidade de Brasília (UnB)
E-mail: icarojss@gmail.com

Ma. Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: eller.isadora@gmail.com

Prof.ª Dra. Kátia Carolino
Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)
E-mail: katia.carolino@uemg.br

Prof.ª Dra. Kelly Cristina Canela
Universidade Estadual Paulista (Unesp)
E-mail: kelly.canela@unesp.br

Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
E-mail: lucianonascimento@servidor.uepb.edu.br

Prof. Dr. Marcos Vinicius Torres
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
E-mail: mviniciusrj@hotmail.com

Prof.ª Dra. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)
E-mail: monica.teresa@ufma.br

Prof. Dr. Newton Oliveira Lima
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
E-mail: newtondelima@gmail.com

Prof. Dr. Paulo Rená da Silva Santarém
Universidade de Brasília (UnB)
E-mail: paulorenadasilvasantarem@gmail.com

Prof.ª Dra. Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva
Faculdade Três Marias
E-mail: tamisain@hotmail.com

SUMÁRIO

Editorial 8

Prefácio 10

MEMÓRIA

O fenômeno político 17
André Batista Neves

ARTIGOS CONVIDADOS

A possibilidade de utilização do silêncio parcial em favor do réu a partir do sistema acusatório 40
Luiz Gustavo Silva Reis
Misael Neto Bispo da França

ARTIGOS

A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa: uma análise à luz dos remédios contra a omissão inconstitucional 56
Nathália Malheiros Peltier Muniz

Mitologia comparada, pureza, pecado e punição: o sistema penal como rito simbólico 78
Tatiana de Amorim Badaró

A proteção jurídica dos animais no anteprojeto do Código Civil: análise da proposta dos novos dispositivos legais 98
José Luiz Tourinho Braga Costa

Manipulação de resultados em partidas de futebol no Brasil: análise da constitucionalidade da sanção de eliminação imposta ao atleta Romário à luz do artigo 5º, xlvii, "b" da Constituição Federal 117
Bruno Ribeiro Joaquim de Carvalho
Thiago Antônio José Moreira Coêlho

"Não é humor; é escárnio": a reação social às manifestações humorísticas discriminatórias 145
Tiago Alves de Oliveira

A proteção de dados no Brasil e o direito fundamental à privacidade 179
Amanda Maria Maia Netto Campos
Eduardo Souto Freitas Filho

A importância da arbitragem no mundo interdependente contemporâneo: uma análise sob a ótica do Mercosul 203
Diego Almeida e Fraga

Maternidades torturadas uma análise da maternidade como agravante da tortura na ditadura militar brasileira (1964-1985) 218
Camila Sena Costa
Maria Eduarda Short Bonfim
Rafaela Barbosa Carneiro

Responsabilidade civil sobre empresas de serviço público na cidade de Ilhéus: garantia do direito dos cidadãos no ônibus coletivo de Ilhéus 236
André Gabriel Alves Santos
Lucas Davi Paixão Serra

A moral como parâmetro de validade do negócio jurídico: tensões constitucionais na vigência do Código Civil de 2002 262
Rafael Ferraz Pereira Oliveira

Tribunal do júri e o efeito "menos é mais": ressignificação garantista de uma decisão política proferida pelo STF 283
João Victor Lima Vasconcelos

RESENHAS

Pluralismo jurídico e sujeitos coletivos de direito sob crítica 299
José Roberto Nogueira de Sousa Carvalho

EDITORIAL

Esta 26ª edição começou a tomar forma em 2025, ano em que o nosso Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas completou quarenta anos de fundação, e vem a público em 2026, quando a Revista, nascida em 1988, chega aos trinta e oito. A coincidência de celebração se estende à casa que abriga ambos. Neste ano, a Faculdade de Direito da UFBA, a primeira faculdade de Direito da República, completou cento e trinta e cinco anos. A comemoração toma aqui a sua forma mais simples, que é uma nova edição.

Ela reúne doze trabalhos selecionados pelo Edital de Submissão encerrado em 9 de junho de 2025, onze artigos e uma resenha, sob o desenho que acompanha a Revista nos últimos anos: seleção pública, avaliação *em double-anonymous peer review* (avaliação por pares duplamente anônima), exigência de ineditismo, liberdade de temática e estímulo à publicação por estudantes ainda na graduação. A variedade dos trabalhos dá a medida dessa abertura, da omissão legislativa do Estado à proteção de dados, da arbitragem no Mercosul à maternidade nos porões da ditadura, dos animais no anteprojeto do Código Civil ao tribunal do júri. Reúne também o artigo do Professor Misael Neto Bispo da França, convidado que, em sintonia com a vocação da entidade, escreve em coautoria com o graduando Luiz Gustavo Silva Reis.

É esse mesmo compromisso com a origem que abre margem para duas novidades. A primeira é a seção Memória, inaugurada com a prova escrita apresentada pelo Professor André Luiz Batista Neves no concurso de 2008 para professor da Faculdade de Direito da UFBA, cedida a convite da Comissão Editorial e publicada na íntegra. É um gênero que muitas vezes não chega ao público, o texto acadêmico produzido em condições de exame, sem consulta e contra o tempo. A segunda é a estreia do gênero resenha, com a leitura crítica de uma obra de teoria do direito, sinal de que a Revista passa a acolher também esse modo, exigente, de fazer ciência.

Tudo isso chega ao leitor mais tarde do que o desejado, circunstância conhecida das revistas estudantis, cujas equipes se renovam a cada ciclo de formatura, além de enfrentarem dificuldades técnicas. O mesmo período, porém, trouxe a medida de que o trabalho acumulado por sucessivas gestões deu resultado, pois na avaliação do quadriênio 2021–2024, divulgada em 2025, a Revista passou do estrato C ao B2 do Qualis-Periódicos da CAPES. Aos articulistas e aos professores pareceristas *ad hoc*, agradecemos a confiança e a permanência de seus trabalhos durante a espera.

Agradecemos, de modo especial, à ex-Secretária do GT Revista, Udma Uldiery, membra associada do CEPEJ desde 2024, cujo empenho nos últimos meses foi decisivo para que a coletânea tomasse forma. É dela o prefácio que abre a edição, dedicado à memória da Revista em seus trinta e oito anos, assim como o trabalho de revisão e diagramação final.

Entre a primeira edição e esta, mudaram os formatos, as plataformas e as gerações. Não mudou o essencial, que é haver, na Faculdade de Direito da UFBA, estudantes dispostos a fazer ciência circular. Desejamos uma excelente leitura!

João Mustafa Tanajura de Souza
Secretário do GT Revista (2026)

Ana Luiza de Queiroz Costa
Vice- Secretária do GT Revista (2026)

Letícia Azevedo Santos
Vice-Presidente do CEPEJ (2026)

MEMÓRIA

O FENÔMENO POLÍTICO

THE POLITICAL PHENOMENON

André Luiz Batista Neves*

RESUMO: Publica-se, a convite da Comissão Editorial, a versão digitalizada da prova escrita – manuscrita – apresentada pelo autor no concurso público para o cargo de professor assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (Edital n. 15/2008), cujo ponto sorteado foi "Fenômeno Político". O texto demonstra as insuficiências e incoerências das abordagens tradicionais do tema no campo do Direito; explica a relação do fenômeno político com os demais subsistemas sociais; apresenta as três vertentes da Ciência Política (politics, policy e polity); discorre sobre os atores da política – grupos de pressão, movimentos sociais, partidos políticos, imprensa e o próprio Estado; esboça uma definição de política e breves considerações sobre o poder político; e traça uma genealogia da democracia, para sustentar que a estabilidade democrática e a cidadania inclusiva dependem do reconhecimento recíproco e da garantia do mínimo existencial, de modo que a democracia não opere como motor de exclusão social. Precede o texto introdução elaborada pelo autor para esta publicação.

Palavras-chave: fenômeno político; ciência política; atores políticos; democracia; mínimo existencial.

ABSTRACT: *The primary objective of this article is to examine the roles of the procedural actors during criminal prosecution, with particular emphasis on the defendant's interrogation. To this end, the study takes as its starting point the adoption of the adversarial criminal justice system within the Brazilian legal order and the possibility of invoking partial silence during questioning. The research is based on a bibliographical and jurisprudential review, complemented by a comparative law approach aimed at broadening the scope of the discussion. The study concludes that Brazil's inquisitorial legal tradition continues to hinder the implementation of a criminal procedure grounded in constitutional guarantees and the adversarial system. In many instances, this tradition unduly expands the powers of procedural actors in pursuit of an exacerbated model of penal efficiency, thereby undermining the fundamental safeguards inherent in a democratic system of criminal justice.*

Keywords: *political phenomenon; political Science; political actors; democracy; existential minimum.*

* Doutor (2023) e Mestre (2007) em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito (1998) pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professor Associado de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFBA. Procurador da República. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9455113387740694. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8842-0533.

1 INTRODUÇÃO

Essa é a versão digitalizada da prova escrita – mais que isso, manuscrita – com que tive a honra de participar do concurso público para o cargo de professor assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (Edital n. 15/2008).

Presidida pelo Professor Manoel Jorge e Silva Neto, a banca foi também composta pela Professora Sandra Regina Martini Vial (Unisinos) e pelo Professor Luiz Alberto David Araújo (PUC/SP). O ponto "Fenômeno Político" foi sorteado uma hora antes do início da redação.

Nesta versão, gentilmente publicada na Revista do CEPEJ, acrescentei notas de rodapé, corrigindo erros de grafia, e as referências completas das obras citadas no decorrer do meu texto manuscrito.

Em uma sociedade politicamente polarizada, a publicação deste trabalho é feita na esperança da superação de visões radicais baseadas na lógica exclusivista de "amigo-inimigo", propondo em seu lugar um Estado fundado no pluralismo, no resgate da fraternidade e na inclusão do outro. Além disso, ao rejeitar visões reducionistas, essa contribuição tenta jogar luz sobre o papel indispensável e mediador de múltiplos atores sociais – como grupos de pressão, movimentos sociais, partidos políticos e a imprensa livre – essenciais para reabrir canais institucionais de diálogo. Mais que isso, a contribuição central dessas ideias, agora publicadas, talvez esteja na lembrança de que a estabilidade democrática e a cidadania inclusiva dependem do reconhecimento recíproco e da garantia do mínimo existencial, impedindo que a democracia funcione como um motor de exclusão social.

2 A PROVA PROPRIAMENTE DITA

CANDIDATO: ANDRÉ BATISTA NEVES

Fenômeno Político

A temática relativa ao fenômeno político é uma das mais árduas, tanto para a Ciência Política, quanto para o Direito Constitucional. Aliás, é por intermédio de seu enfrentamento que se percebe a felicidade de Bolzan de Morais ao afirmar, em apostila relativa a curso ministrado na Escola Superior da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que se deve procurar substituir a concepção de uma Teoria Geral do Estado apartada do (e muitas vezes sem diálogo com o) Direito Constitucional por uma "Teoria do Estado Social" (entendendo-se, no particular, a palavra "social" como atributo do chamado Estado Democrático de Direito).

É também no exame do fenômeno político que se percebe o distanciamento – funesto para a compreensão – entre o tratamento dado pela manualística especificamente voltada para o Direito e os desenvolvimentos mais recentes das Ciências Sociais. Em seus "Ensaios sobre Gramsci", Bobbio lembra, logo à portada, que o pensamento político ocidental, de Hobbes em diante, foi marcado por uma perspectiva "evolutiva" que culmina sempre no Estado como ponto supremo e culminante da epopeia humana, de sorte a que, mediante a racionalização e o reconhecimento da potestade (o termo é de Carré de Malberg) estatal, chegar-se-á ao ápice da fenomenologia do político. Embora esta visão – lembra Bobbio – seja contestada pelos autores da linha marxiana (que concebem o Estado como fenômeno transitório), não se pode contestar sua quase hegemonia para aqueles que pensaram na Ciência Política voltada para o Direito.

O resultado disto é que a maioria dos livros do curso reporta-se às comunidades primitivas (Marcello Caetano chama-as de "imperfeitas", em cujo processo de desenvolvimento rumo à sociedade "desenvolvida" intervêm os processos de institucionalização do poder e de criação do Direito), concebendo o Estado de maneira similar ao que faz, por exemplo, o Professor Nelson Sampaio: como uma comunidade política organizada (grifo nosso) dotada de capacidade/personalidade (Nelson Sampaio prefere "capacidade", por entender possível configurar-se o Estado mesmo em entes que não tenham ainda sua personalidade jurídica reconhecida pelo Direito Internacional Público) jurídica interna e externa, assentada em uma base territorial e com poder de impor o Direito às pessoas compreendidas em seu âmbito.

Em outras palavras, é corriqueiro encontrar, nos manuais que apresentam a Ciência Política aos estudantes de Direito, a ideia implícita de que a estatalidade é a mais refinada forma do exercício do poder político.

Desta maneira, este componente de um senso comum teórico (para usar o conceito apresentado por Luís Alberto Warat) algo distorcido é reproduzido na academia, perpetuando-se no tempo.

Há evidente gravame nesta forma de conceber o mundo. Primeiro, porque desvaloriza o espaço e a voz dos entes não estatais, que desempenham papel cada vez mais relevante na dinâmica política. Segundo, em razão de depreciar as comunidades e os povos menos "organizados" (leia-se, menos conformados à dinâmica ocidental da política).

Isto fica nítido, por exemplo, em Marcello Caetano ("Manual de Ciência Política e Direito Constitucional"). Ao formular seu conceito de "povo" (o elemento humano do Estado, a ele ligado pelo vínculo jurídico da nacionalidade), o autor português expressamente admite a possibilidade de alguém ser "súdito" (no sentido etimológico da palavra: "sub dito", estar sob o mando) de um Estado, mas não ser cidadão, apesar de nacional. E, para tanto, cita justamente o exemplo dos indígenas, enquanto não integrados à comunidade nacional.

Vale salientar, a propósito, que a concepção integracionista dos povos indígenas (= povos a caminho da "integração" na comunidade nacional, como queria Rondon), presente na Lei 6.001, foi frontalmente espancada pela Constituição de 1988, que determina, ao ordenamento jurídico extra-indígena, o respeito aos costumes e às formas de organização social – inclusive mediante a garantia do eterno usufruto das terras que tradicionalmente ocupam – destes povos.

É o que determina a Constituição da República. Mas os manuais, em sua maioria, ainda inflam os acadêmicos (e futuros profissionais) deste nítido preconceito etnocêntrico contra as sociedades "menos organizadas".

Para piorar, o Direito mantém uma relação "esquizofrênica" com a política. No Direito Constitucional – nascido como disciplina autônoma para regular e limitar o fenômeno político, como ensina Celso Bastos – isto é mais que evidente. A chamada *avoidance doctrine* (em tradução livre: "doutrina do evitamento"), desenvolvida desde o

século XIX no Direito Constitucional americano preconiza, dentre outras coisas, que ao Judiciário é defeso o exame das "*political questions*" ("questões políticas"). Há nítido preconceito – muitas vezes, é de se admitir, movido por fundadas razões – com argumentos de ordem pragmática, não raros desqualificados como "políticos". Esta concepção depreciativa do fenômeno político é típica filha do Iluminismo e do positivismo (vide, a propósito, Schreyer e Schwarzmeier, "*Grundkurs*[1]...", que iniciam sua obra citando uma frase que Goethe inseriu no Fausto, igualando os adjetivos "*politisch*" (político) e "*garstig*" (repugnante).

Em suma, ao abordar o fenômeno jurídico, deve-se procurar o abandono dessas duas pré-compreensões equivocadas: a) da estatalidade totalizante e fatalística; b) da depreciação do fenômeno político.

Feita tal advertência, é tempo de examinar o fenômeno político propriamente dito, apartando-o (se é que isto é possível) do econômico e do social.

Antes de tudo, é necessário notar que tais fenômenos não existem em si mesmos. São apenas percepções ou efeitos que brotam das condutas humanas, em suas relações intersubjetivas. Por isso, uma determinada ação, ou conjunto de ações, pode representar, a um só tempo, algo de significativo para o subsistema econômico e para o subsistema jurídico. Um ataque especulativo a uma bolsa de valores valerá, por exemplo, como algo de impactante para a economia de um Estado e, simultaneamente, para o seu sistema político. Se trata de um fenômeno político, jurídico ou econômico? Depende do ponto de vista do observador (e do subsistema social que ele integrar).

Esta é a forma mediante a qual se deve compreender a tentativa de sustentar aquilo que Nelson Sampaio denomina, em seu prólogo, de relativa autonomia do fenômeno político. Em verdade, as diversas condutas humanas representam (ou podem representar) significados diversos, a se depender do subsistema social que integrem.

Isto não quer dizer, obviamente, que cada subsistema não tenha sua lógica própria. A diferenciação funcional de cada um deles (cf., por exemplo, Luhmann, *La differenziazione del diritto*) implica o respeito às respectivas lógicas internas, sob pena de corrupção do sistema "dominado". Mas também não pode significar que sejam "autistas", ou seja, que não selecionem, cada qual à sua maneira, os *inputs* externos.

[1] No original, o candidato equivocou-se e grafou *"Grundkurz"*.

Por essa razão, o fenômeno econômico (*rectius*: as condutas humanas que repercutem na seara da economia), quando regulados pelo ramo do Direito que lhes é próprio (o Direito Econômico) gera um conjunto de princípios setoriais, específicos, a exemplo da economicidade que, como bem aponta o Professor Manoel Jorge e Silva Neto, é típico de tal província jurídica.

Em outras palavras, a "relativa autonomia do fenômeno político" que Nelson Sampaio intuía, nada mais é que um reflexo da autonomia do subsistema político frente aos outros subsistemas sociais (econômico, jurídico, cultural etc.).

Até o momento, não se esboçou um conceito de política. E isto ocorreu porque, como lembra Pasquino ("*Prima lezione di Scienza Política*"), a política não é uma, mas várias.

Em sua "*Scienza Política*", Maurizio Cotta, Donatella della Porta e um terceiro autor (cujo nome o candidato não se recorda)[2] ensinam que a Ciência Política comporta três vertentes (ou "faces"), que podem ser resumida em três palavras da língua inglesa que igualmente derivam do radical grego "polis": a) *Politics*; b) *Policy*; c) *Polity*.

Como *politics*, a Ciência Política se ocupa do exercício da aquisição e da perda do poder, por parte dos indivíduos e das instituições. O fenômeno político é examinado nesta perspectiva, que aliás é a mais familiar do Direito Constitucional e à Ciência Política voltada ao Direito.

Por outro lado, compreender política como *policy* significa examinar o fenômeno político a partir de suas manifestações nas políticas públicas ("Estado na sociedade', dizem Maurizio Cotta e Donatella Della Porta). Estas, por seu turno, podem ser entendidas como o conjunto de ações que congregam o Estado e a sociedade, para a consecução dos fins constitucionalmente determinados (acepção próxima, por sinal, à defendida no Brasil por Ana Paula de Barcellos).

Finalmente, a *polity* pretende estudar a comunidade política, em especial na sua feição estatal (e de suas inter-relações).

Do quanto já visto, talvez fosse possível arriscar uma melhor compreensão do tema, faz-se mister atentar para uma importante parcela da questão,

[2] Leonardo Morlino.

indesculpavelmente olvidada pela concepção "estatalista": a dos "atores" sociais envolvidos na produção dos fenômenos políticos.

A redução da política ao Estado e da Ciência Política à teoria do Estado, filha dileta da *allgemeine Staatslehre* do começo do século XX e do positivismo a ela subjacente, diminui a importância das pessoas e dos grupos que se movem no "teatro de operações" da política.

Com isso, não se vê a importância dos indivíduos para com o Estado e junto à própria sociedade civil (a propósito, a dicotomia Estado-sociedade, tão nefasta para a efetiva implantação da democracia, é tão presente que por vezes contamina a própria pré-compreensão deste candidato, que dela se pretende ciente).

Além disso, não atenta para a importância, nos processos democráticos, dos grupos de interesse ou grupos de pressão. Como bem perceberam Schreyer e Schwarzmeier, esses grupos potencializam a representatividade dos interesses experimentados individualmente ou coletivamente, mediante a seleção dos assuntos/temas mais importantes (exemplo: as chamadas "pautas de reivindicações"), bem como a defesa desses assuntos ou temas. A repercussão da atuação destes grupos é crucial para o Direito, nos seus mais diversos campos. Basta lembrar, por exemplo, que membros da categoria profissional de que o candidato é parte, admitidos antes do advento da Constituição de 1988, podem exercer a advocacia (ressalvadas as interpretações em contrário, após a Emenda Constitucional n. 45), por força de dispositivo incluído no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como resultado do labor de grupos profissionais (leia-se: de representação profissional) de interesse.

Ainda assim, o Direito pátrio não cuidou de regular convenientemente o emprego lícito dos "*lobbies*". Estes últimos são essenciais à democracia, como se viu anteriormente. Mas aqui a sua atuação – infelizmente por vezes posta a serviço de interesses escusos – ainda está a merecer uma disciplina mais atenta do subsistema jurídico.

Dentre os atores políticos, cumpre ainda destacar a atuação dos movimentos sociais. O candidato arrisca-se a conceituá-los como grupos de interesses qualificados por uma ou mais finalidades sociais, entendendo-se "finalidade social" como objetivo voltado à desestruturação de estruturas de exclusão ou de discriminação ínsitas à sociedade. Não se quer, com isso, esposar uma visão excessivamente idílica desses

grupos sociais. Como em toda atividade humana, no seio deles há a defesa de interesses outros que não aqueles que motivaram/motivam a constituição de tais grupos.

Demais disso, não raro movimentos sociais passam a empunhar, justamente com seus objetivos precípuos, outras bandeiras de luta – como ocorre atualmente com o Movimento dos Trabalhadores sem terra (MST), reconhece a Professora Sandra Vial em artigo publicado no Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mas o fato é que toda a configuração atual das formas democráticas brasileiras seria outra, não fosse sua presença.

Merecem destaque, outrossim, os partidos políticos, agremiações que mereceram inclusive disciplina em sede constitucional (art. 17 da Constituição da República). Trata-se, na forma de legislação específica (que, no particular, espancou as dúvidas doutrinárias) de pessoas jurídicas de direito privado (cf. Lei 9.096), com autonomia constitucionalmente garantida, e que se destinam à defesa das idéias que compõem seus respectivos programas partidários. A doutrina da Ciência Política mais tradicional assevera que seu objetivo último é a conquista e a manutenção do poder político. Este candidato duvida desta condição, entendendo-a não essencial para a existência real de todos os partidos políticos, ao menos no Brasil (grifo nosso). De fato, a fragmentação do sistema partidário nacional permite que existam como partidos políticos – aptos inclusive à partilha do Fundo Partidário – agremiações de representatividade muito diminuta, geralmente nos espectros mais radicais do ideário político. Alguns não aparentam sequer tentar construir uma alternativa válida para o caso de eventualmente chegarem ao poder (permitindo-se o coloquialismo, cuida-se de partidos que existem quase que apenas para "marcar posição", para demonstrar inconformismo). Mas é um mal com o qual se tem que conviver para que não haja cerceio a uma das condições essenciais à democracia, qual seja, a livre circulação de idéias.

E é esta a função primordial dos partidos políticos: permitir a livre circulação de idéias, mediando a atuação política dos indivíduos junto ao Estado, essencialmente (mas não exclusivamente) no processo eleitoral.

Essencialmente, mas não exclusivamente, pois os partidos políticos têm a prerrogativa de potencializar o controle social sobre o Estado, acompanhando e fiscalizando as ações estatais. Tanto é assim que o constituinte inclusive lhes reconheceu

a possibilidade de ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e argüições de descumprimento de preceito fundamental, bem como, no plano legal, a propositura, a revisão ou o cancelamento de súmulas vinculantes, desde que disponham de ao menos um representante em ao menos uma das Casas do Congresso Nacional.

A imprensa também desempenha papel crucial. Ao permitir que seja concretizada a liberdade de informação, ela possibilita que o controle social seja mais efetivo, bem como que a inevitável influência do poder econômico nas eleições (que é regrada, mas nunca poderá ser eliminada) seja minimizada.

Obviamente, para que isto aconteça é imperioso que também os meios de comunicação social sejam disciplinados pelo subsistema jurídico. A atual Constituição brasileira dedica-se ao tema, embora por vezes não se haja com muita felicidade. Protege as liberdades constitucionais (*rectius*: direitos fundamentais) à manifestação do pensamento (vedado o anonimato) e de imprensa (produção e circulação de conteúdos), protegendo esta última com a garantia do sigilo da fonte jornalística. Veda a censura prévia, substituindo-a, no caso dos conteúdos audiovisuais, por uma classificação indicativa (visando principalmente à proteção por faixa etária). Preconiza o dever de veiculação de conteúdos educativos, em disposição infelizmente ainda não alcançada totalmente pela vontade de constituição. Mas também exclui a concessão de canais de televisão e de estações de rádio do regime geral das concessões públicas, outorgando-a ao Senado Federal, o que propicia a indevida concentração desses meios nas mãos de políticos profissionais (ou de pessoas com eles aparentados ou a eles subordinados). E restringe – inexplicavelmente para um modelo que permitiu a desestatização das telecomunicações, da transmissão e distribuição da energia elétrica e a flexibilização do monopólio do petróleo – a participação do capital estrangeiro.

Com todos os senões, não se pode deixar de reconhecer à imprensa um papel fundamental no jogo democrático.

Por fim, é também "ator" político o Estado. Não na perspectiva centralista, totalizante, de antanho, mas sim de um Estado fundado em uma idéia-força (ou, como quer Häberle, em *Constitución como cultura*, um ato constituinte) necessariamente pluralista. Um Estado que não seja fundado na dicotomia descrita por Carl Schmitt entre

amigo-inimigo, mas que recupere, como bem disse Eligio Resta, o anacronismo saudável da fraternidade.

A propósito, é bem de ver que a *allgemeine Staatslehre* do começo do século XX e final do século XIX (Laband, Jellinek e Carré de Malberg aí incluídos) "esterilizou" o Estado ao mesmo tempo em que o enalteceu (quase que miticamente). Basta ver que desde então o povo que interessa à Ciência Política não é a totalidade dos cidadãos, mas o *Staatsvolk* ("povo do Estado"), expressão encontradiça até mesmo em manuais alemães atuais (p. ex., Doehring[3]). O território, apreendido com base na *Nomos der Erde* schmittiana, é o *Staatsgebiet* ("âmbito do Estado"), enquanto o poder é o *Staatsgewalt* ("poder do Estado").

Não é esse o Estado que se quer como ator político – e permitam-se os examinadores a não adentrar na discussão sobre a definição do Estado, a uma porquanto não contida na delimitação proposta pelo candidato ao tema, a duas, para não ser enredado nas filigranas tão caras à *allgemeine Staatslehre*. Mas infelizmente, nos países periféricos, esse é o Estado que ainda existe.

É verdade que a velha noção de soberania estatal, cunhada a partir dos *Six Livres* de Bodin, encontra-se em xeque, em razão dos fenômenos ligados à mundialização ou globalização.

Globalização que, ao par de intensificar o fluxo econômico entre países, implica o crescimento dos riscos globais (p. ex., ao meio ambiente como ensina Ulrich Beck). E que tem sua face mais insidiosa justamente por fazer crer que não há outra alternativa – ensina Boaventura de Sousa Santos. Esta globalização que cria uma cultura constitucional comum (Häberle, "Constituição como cultura"), capaz de colocar as constituições nacionais em rede (Canotilho, ao explicar a teoria da interconstitucionalidade), modificou significativamente o exercício da soberania, nos seus planos interno e externo.

Sem dúvida a perspectiva externa é assaz interessante, principalmente para o estudo dos fenômenos políticos europeus e diante da *primauté* (primazia) do direito comunitário. Mas, como disse certa feita Perelman, a pressa do tempo comprime o diálogo. Em razão disto, neste estudo será apreciada a repercussão destes fenômenos no plano interno.

[3] Grafia aqui corrigida. Na prova, o candidato grafou "Döehring").

Fazendo-se isto, é forçoso constatar que a desmobilização do Estado Social – que em países periféricos, como o Brasil, sequer chegou a ser de fato construído – leva à precarização dos direitos fundamentais (principalmente no âmbito dos direitos sociais) e, ensina Habermas ("A constelação pós-nacional"), à mundialização da pobreza e do crime. Resta fundamental, para recuperar a capacidade de atuação do Estado como ator político em uma perspectiva realmente democrática, que ele deixe de agir como motor de exclusão social, para construir uma noção de povo que inclua, em vez de excluir (cf. Habermas, "A inclusão do outro". Resta, "O direito fraterno"). Essas são as condições em que o Estado pode e deve atuar.

Ainda assim, não se pode deixar de constatar um fenômeno identificado por Bolzan de Morais como a "neofeudalização" do Estado (cf. apostila citada anteriormente), ou seja, a fragmentação da sua atuação em virtude da ausência de diálogo interno.

Finalmente, o candidato tentará um esboço de conceituação de política. Trata-se do subsistema social que compreende as diversas manifestações do fenômeno político (= dos significados e das expectativas de significado que exsurgem das condutas humanas), protagonizadas pelos atores sociais no âmbito do exercício do poder político (*politics*), das políticas públicas (*policy*) e no próprio seio da comunidade política[4] (*polity*).

E o que vem a ser o "poder político? "Poder político" representa toda pretensão de subordinação de alguém a outra. Não há necessidade de violência, ainda que no plano simbólico (cf. Pierre Bourdieu). A legitimidade (= disposição para acatar as orientações daquele que maneja o poder político) pode se dar pela persecução ou mesmo em razão do exercício do carisma (Max Weber já apartava os tipos de legitimação em tradicional, carismática e burocrática).

Esse poder, ensina Michel Foucault, não é monolítico, mas microfísico (cf. "Microfísica do Poder"). Ou seja: ele está presente em toda e qualquer relação intersubjetiva, em maior ou menor grau. Somente como abstração se pode conceber a soma destes poderes, exercidos individualmente.

O exame do fenômeno político demanda, por fim, uma análise dos processos desencadeados pelos atores políticos, como doutrina Philippe Braud. Dentre eles, avulta, por sua importância, a democracia. Para tanto, será necessário, porém, fazer uma breve

[4] No original o candidato se equivocou e grafou "political".

incursão sobre a história das idéias políticas, para que se possa compreender a dimensão atual do conceito.

Norberto Bobbio, em sua "Teoria das Formas de Governo", aponta que as discussões sobre o tema já interessavam aos gregos muito antes de Aristóteles. Ele registra um diálogo de três persas, na "História" de Heródoto, sobre qual seria a melhor forma de conduzir aquele povo após a morte de Cambises. Um defende a monarquia (governo de um só), ressalvando o outro que tal governo poderia descambar em tirania, propõe o de alguns, ao passo em que o terceiro sugere o governo do povo – ainda não chamado, diz Bobbio, de democracia porque este termo tinha um sentido pejorativo.

Aristóteles volta ao tema. Na sua "Política" apresenta as chamadas três formas puras (monarquia, aristocracia e, para Bobbio, oclocracia – outros autores, como Bonavides e Marcello Caetano usam "democracia") e as três degeneradas (tirania, timocracia e demagogia).

Para Aristóteles, que viveu após a derrocada da democracia ateniense de Sólon, o critério mais relevante não era o da participação popular, mas sim o da unidade política, desde que exercitada para a promoção do bem comum. Destarte, o governo de um só (monarquia), em si mesmo uma forma pura, pode degenerar para o despotismo, para a tirania, caso aquele que comanda deixe de agir em prol da *polis* e passe a satisfazer seus próprios interesses. Da mesma maneira, o governo de poucos é capaz de produzir bons ou maus frutos, a depender do escopo dos que ordenam (ou seja, da preservação ou não da estabilidade política e do bem comum).

A democracia ou oclocracia é vista com desconfiança por Aristóteles. O governo do povo, na sua visão, pode facilmente descambar para a luta entre os que possuem bens e aqueles que não os tem. Bobbio leciona que a democracia, para Aristóteles, apenas tem condições de funcionar como forma não corrompida se houver uma espécie de pacto entre os detentores dos bens de produção e os cidadãos deles desapossados.

Políbio volta ao tema. Ele mantém, em linhas gerais a tipologia de formas de governo proposta por Aristóteles. Mas acrescenta a noção de que estas se sucedem no tempo, de forma cíclica (uma forma pura – uma forma degenerada). A única maneira de se lograr a estabilidade – que também é a principal virtude de uma forma de governo para Políbio – é usar da combinação dos três elementos, exatamente como Roma (onde

Políbio, apesar de grego, vivia) fizera. Desta forma, consorciavam-se no poder os cônsules, representantes do princípio monárquico, o senado (princípio aristocrático) e as magistraturas da plebe (princípio democrático).

Na Idade Média, São Tomás de Aquino conseguiu amalgamar a filosofia aristotélica com a doutrina cristã, estabelecendo/reconhecendo (porque lhe era anterior) a dicotomia entre lei natural/divina e lei humana. De qualquer sorte, no ambiente medievo não podia medrar a idéia de democracia no sentido moderno, eis que é ela antitética ao feudalismo.

Maquiavel, em "O príncipe", usa pela primeira vez o termo "Estado", no sentido que hoje lhe é corrente (isto é, como sinônimo de Estado nacional). E apresenta a dicotomia monarquia-república (principado), que também se tornaria posteriormente hegemônica (com o *status* quase religioso, ensina o Professor catalão Eliseo Aja). Contudo, no que concerne à questão da democracia, manteve, em linhas gerais, a tipologia de Políbio.

Hobbes, não sem razão (dado o período histórico em que viveu), sustenta que o ser humano, no estado natural (pré-estatal), viveria em constante guerra contra os seus semelhantes. Para que haja a promoção do bem comum, é necessário que o Estado (= monarca) se veja investido do poder supremo (não por acaso, ele se usa da metáfora do Leviatã, o monstro bíblico do livro de Jó), poder esse que tem sua origem no próprio corpo de cidadãos. Conquanto tenha servido sua concepção como legitimadora do absolutismo, o contratualismo a ela inerente será o ponto de partida para os desenvolvimentos ulteriores de Locke, Vattel e Rousseau.

Jean-Jacques Rousseau não foi – lembra Maurice Duverger – o "inventor" do contratualismo. Contudo, foi seu grande divulgador. O suíço defendia que os seres humanos eram, no estado natural, livres. Quando se punham, todavia, em sociedade, abdicavam de uma parcela de suas respectivas liberdades, para compor, mediante um pacto (o contrato social) um ente capaz de gerir esse poder, na forma da "indestrutível vontade geral" e com vistas ao bem comum.

Louis Favoreu com precisão assevera que aí estava lançada a semente da soberania popular (hoje constante, por exemplo, do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira). Tal princípio, consorciado com a separação dos poderes

divulgada por Charles de Secondat, Barão de Montesquieu (sim, divulgado, porquanto tivesse sido trabalhada anteriormente por Locke e, mais remotamente, por Aristóteles), fez com que o princípio democrático ressurgisse em solo norte-americano, quando as treze colônias inglesas se separaram de sua pátria-mãe (*rectius*: madrasta, ao menos na visão dos revolucionários).

Esse constitucionalismo "garantista" (cf. Canotilho) repercute de volta na França, onde as dívidas decorrentes da participação da guerra contra a Inglaterra (e não somente pela independência americana) aprofundam a crise econômica e, conseqüentemente, as insatisfações do terceiro Estado, já sobrecarregado de impostos.

Este é o passo de fundo para o surgimento de um pequeno, mas importantíssimo, texto: "*Qu'est-ce que le Tiers État?*", do abade Emmanuel Joseph Sieyès. Para além de separar, pela primeira vez, o *pouvoir constituant* (poder constituinte) dos *pouvoirs constitués* (poderes constituídos) – em si mesmo algo de extrema relevância, mas não comportado exatamente no tema ora em exame – Sieyès reivindica para a Nação, representada pelo terceiro Estado, o poder político ("O que é o Terceiro Estado? Tudo. Como ele é tratado? Como nada. O que ele pretende? Ser alguma coisa").

Ao fazê-lo, contudo, o abade conclui pela inevitabilidade da adoção de um sistema democrático representativo. A seu tempo, Carl Schmitt chamará isto de traição à própria noção de democracia.

Cuida-se de uma injustiça. A democracia representativa só tinha sido implementada nos Estados Unidos da América e, antes disso, nas 13 colônias (ainda que de maneira limitada e de acordo com as regras organizativas de cada uma delas). Isso sem contar com as experiências parlamentares da própria Inglaterra e dos países nórdicos (de que nos dá conta Robert A. Dahl – "Sobre a democracia"). Sieyès não pode sequer ser tachado de autor da teoria da democracia representativa, uma vez que fragmentos dela já podiam ser encontrados em escritos norte-americanos, a exemplo de "O Federalista".

De qualquer sorte, a própria noção de democracia representativa é alterada ainda no curso da Revolução Francesa. Em um artigo intitulado *Les mutations du concept de citoyen en l'an III*[5] (encartado na obra *Théorie des contraintes juridiques*), Michel Troper

[5] Na resposta original, o candidato errou o nome do artigo, pondo *Les mutations du concept de citoyen à la Constitution de l'an III.*

demonstra que o conceito amplo de cidadão que foi plasmado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão se viu restringido pelo estabelecimento de uma renda anual mínima, na Constituição do ano III, da Revolução, para que se tivesse direito ao voto. Estava criada, ao menos na Europa, a democracia representativa censitária (a ressalva se justifica, uma vez que o autor do livro "*James Madison and the struggle for the Bill of Rights*"[6] – cujo nome o candidato ora não se recorda, sustenta que no Estado da Virgínia, à época da instalação da primeira legislatura do Congresso americano, o direito de voto já era condicionado à prova de uma renda mínima).

A defesa mais conhecida da democracia representativa censitária na doutrina francesa virá das mãos do constitucionalista da Restauração monárquica, Benjamin Constant. Nos seus "Escritos sobre política" (há tradução para o português), ele chega a afirmar que o estabelecimento de um patamar mínimo para a participação ativa do cidadão é salutar, pois estimula-o a trabalhar mais e a poupar.

As democracias representativas censitárias espalharam-se pela Europa e serviram de modelo para a primeira Constituição brasileira.

No velho continente, a questão social, causada pela aplicação da igualdade meramente formal em um contexto de profundas desigualdades sociais, levou não só à criação de novos ramos do Direito (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário), seguido da positivação de novos direitos fundamentais – os direitos fundamentais sociais. Concomitantemente a isto (e, para alguns autores talvez por isto) houve a expansão do eleitorado, abolindo-se o voto censitário e, já no século XX, admitindo-se a participação das mulheres.

Nem por isso a democracia representativa deixou de ser objeto de críticas. Adversário da democracia parlamentar de Weimar, Carl Schmitt defendeu que o conceito de político dependia da dicotomia amigo-inimigo. Não no sentido subjetivo, adverte Agassiz de Almeida Filho, mas na acepção objetiva da palavra. O inimigo é o outro, o que não compõe a unidade política. Aqueles que se identificam entre si (os "amigos"), isto é, os vencedores, dentro de um determinado espaço político, impõem a sua decisão sobre a unidade política, decisão esta que deve prevalecer até mesmo sobre a lei constitucional (a forma escrita da Constituição).

[6] Trata-se de Richard Labunski (LABUNSKI, Richard. **James Madison and the struggle for the Bill of Rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006).

Os pensamentos autoritários de Schmitt ficaram claros na fase de seu pensamento chama de "ordem social concreta" (vide a propósito Jorge Vanossi, *Teoría Constitucional*[7]. De qualquer sorte, já na primeira etapa de seu pensar restava evidente a noção que defendia, a da exclusão do "inimigo".

A democracia representativa liberal sofria, outrossim, questionamentos que partiam de outra visão de "democracia": o socialismo de Estado, estribado nas idéias de Marx, Engels e Lênin. Tal democracia hipostasiava o Estado, dominado em tese pela ditadura do proletariado, mas na prática controlada por uma burocracia que nele se refestelava. Os direitos individuais deveriam ceder às necessidades mais prementes do Estado, à busca de uma democracia material e não formal – diziam seus defensores. Tal democracia (e chegou a haver países que a ostentavam em seu próprio nome, como a DDR – "*Deutsche Demokratische Republik*") ruiu com a queda do Muro de Berlim, e subsiste, cambaleante apenas em Cuba.

De qualquer sorte, o fim da segunda guerra mundial trouxe à Europa, e a Constituição de 1988 trouxe ao Brasil um novo tipo de democracia, a democracia deliberativa (Bonavides) ou participativa (Manoel Jorge e Silva Neto).

Ela combina, ainda que timidamente, instrumentos da democracia representativa com outros provenientes da velha democracia direta ateniense (hoje só presente em alguns cantões da Suíça, e assim mesmo de forma limitada).

Sua sede constitucional encontra-se no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, que após reconhecer que todo poder emana do povo, estatui que aquele será exercido diretamente ou pelos seus (= do povo) representantes. Da mesma forma, o art. 14 da Constituição elenca como instrumentos de tal soberania o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular no processo legislativo.

Outra das formas de participação popular na condução do Estado é a ação popular, que também tem assento constitucional. Velha conhecida do Direito (os autores apontam a existência de diversas espécies de ação popular em Roma, inclusive na seara penal), ela encontra-se à disposição de qualquer cidadão, isto é, dos nacionais que estejam no gozo de seus direitos políticos e dos portugueses que desfrutarem dos benefícios do Estatuto da Igualdade. Seu escopo é o de pleitear a anulação de qualquer

[7] Na prova, o candidato grafou "Teoría de la Constitución".

ato lesivo (ou, a título de tutela inibitória ou antecipada, que se evite o cometimento de qualquer ato lesivo) ao patrimônio público em sentido amplíssimo (aí incluídos o meio ambiente, o patrimônio histórico e o patrimônio cultural).

Por isto mesmo, cuida-se de instrumento que permite a interferência do cidadão, via Judiciário, nos desígnios do Estado.

Este candidato afirmou anteriormente que a Constituição atualmente vigente combina elementos da democracia direta com o instrumental da democracia representativa, ainda que timidamente. Cabe aqui uma explicação: muito embora a nossa Lei Fundamental consagre, como se viu, o plebiscito e o referendo – duas formas de consulta popular que, no plano legislativo, foram diferençadas apenas quanto ao momento da consulta (cf. Walter Claudius Rothenburg, em artigo publicado em obra coletiva, feita em homenagem a Celso Bastos[8]) – tais instrumentos são de baixíssima utilização, ao menos no plano federal (no plano municipal, os plebiscitos foram intensamente utilizados, principalmente antes das restrições impostas à criação de novos Municípios com a Emenda Constitucional n. 15). A própria convocação de uma consulta popular desta natureza, nos termos da Lei 9.709, é difícil e exclui a possibilidade de iniciativa do próprio povo.

Aliás, a iniciativa popular também é extremamente árdua, difícil, para sua operacionalização – e desta vez os óbices advêm do próprio texto da Constituição (cf. art. 61, § 2º, CF).

Destarte, a democracia instalada pela Constituição de 1988 é praticamente de índole representativa, embora faça concessões – mais simbólicas ("legislação – álibi", na tipologia de Marcelo Neves) que concretas, à democracia direta.

É uma pena, pois na era da informática é possível conceber novas formas de participação direta, usando-se do ciberespaço, como anteviu Celso Bastos e pontuou Luiz Alberto David Araújo, em obra coletiva feita para homenagear o primeiro jurista.

[8] ROTHENBURG, Walter Claudius. Plebiscito, referendo e iniciativa popular. In: TAVARES, André Ramos, MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenadores). L**ições de Direito em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 656-670.

Porém, mais importante que isso, para a compreensão do fenômeno político (tema desta prova) é a constatação que a democracia hodierna precisa se preocupar com a integração do outro, em vez de sua exclusão.

É esse o sentido de cidadania inclusiva e do Estado Democrático de Direito que se deve promover. No Brasil, não é tão grave a questão da absorção dos estrangeiros no sistema político, pelo que a "*suprassunção* do Estado Social", no sentido da Constituição de um novo sentido de "povo" não é tão premente (cf. Habermas, *A inclusão do outro*).

O que se faz necessário é promover a inclusão dos próprios brasileiros, que vivem à margem dos benefícios gerados pelo modo de produção capitalista, quer por questões sociais, quer por motivos étnico-raciais.

Importa, sim, a implantação de políticas públicas (*policies*) de ação afirmativa para resgatar segmentos sociais que historicamente sofrem a exclusão.

Contudo, mais que isso é hora de intensificar – e a tarefa é de todos nós, mediante a "vontade de Constituição" de Hesse ou do "sentimento constitucional" de Verdú – o reconhecimento e a promoção do chamado "mínimo existencial".

Ingo Wolfgang Sarlet ("A eficácia dos direitos fundamentais") lembra que Bachof, ainda na década de 50 do século passado, defendia que a *Menschenwürde* ("dignidade do ser humano") da Lei Fundamental, implicava o direito a prestações materiais positivas. Assegurar a alguém o direito à vida e à dignidade sem prover os meios materialmente necessários para tanto é, se me permitem o coloquialismo, como convidar um mendigo para entrar na loja Daslu. Não pode haver democracia desta forma.

Sarlet ensina que na Alemanha já se foi além da mera garantia à subsistência (lá compreendida não de forma paternalista e assistencialista, mas, como ensina o professor gaúcho, como uma ajuda para que o outro se ajude). Hodiernamente se chega a defender o mínimo existencial cultural, com as oportunidades inerentes à inclusão efetiva na sociedade (por exemplo, o direito à educação, que Ricardo Lobo Torres, o maior defensor do "mínimo existencial" em nosso país, expressamente indica como prestação a ele inerente).

Nunca é demais lembrar – com Manoel Jorge e Silva Neto – que o "mínimo existencial" não se submete ao regime dos direitos fundamentais sociais, por não estar sujeito à reserva do possível. E é por esta razão que Marcelo Novelino aduz que as

prestações inerentes ao "mínimo existencial" têm ingerência na distribuição dos créditos orçamentários.

Para que a democracia não continue a ser um motor de exclusão dos atores sociais, é imprescindível o concurso do Poder Judiciário. *Resta*[9] ensina que quem recorre ao Judiciário "perde sua face", e isto é verdadeiro. Mas em um país de modernidade periférica como o nosso, em que o aparato do Estado Social começou a ser desmantelado antes mesmo de se concretizar – como disse certa feita Caetano Veloso, "aqui tudo é construção e já é ruína" – o processo democrático somente será de fato includente se o Judiciário instado pela sociedade e pelo Ministério Público se sensibilizar. Não há amadurecimento democrático para que se possa contar – ao menos por enquanto – com o Executivo e o Legislativo.

Nisto não se encontra nenhum libelo panfletário contra aqueles dois poderes. Longe disso, é necessário que os protagonistas dos fenômenos sociais e políticos se mobilizem, usando o jogo democrático, para exigir o respeito efetivo às promessas constitucionais.

Este candidato procurou: a) demonstrar as insuficiências e incoerências das abordagens tradicionais (= para o Direito) do tema "fenômeno político"; b) explicar como ele se relaciona com os outros subsistemas sociais; c) apresentar três vertentes possíveis da Ciência Política; d) discorrer sobre os atores da política; e) esboçar uma definição de política; f) tecer breves considerações sobre o poder político; g) traçar uma genealogia e discutir a democracia. Agora é tempo de chamar novamente Chaïm Perelman, para trazer sua grande verdade: "a prensa do tempo comprime o diálogo".

REFERÊNCIAS

AJA, Eliseo. **El Estado autonómico**: federalismo y hechos diferenciales. 2. ed., 1ª reimpressão. Madrid: Alianza, 2007.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Formas de participação popular na gestão da coisa pública. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 643-656.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

[9] Eligio Resta. O nome foi colocado em itálico na versão digitada para não se confundir com o verbo "restar".

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo – respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre Gramsci**: e o conceito de sociedade civil. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. 1ª reimpressão. Brasília: UnB, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

BRAUD, Philippe. **La science politique**. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 4. ed., reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del Estado**. 1ª reimpressão. México: Facultad de Derecho/UNAM; Fondo de Cultura Económica, 2000.

COTTA, Maurizio; PORTA, Donatella della; MORLINO, Leonardo. **Scienza politica**. 2. ed. Bolonha: Il Mulino, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DOEHRING, Karl. **Allgemeine Staatslehre**: eine systematische Darstellung. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

DUVERGER, Maurice. **Les constitutions de la France**. 14. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

FAVOREU, Louis. **Les Cours Constitutionnelles**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Constitución como cultura**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Nova Iorque: Mentor, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. 2ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

KLOPPENBERG, Lisa A. **Playing it safe**: how the Supreme Court sidesteps hard cases and stunts the development of law. Nova Iorque; Londres: New York University Press, 2001.

LABUNSKI, Richard. **James Madison and the struggle for the Bill of Rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bolonha: Il Mulino, 1990.

MONTESQUIEU. **L'esprit des lois**: choix de textes. Paris: Larousse, 1995.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PASQUINO, Gianfranco. **Prima lezione di scienza politica**. Roma-Bari: Laterza, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RESTA, Eligio. **O Direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Plebiscito, referendo e iniciativa popular. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Lições de Direito em homenagem ao jurista Celso Bastos.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 656-670.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Prólogo à Teoria do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321-354.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 4ª reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SCHREYER, Bernhard; SCHWARZMEIER, Manfred. **Grundkurs Politikwissenschaft**: Studium der politischen Systeme. 2. ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État? Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TROPER, Michel. Les mutations du concept de citoyen en l'an III. In: TROPER, Michel; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; GRZEGORCZYK, Christophe (org.). **Théorie des contraintes juridiques**. Paris: Bruylant; L. G. D. J.; Université Paris X – Nanterre, 2005. p. 45-51.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional. I** – Teoría constituyente: poder constituyente fundacional, revolucionario, reformador. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia e formas de inclusão – exclusão política nos sistemas políticos brasileiro, mexicano e italiano. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre, n. 4, p. 79-95, anuário 2007.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito**: o sonho acabou. v. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 27-34.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). **Sociologia**. 7. ed., 6ª reimpressão. São Paulo: Ática, 2004. p. 128-141.

ARTIGOS

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SILÊNCIO PARCIAL EM FAVOR DO RÉU A PARTIR DO SISTEMA ACUSATÓRIO

THE USE OF PARTIAL SILENCE IN FAVOR OF THE DEFENDANT WITHIN THE ADVERSARIAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Luiz Gustavo Silva Reis[*]
Misael Neto Bispo da França[*]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal enfrentar a problemática acerca dos papéis dos entes processuais durante a persecução penal com enfoque no momento do interrogatório do réu, de modo que se utilizou como ponto de partida a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de utilização do silêncio parcial. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a partir do tema, bem como a perspectiva do direito comparado com o fito de ampliar a discussão. Nesse sentido, compreendeu-se que a tradição inquisitorial brasileira atrapalha a realização de um processo penal de garantias pautado no sistema acusatório, ao passo que muitas vezes "estica" as atribuições dos entes processuais em prol de um eficientismo penal exacerbado.

Palavras-chave: processo penal; sistema acusatório; interrogatório; direito comparado; garantismo penal.

ABSTRACT: *The primary objective of this article is to examine the roles of the procedural actors during criminal prosecution, with particular emphasis on the defendant's interrogation. To this end, the study takes as its starting point the adoption of the adversarial criminal justice system within the Brazilian legal order and the possibility of invoking partial silence during questioning. The research is based on a bibliographical and jurisprudential review, complemented by a comparative law approach aimed at broadening the scope of the discussion. The study concludes that Brazil's inquisitorial legal tradition continues to hinder the implementation of a criminal procedure grounded in constitutional guarantees and the adversarial system. In many instances, this tradition unduly expands the powers of procedural actors in pursuit of an exacerbated model of penal efficiency, thereby undermining the fundamental safeguards inherent in a democratic system of criminal justice.*

Keywords: *criminal procedure; adversarial system; defendant's interrogation; comparative law; criminal garantism.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 INTERROGATÓRIO: MEIO DE PROVA OU DE DEFESA?; 2.1 Interrogatório como meio de

[*] Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro dos Grupos de Pesquisa "Culpabilidade e responsabilidade no direito penal econômico" e "Criminal Compliance e a autorregulação regulada: limites necessários à proteção das liberdades públicas". E-mail: lugusreis@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4473050120532868.

[*] Doutor em Direito (2020) e Mestre em Direito Público (2012) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito (2009) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor efetivo de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Analista do Ministério Público da União. E-mail: juridicoabr@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7265736545430661. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2468-9845.

prova; 2.2 Interrogatório como meio de defesa; 3 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SILÊNCIO PARCIAL; 4 PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO; 4.1 Em relação ao direito estadunidense; 4.2 Em relação ao direito britânico; 4.3 Em relação ao direito espanhol; 4.4 Em relação ao direito português; 4.5 Em relação ao direito angolano; 4.6 Comparação com o sistema brasileiro; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

De certo que o sistema jurídico brasileiro não diferencia por meio da lei a natureza jurídica do interrogatório do acusado, sobretudo no momento final da instrução processual penal. Ainda hoje existem discussões no sentido de afirmar que este seria um meio de prova ou uma forma de defesa do acusado, como se uma situação excluísse automaticamente a outra (Duclerc, 2006).

Este artigo parte do pressuposto de que o interrogatório é um instituto misto do processo penal, o qual figura concomitantemente como meio de defesa – evidentemente sob o ponto de vista do acusado – e como meio de prova, uma vez que é valorado como tal em alegações finais e durante o procedimento de dosimetria da pena.

Fato é que essa discussão, apesar de não ter necessariamente um fim prático em si mesma, abre margem para uma problemática que tem uma aplicação prática vultosa: o papel do juízo e do Ministério Público em relação ao interrogatório do réu e a impossibilidade jurídica da utilização do silêncio parcial por parte deste.

Nesse sentido, a discussão acerca da possibilidade de utilização do silêncio parcial parece doutrinariamente resolvida. Diante da ausência de previsão legal expressa e da divergência jurisprudencial existente, questiona-se se o sistema acusatório brasileiro admite o exercício do silêncio seletivo durante o interrogatório judicial.

2 INTERROGATÓRIO: MEIO DE PROVA OU DE DEFESA?

Para uma compreensão adequada da presente discussão é muito importante delimitar a classificação doutrinária do objeto a ser discutido, uma vez que a capitulação interfere diretamente na postura ideal dos entes processuais no momento do interrogatório.

2.1 Interrogatório como meio de prova

À primeira vista, entendê-lo como um meio de prova ensejaria uma participação proeminente da autoridade judiciária em sua produção, cabendo a ela formular as perguntas a serem feitas e coordenar o ritmo do instrumento processual, quase como um maestro que, além de coordenar a orquestra, também executa os instrumentos. A clássica visão de um juiz inquisidor.

Antes de adentrar na solução trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, é elementar demonstrar o prejuízo que uma cultura inquisitorial gera para as garantias do processo penal. Desse modo, entende-se que a principal problemática advinda da postura "onipotente" do julgador vem da dissonância cognitiva que ele desenvolve a partir do momento que participa ativamente da produção probatória. Acerca disso, Bernd Schünemann afirma:

> O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese pré-estabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. (Schünemann, 2012)

Em poucas palavras, nos casos em que o magistrado atua da maneira citada, há manifesto prejuízo para o réu, uma vez que ele tem a sua imparcialidade extremamente

prejudicada, fato que impossibilita que haja um julgamento probo. Acerca disso, conforme Dias e Brandão (2025):

> O processo penal de um estado democrático e liberal reclama um poder judiciário independente de juízes imparciais. Numa estrutura acusatória, aos juízes são estranhas as funções de promoção processual, competindo-lhes exclusivamente intervir no julgamento das causas penais e nas decisões que possam afetar direitos fundamentais das pessoas, numa posição neutral de equidistância em relação à acusação e à defesa.

Por fim, o ordenamento brasileiro mitiga explicitamente a figura do juiz centralizador, especialmente pela redação do Art. 3º-A do Código de Processo Penal[1], que positiva o sistema acusatório no processo brasileiro, responsável por afirmar que o juízo – sendo o mesmo aplicado ao *parquet* – não é o "dono da prova", pois este não existe (Streck, 2022). De mesmo modo, a Constituição Federal também legitima a adoção de um sistema acusatório ao passo que estabelece as funções dos entes judiciais e assegura o devido processo legal ao acusado.

Entretanto, ainda há feridas inquisitoriais no Código brasileiro, sobretudo relacionadas ao papel do juiz na persecução penal. Exemplo disso é a redação do artigo 188[2], que claramente extrapola a função do juiz trazida pelo sistema acusatório e o coloca, mais uma vez, como "produtor" de prova.

2.2 Interrogatório como meio de defesa

Passadas essas considerações, deve-se entender que o interrogatório é o principal meio de autodefesa, elemento indissociável da ampla defesa, disponível ao réu ao longo de toda persecução penal, de modo que tal fato traz consigo algumas considerações interessantes.

Primeiramente, se é um meio de defesa, deve-se atribuir a ele todas as garantias processuais inerentes a estes. Desse modo, erros na condução do interrogatório devem ser tratados pelo ordenamento como motivos de nulidade absoluta por atentar contra

[1] Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

[2] Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

uma matéria de ordem pública: o direito à ampla defesa. A comprovação de prejuízo concreto nesses casos é – ou deveria ser – desnecessária, uma vez que a supressão de defesa é, por si só, atentatória contra o devido processo legal e traz consigo prejuízo inerente a uma possível condenação ilegal. Infelizmente, este não é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que, durante o julgamento do AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 85.063 - SC (2011/0282185-0) determinou:

> 2. Nesse contexto, o indeferimento das perguntas formuladas pelo advogado de defesa, pois anteriormente formuladas pela acusação e não respondidas pelo réu, não viola o disposto no art. 186 do Código de Processo Penal. Precedente.
>
> 3. Nos moldes do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar danos às partes. A tipicidade dos atos processuais, portanto, funciona somente como instrumento para a correta aplicação do direito. Sendo assim, eventual desrespeito às formalidades prescritas em lei apenas deverá acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma for comprometida pelo vício. (Brasil, 2021)

Em consonância ao apresentado, Aury Lopes Jr. (2022) defende que o interrogatório judicial é o meio de dar vida ao princípio do contraditório, sendo o momento em que o sujeito pode materializar a sua versão dos fatos a ele imputados para refutar a versão acusatória ou justificar os próprios feitos.

Partindo dessas conclusões, entende-se que, apesar da natureza híbrida do interrogatório, esta deve ser mitigada quando apresentar conflito de modo que a natureza de instrumento de defesa deve ter proeminência frente à natureza probatória uma vez que se deve aplicar o princípio do *in dubio pro reo* também na esfera processual.

Nesse contexto, surge a principal problemática a ser enfrentada por este artigo, a possibilidade de utilização do silêncio parcial ou silêncio seletivo no momento do interrogatório judicial.

3 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SILÊNCIO PARCIAL

Tal situação é tema de grande dissídio jurisprudencial e doutrinário no cenário brasileiro. Em decisão relativamente recente[3] o Superior Tribunal de Justiça optou por cassar uma decisão de pronúncia que adveio de uma instrução processual que impediu que o acusado respondesse apenas as perguntas que desejou (Brasil, 2022). Vejamos:

> 1. O artigo 186 do CPP estipula que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas
>
> 2. O interrogatório, como meio de defesa, implica ao imputado a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a apenas algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de escolher a estratégia que melhor lhe aprouver à sua defesa.
>
> 3. Verifica-se a ilegalidade diante do precoce encerramento do interrogatório do paciente, após manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo condutor do processo, senão do seu advogado, sendo excluída a possibilidade de ser questionado pelo seu defensor técnico.

Outros tribunais ao longo do Brasil já se manifestaram de formas diversas em relação à utilização do silêncio seletivo como meio de defesa, entre os quais se destaca o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que já se manifestou contra a utilização desse instituto[4] (Brasil, 2024). Vejamos:

> Neste particular, peço vênia, com esteio na técnica de motivação per relationem, para transcrever as lúcidas ponderações subscritas pelo órgão do Ministério Público oficiante em Primeira Instância, em sede de contrarrazões, agregando-as aos fundamentos deste aresto, como ratio decidendi, litteris: (...). Por outro lado, a preliminar da nulidade do interrogatório do apelante também deve ser afastada. No caso, o apelante escolher por quem será ou não interrogado é equivalente a estabelecer a forma do ato processual de interrogatório e a dirigir ou a conduzir o referido ato procedimental, o que não é previsto na legislação pátria e, por conseguinte, inviabiliza o direito ao silêncio parcial ou seletivo, conforme o entendimento do Eminente Senhor Doutor Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião da decisão monocrática proferida no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 213.849/SC.

[3] Habeas Corpus 703.978. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2022.

[4] TJSP. **Apelação Criminal 1500213-76.2023.8.26.0631**. Relator (a): Guilherme G. Strenger. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Socorro – 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/03/2024. Data de Registro: 13/03/2024.

Tal dissídio jurisprudencial tem especial relevância no cenário jurídico, uma vez que versa sobre um direito fundamental. Não é preciso muito esforço para chegar à conclusão de que não é razoável que a jurisprudência dos tribunais oscile em relação a um elemento tão basilar relativo à ampla defesa do réu em um processo penal. Em outras palavras, é inadmissível que em um estado democrático de direito um acusado não saiba se poderá tomar certa decisão em relação à sua defesa pois não sabe previamente a postura do magistrado.

Fato é que a controvérsia, sob o ponto de vista dogmático e prático, pode ser resolvida através de duas abordagens diversas: a utilização da hermenêutica jurídica e a aplicação indireta dos princípios constitucionais vigentes ao caso.

Em primeira análise, a boa hermenêutica institui como essencial para a boa compreensão do direito, sobretudo do direito processual penal, que é o sistema jurídico que intenta contra a vida privada do indivíduo de forma mais contundente.

Nesse sentido, Reale (1980) institui que os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, ao passo que Alexy (2002), baluarte do estudo principiológico, os caracteriza como "mandados de otimização", operando como bases do sistema jurídico-formal.

Fato é que os princípios norteiam – ou deveriam nortear – todo o caminho da lei, desde a sua concepção até a sua consolidação no momento em que é aplicada. Partindo desse ponto, é razoável aceitar que um princípio, ainda que não positivado diretamente no ordenamento jurídico pátrio, deve ser respeitado e aplicado, sobretudo quando advém de tratado ou norma internacional.

No caso da realidade jurídica brasileira, um exemplo de suma importância e que se amolda ao caso é o princípio da proibição da obrigação de autoincriminação, o festejado *nemo tenetur se detegere*, introduzido ao ordenamento brasileiro por meio do pacto San José da Costa Rica[5]. Neste princípio, mora a solução da problemática.

[5] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Como já trazido no presente artigo, ao interpretar o interrogatório como meio de defesa, deve-se compreender, por consequência lógica, que a sua supressão, independente do modo que seja empregada, caracteriza um cerceamento de defesa.

Partindo deste entendimento, ao analisar a situação de um réu que em seu interrogatório opta por utilizar-se do silêncio parcial, encontram-se três cenários possíveis a serem adotados pela autoridade presidente do interrogatório:

1) Obrigar que o interrogado responda a todas as perguntas, de modo a ofender frontalmente o direito do réu de não produzir prova contra si mesmo, indo de encontro ao processo penal em si. Tal situação chega a ser tão absurda que nem será objeto da presente discussão.

2) Dar a ele apenas a possibilidade de ficar em silêncio em caso de não resposta às perguntas com viés acusatório, de modo a tolher o caráter defensivo do interrogatório em sede judicial.

3) Conceder o direito de responder apenas às perguntas de sua defesa técnica, utilizando, assim, do dito silêncio parcial.

Ao analisar a situação à luz do sistema acusatório, o papel do juízo e do órgão ministerial é bem claro: garantir ao réu a concretização dos seus direitos fundamentais, de modo a se eximir o máximo possível de interferir na produção probatória. O problema principal reside no fato de que, muitas vezes, os sujeitos processuais buscam chegar aos fins sem observar os meios, que são tão importantes quanto, sobretudo em um sistema processual penal de garantias.

Em um sistema acusatório, não cabe ao promotor(a) de justiça – e muito menos ao magistrado – realizar manobras processuais para “garantir” a produção probatória, mas sim apenas coordenar o rito com o fito de garantir a lisura do julgamento, esse é o básico para um processo penal democrático.

Com efeito, foi com Elio Fazzalari (2006) que aprendemos sobre o papel da autoridade judiciária no processo como procedimento em contraditório. Deveria aquela, segundo o referido jurista, zelar pelas garantias individuais em conflito no caso penal, de maneira equidistante e imparcial. Tal concepção alude a um processo penal humanizado,

na medida em que atenta aos interesses dos verdadeiros protagonistas do fato etiquetado de delito, disciplinando o Estado a seu prol (França; Ferreira, 2023).

4 PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Para compreender de modo abrangente a problemática aqui apresentada é necessário entender como os outros países e sistemas jurídicos lidam com os papéis dos entes processuais frente à figura do interrogatório.

Para tanto, foram escolhidos tanto países que adotam o *common law* quanto países que adotam o *civil law* com o fito de demonstrar que a raiz do problema não se encontra, necessariamente, em uma via institucional legislativa.

4.1 Em relação ao direito estadunidense

Brasil e Estados Unidos aproximam-se, em muitos aspectos, quanto ao sistema de justiça criminal, sobretudo por conta das influências de paradigmas punitivistas, que recrudescem a resposta estatal ante a criminalidade, com destaque para o movimento "tolerância zero". Sua finalidade de garantir a lei e a ordem encontra-se na base da política criminal dos dois países, determinando a disciplina dos acordos penais, da produção da prova e da lógica de encarceramento em massa.

Os Estados Unidos da América possuem um sistema tradicionalmente denominado de *common law*, apesar da forte atuação legislativa derivativa de cada unidade federativa do país; sua tradição jurídica vem, sobretudo, da forte construção de precedentes por parte da Suprema Corte Americana.

A Constituição estadunidense, especificamente a sua quinta emenda, estabelece de forma clara que ninguém será obrigado a testemunhar contra si mesmo em um processo criminal. Em razão deste dispositivo constitucional, o acusado em jurisdição estadunidense tem o direito de utilizar-se do silêncio de qualquer modo, incluindo o parcial, podendo ele tradicionalmente "apelar" para a quinta emenda[6].

[6] Expressão do inglês: "pleading the fifth".

> Ninguém será obrigado a responder por crime capital ou outro crime infame, a menos que por denúncia ou acusação de um Grande Júri, exceto em casos que envolvam as forças terrestres ou navais, ou a Milícia, quando em serviço ativo em tempo de guerra ou perigo público; ninguém poderá ser submetido duas vezes a julgamento pelo mesmo delito, nem será obrigado a testemunhar contra si mesmo em qualquer processo criminal, nem será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser tomada para uso público sem justa indenização. (United States Of America, 1791)

4.2 Em relação ao direito britânico

Ao prosseguir, continuando na análise de países que adotam o *common law*, é necessário discutir o modelo britânico, que é o maior exemplo desse sistema jurídico. Nesse sentido, vale ressaltar que o país sequer tem uma constituição e adota um modelo liberal em essência, prezando ao máximo pelas liberdades individuais.

Adentrando a discussão deste artigo, no Reino Unido também existe a proteção legal contra a autoincriminação, denominado "privilégio contra a autoincriminação"[7], entretanto esta não tem caráter absoluto.

Ao contrário do que se vê na maioria dos países de ordem democrática, o silêncio no processo penal britânico pode ser utilizado como elemento de prova contra o acusado (o que era admitido pelo derrogado art. 198 do Código brasileiro). Tal fato constitui um forte indício de um sistema processual inquisitório e ultrapassado, uma vez que o réu, na prática, passa a ser obrigado a participar do interrogatório sob pena de se ver prejudicado em meio à persecução penal.

Tal situação foi ocasionada pela Lei de Justiça Criminal e Ordem Pública de 1994, a qual modificou as disposições relacionadas ao uso do silêncio ao passo que endureceu a disciplina normativa em relação a ele. Vide:

> Nos casos em que este parágrafo se aplica, o tribunal ou o júri, ao determinar se o acusado é culpado do crime imputado, poderá extrair as inferências que lhe parecerem adequadas da omissão do acusado em depor ou da sua recusa, sem justa causa, em responder a qualquer pergunta. (United Kingdom, 1994)

Aqui, duas observações são necessárias. Uma, diz respeito à ideia de "ordem pública", que está no cerne de um processo penal pouco atento às garantias do indivíduo

[7] Expressão do inglês: "privilege against self-incrimination".

submetido à persecução estatal; algo comum também na legislação brasileira, como resquício do período em que outorgado o Decreto-Lei n. 3.689/41.

Outra refere-se ao atraso do Reino Unido, em comparação ao Brasil, no que diz respeito à obrigatoriedade de comparecimento do réu ao interrogatório (art. 260 do Código brasileiro), o que não foi recepcionado pelo ordenamento pátrio, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF's 395 e 444, em 2018.

4.3 Em relação ao direito espanhol

Adentrando os países que utilizam do sistema do *civil law*, é importante discutir o caso da Espanha. O diploma normativo espanhol equivalente ao nosso Código de Processo Penal, o Decreto Real de 14 de setembro de 1882, conta com um dispositivo legal[8] que garante ao acusado, de forma absoluta, que utilize do silêncio da maneira que o melhor assistir, podendo, portanto, utilizar-se do silêncio parcial. Sendo esse:

> 2. Toda pessoa presa ou detida deverá ser informada por escrito, em linguagem simples e acessível, em um idioma que compreenda e imediatamente, dos fatos que lhe são imputados e dos motivos de sua privação de liberdade, bem como de seus direitos e, em especial, dos seguintes:
>
> a) Direito de permanecer em silêncio, não testemunhando se não desejar, de não responder a algumas das perguntas feitas ou de declarar que só testemunhará perante o juiz. b) Direito de não testemunhar contra si mesmo e de não confessar culpa.[9] (Espanha, 1882)

Observa-se que no país ibérico a discussão foi resolvida através de mudança legislativa. O próprio processo legislativo penal do país estabeleceu que o indivíduo acusado tem o direito de não testemunhar contra si mesmo, e sobretudo de não confessar nenhum fato imputado a ele.

[8] Art. 520 do Código de Processo Penal espanhol.

[9] "Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:
a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.
b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable."

4.4 Em relação ao direito português

Continuando a análise dos países ibéricos, é necessário começar a análise do processo penal português com um viés específico: ele tem como base a descoberta da verdade material (Coutinho, 2014). Nesse sentido, é de extremo interesse entender como funciona o tradicional método inquisitorial de colheita de prova oral em um sistema cuja pedra basilar está calcada na busca pela "verdade".

Acerca disso, o Código de Processo Penal português traz, em seu artigo 61, o direito do réu/acusado de não responder nenhuma pergunta que venha a o incriminar, de modo que este também é um direito que pode ser exercido na sua modalidade parcial de modo semelhante. Veja-se:

> 1 - O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de:
>
> a) Estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito;
>
> b) Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte;
>
> c) Ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade;
>
> d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; (Portugal, 1988)

4.5 Em relação ao direito angolano

Por fim, deve-se analisar a resolução obtida pelo direito processual penal angolano, o qual tem um Código de Processo Penal recentíssimo datado de 2020, o qual revogou o código de processo penal português de 1929 que ainda vigia no país. Destaca-se que Angola é um país que adota predominantemente o *civil law* (Zongwe, 2022).

Em seu artigo 393, o novo Código de Processo Penal Angolano disciplina a figura do interrogatório em sua práxis jurídica. Neste artigo, declara-se expressamente que o indivíduo interrogado tem o direito de não responder a qualquer pergunta que repute prejudicial a sua estratégia defensiva ou por qualquer outro motivo. Vide:

> Art. 393 O arguido pode, por sua iniciativa ou aconselhado, recusar-se a responder a qualquer das perguntas que lhe sejam formuladas, podendo, para o efeito, estabelecer contacto, com brevidade e sem perturbar os trabalhos da audiência, com o seu defensor, na própria sala de audiências, sem que, por esse facto, possam ser emitidos juízos em seu desfavor. (Angola, 2020)

4.6 Comparação com o sistema brasileiro

Por fim, analisa-se o direito processual penal brasileiro, alvo de todo o presente estudo comparativo. Nesse ponto, é necessário ressaltar que, como a maior parte da América Latina, o sistema jurídico brasileiro adotou o modelo de *civil law* para disciplinar a forma com que se organiza, apesar de toda cultura dos precedentes que vem se consolidando por meio da vigência do Código de Processo Civil de 2015, bem como pela jabuticaba[10] que é a existência de entendimentos simulados de caráter vinculante, por exemplo.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 186, determina que o acusado tem o direito de se manter calado e de não responder as perguntas que lhe forem feitas durante a instrução processual. Entretanto, em nenhum momento, enfrenta a discussão acerca da possibilidade de utilizar esse direito de modo "fracionado", fato que contribui ativamente para toda a celeuma em relação ao tema.

Ao fim da análise do direito comparado acerca da posição dos países em frente ao tema do uso do silêncio parcial em via de interrogatório, reparou-se um detalhe importante: todos os países que utilizam o *civil law*, com exceção do Brasil, fizeram questão de deixar explícito em seus sistemas jurídicos a possibilidade do interrogado de utilizar-se do silêncio parcial. Tal fato demonstra que muitas vezes o despreparo do legislador brasileiro gera consequências concretas e nefastas para a práxis jurídica.

Entretanto, ainda que o Brasil não tenha positivado de forma expressa o direito aqui discutido, ainda é plenamente possível chegar à conclusão de que o uso do silêncio parcial é sim compatível com o sistema brasileiro, ainda que este não o tenha positivado.

[10] Expressão ou metáfora brasileira, popularizada no meio político e econômico, usada para se referir a regras, instituições, leis ou fenômenos que só existem ou só fazem sentido no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Nesse contexto, à luz do estudo dogmático bibliográfico, do direito comparado e da análise jurisprudencial é patente o direito do réu à utilização do silêncio parcial em sede de interrogatório no contexto brasileiro, em virtude da impossibilidade de negativa desse direito sem afrontar aos princípios e normas basilares do processo penal; bem assim, sua negativa extrapola frontalmente tanto o papel do juiz quanto do Ministério Público em um processo penal de garantias regido pela aplicação do sistema acusatório.

Portanto, apesar de o sistema jurídico brasileiro ser denominado de *civil law*, o silêncio parcial já encontra fundamento constitucional e convencional suficiente para sua aplicação imediata, sendo desnecessária inovação legislativa para seu reconhecimento.

Ademais, em consonância, devem os tribunais superiores fortalecer as suas súmulas e precedentes, sobretudo os garantistas, de modo a concretizar esse direito do réu, uma vez que o sistema atual de estabilidade dos precedentes trazido pelo novo Código de Processo Civil tem demasiada capacidade de modular a forma com que se desempenha o processo penal brasileiro em todas as esferas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Simone Campos de. Entre a Proteção da Defesa e a Busca da Verdade: o dilema do direito ao Silêncio Seletivo no interrogatório do réu. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerai**s, Minas Gerais, v. 22, n. 39, 2024. Disponível em: https://dejure.mpmg.mp.br/dejure/article/view/491. Acesso em: 9 abr. 2026.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 703.978/MG**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, julgado em 05 abr. 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 08 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AREsp n. 85.063/SC**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, 13 abr. 2021. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 20 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 1500213-76.2023.8.26.0631.** Rel. Guilherme G. Strenger. 11ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 13 mar. 2024.

COUTINHO, Marta Alexandra Carvalho. **Meios de prova e meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Lusíada do Porto, Porto, 2014. Disponível em: http://hdl.handle.net/11067/1948. Acesso em: 2 jul. 2026.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Direito processual penal: os sujeitos processuais.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2025.

DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal.** Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2006, v. 2.

ESPAÑA. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid: **Boletín Oficial del Estado**, 1882. Disponível em: https://www.boe.es. Acesso em: 1 jul. 2026.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FRANÇA, Misael Neto Bispo da; FERREIRA, Iana Caroline Bahia da Cruz. Conexões Brasil-Itália pelo enfrentamento ao crime organizado: o Processo Penal anticárcere**. Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 31, n. 372, p. 14-16, 2023. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/769. Acesso em: 24 out. 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Os Princípios de Bangalore como Soft Law para a Concepção de uma Normatividade Global de Integridade Judiciária. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 3, n. 2, art. 121, p. 49–61, jul./dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.oas.org. Acesso em: 1 jul. 2026.

POLI, Camilin. Iniciativa probatória de atuação do juiz no processo penal. In**: Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt. Acesso em: 1 jul. 2026.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1980.

SABOIA, Jéssica; ARARUNA, Nestor. A atividade instrutória do magistrado e os discursos acerca do sistema acusatório no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. In**: Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado: os efeitos perversos da leitura dos autos do inquérito policial antes da audiência de instrução e julgamento. Tradução de Alexandre Morais da Rosa e Davi Tangerino. **Revista Liberdades,** São Paulo, n. 11, p. 119-168, set./dez. 2012.

SOUZA, Bruno. O papel do Ministério Público e a obrigatoriedade no processo penal uruguaio. In: **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

STRECK, Lênio. O que é isto? - Sistema Acusatório. In: **A prova e o Processo Penal Constitucionalizado**: Estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis Jr. São Paulo: D'Plácido, 2022.

UNITED KINGDOM. **Criminal Justice and Public Order Act 1994**. 1994 c. 33. London: Parliament of the United Kingdom, 1994. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents. Acesso em: 1 jul. 2026.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States of America: Amendment V.** Washington, D.C.: National Archives, 1791. Disponível em: https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript. Acesso em: 1 jul. 2026.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS REMÉDIOS CONTRA A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

THE STATE CIVIL LIABILITY FOR LEGISLATIVE OMISSION: AN ANALYSIS IN LIGHT OF REMEDIES AGAINST UNCONSTITUTIONAL OMISSION

Nathália Malheiros Peltier Muniz*

RESUMO: O artigo analisa a responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, tendo como problema central a identificação das condições em que essa responsabilização é juridicamente viável e dos mecanismos processuais disponíveis para a correção da inércia normativa. A pesquisa, de natureza bibliográfica e abordagem qualitativa, adota o método hipotético-dedutivo. Diferenciam-se omissões genéricas e específicas e explicitam-se os pressupostos para o dever de indenizar em casos de inércia normativa. Além disso, o estudo explora os mecanismos processuais para correção dessas omissões, concluindo que, embora eficazes para declarar a mora legislativa, ambos são insuficientes para garantir reparação patrimonial aos lesados, o que evidencia uma lacuna normativa estrutural no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: responsabilidade civil; omissão inconstitucional; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; mandado de injunção.

ABSTRACT: *This article analyzes the civil liability of the State for legislative omission, with the central research problem being the identification of the conditions under which such liability is legally viable and the procedural mechanisms available for addressing normative inertia. The research is bibliographic in nature, adopts a qualitative approach, and employs the hypothetical-deductive method. It distinguishes between generic and specific omissions and sets out the requirements for the duty to compensate in cases of normative inertia. Furthermore, the study examines the procedural mechanisms available for remedying such omissions, concluding that, although effective in declaring legislative delay, both instruments are insufficient to guarantee patrimonial reparation to those harmed, which reveals a structural normative gap in the Brazilian legal system.*

Keywords: *civil liability; unconstitutional omission; direct action of unconstitutionality by omission; writ of injunction.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA; 3 A OMISSÃO LEGISLATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO; 4 MECANISMOS DE CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Pós-graduanda em Direito Médico, Odontológico e da Saúde pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos pela Faculdade Educamais. Advogada. Membro da Comissão Especial de Direito Médico da OAB/BA. E-mail: nmunizpm@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3232036342215046. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-6079-3676.

1 INTRODUÇÃO

No cenário jurídico brasileiro contemporâneo, a evolução da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa configura-se como um tema de ampla relevância e crescente debate doutrinário.

A transição histórica do princípio de total irresponsabilidade estatal para um modelo de responsabilidade objetiva, fundamentado em princípios de direito público, reflete transformações significativas impulsionadas por mudanças sociais e institucionais.

Contudo, a análise da omissão legislativa, em especial no contexto do controle de constitucionalidade por omissão, continua sendo um terreno nebuloso e desafiador, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, haja vista a ausência de dispositivo que viabilize sanar tal controvérsia.

Esse tema torna-se ainda mais relevante diante da necessidade de proteção dos direitos fundamentais e da garantia de que a inércia legislativa não resulte em prejuízos para a sociedade, o que orienta o problema central deste trabalho, que versa sobre em que condições o Estado pode ser responsabilizado civilmente pela omissão legislativa, e quais os mecanismos processuais disponíveis para a correção dessa inércia normativa.

Trata-se de questão de difícil resposta, pois a ausência de dispositivo legal expresso que discipline o dever de indenizar nesses casos cria um vácuo normativo que a doutrina e o Supremo Tribunal Federal têm procurado preencher.

Assim, a investigação acerca da responsabilidade do Estado por danos causados pela omissão legislativa se mostra essencial, considerando o papel do controle de constitucionalidade como ferramenta central para corrigir falhas no processo normativo e assegurar o equilíbrio nas relações jurídicas.

A importância do estudo reside na compreensão dos impactos da omissão legislativa, que, por sua vez, relaciona-se com a observância dos preceitos constitucionais, especialmente no que tange à obrigação estatal de legislar de forma eficaz para atender às demandas sociais.

O controle de constitucionalidade por omissão, enquanto mecanismo de mitigação de danos e preservação da ordem jurídica, destaca-se como um pilar fundamental para assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa possui natureza bibliográfica e o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, baseado na obra de Karl Popper, uma vez que a construção da solução do problema de pesquisa foi submetida a uma junção de resultados a partir da respectiva dedução pura, usando doutrinas, artigos e livros.

O presente artigo está dividido em três seções principais. A primeira trata das controvérsias da responsabilidade civil do Estado por omissão e a existência do dever de indenizar (ou não) do Estado nesses casos.

Já a segunda parte busca detalhar quais são essas omissões legislativas e os aspectos da inconstitucionalidade por omissão. Por seu turno, a terceira trata dos mecanismos de controle desse tipo de omissão para evitar danos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA

A responsabilidade civil do Estado pode ser compreendida como a obrigação das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, que atuam como prestadoras de serviço público, de indenizar os danos – sejam eles morais ou materiais – causados a terceiros por ação ou omissão de seus agentes, desde que estes atuem nessa condição.

Essa reparação independe da avaliação da existência de dolo ou culpa na conduta do agente, bem como da licitude ou ilicitude do ato causador do dano (Medauar, 2016, p. 433-434).

Destaca-se que o modelo de responsabilização do Estado na ordem jurídica brasileira encontra respaldo no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo estabelece, por um lado, a responsabilidade objetiva da Administração Pública, fundamentada na teoria do risco administrativo e, por outro ângulo, prevê a responsabilidade subjetiva do agente público que causou o dano, sendo este responsabilizado diretamente perante a Administração (Brasil, 1988).

Quanto aos pressupostos, são muitas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre esse assunto.

O primeiro pressuposto é a existência de determinado comportamento, o que, conforme esclarece Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 38), consiste no ato humano voluntário que se manifesta por meio de uma ação ou omissão, gerando efeitos jurídicos. A ação ou omissão representa o elemento físico e objetivo da conduta, enquanto a vontade reflete seu aspecto psicológico ou subjetivo.

Admite-se, portanto, a responsabilização por atos lícitos do Estado, ponto sobre o qual Marçal Justen Filho (2016, p. 1202) destaca a necessidade de extrema prudência ao defender a possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos considerados lícitos. Para ele, salvo nos casos em que exista previsão legislativa expressa em sentido contrário, o Estado somente pode ser responsabilizado quando a ação ou omissão que lhe é atribuída for caracterizada como antijurídica.

Essa análise permite concluir que as condutas comissivas ou omissivas não estão vinculadas à licitude ou ilicitude da ação (ou inação) causadora do dano. O aspecto relevante é, na verdade, a ocorrência de um prejuízo a um particular que possa ser atribuído ao Estado.

De maneira oposta, nas condutas omissivas, o entendimento sedimentado é que o ato do Estado será sempre considerado ilícito, sendo definido pela falha em cumprir um dever legal de atuação, tanto que a jurisprudência e a doutrina adotaram a responsabilidade subjetiva para ato omissivo do Estado.

O segundo pressuposto trata da ocorrência de dano, visto que a presença de um dano, seja ele material ou moral, é indispensável para que surja a obrigação de indenizar (Cahali, 1980, p. 119).

Para que haja a responsabilidade do Estado pela reparação, a lesão deve ser certa (não eventual), sendo insuficiente a simples ocorrência de um dano patrimonial ou moral atribuível à Administração, ou seja, é essencial que o prejuízo configure um dano jurídico, a saber, uma violação de bem protegido pelo ordenamento jurídico (Bandeira de Mello, 2012, p. 1037).

Por fim, é necessária a existência de nexo causal entre o dano e ação ou omissão, o que Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 22) sustenta ter duas funções. Uma é a de critério para estabelecer a extensão do dano e, nesse sentido, definir os parâmetros da

indenização. Outra é a função de indicar a quem deve ser atribuída a responsabilidade pelo resultado prejudicial.

Francini Byk Giovanella (2018, p. 19) destaca a hipótese de um outro pressuposto: a possibilidade de o dano produzido ser atribuído ao comportamento de um agente da pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviço público.

A responsabilidade civil do Estado pode surgir de inações dos seus agentes. Para que a omissão seja passível de responsabilização, é necessário que esteja associada a um dever legal de agir, ou seja, o Estado só será responsabilizado quando, diante da obrigação de atuar, mantenha-se inerte, configurando-se assim um comportamento – necessariamente – ilícito (Di Pietro, 2017, p. 828).

Em relação ao ato omissivo, o comportamento deve ser ilícito porque, para que haja responsabilidade estatal, é indispensável que exista uma expectativa legítima de que o Estado adote determinada conduta com o objetivo de evitar um dano específico. Não é razoável, por conseguinte, atribuir ao Estado o ônus de responder por prejuízos em situações nas quais ele não estava legalmente obrigado a agir (Bandeira de Mello, 2012, p. 1029).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p. 487) explica que não basta existir uma mera conexão entre a omissão do Estado e o dano ocorrido para que se configure sua responsabilidade. A responsabilização estatal exige a presença de um dever legal de agir para evitar o evento danoso.

Ademais, tal dever há de ser presumivelmente suficiente para impedir o dano, mediante uma atuação diligente. Atribuir responsabilidade ao Estado por um dano que ele não causou, sem a existência de qualquer vínculo racional ou jurídico, seria inadmissível e contrário aos princípios do Direito.

Seguindo esse raciocínio, considera-se a responsabilidade civil subjetiva para imputar ao Estado nestes casos, sendo necessário que se demonstre culpa decorrente de negligência, imprudência ou imperícia na prestação do serviço, ou dolo, caracterizado pela intenção de omitir-se diante de uma obrigação de agir, de modo a impedir o evento lesivo segundo padrões razoáveis de eficiência.

Contudo, parte da doutrina defende a aplicação da responsabilidade objetiva mesmo nos casos de omissão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 827), por exemplo, sustenta que o terceiro prejudicado deve comprovar apenas a existência de nexo causal entre o ato omissivo e o dano sofrido.

Na jurisprudência, encontra-se esse posicionamento com o argumento da teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, CF), que exige nexo de causalidade entre a conduta estatal (comissiva ou omissiva) e o dano.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao apreciar um caso envolvendo disparo de arma de fogo que atingiu gestante durante tentativa de roubo, reafirmou que a responsabilidade civil da Administração Pública é objetiva, com fundamento no artigo e na teoria citados anteriormente. No entanto, o julgado ressaltou que, em se tratando de omissão estatal, somente a omissão específica enseja responsabilização civil do Estado, e apenas quando o comportamento do agente público constituir causa direta e imediata do dano sofrido pelo particular (Rio de Janeiro, 2021).

Por sua vez, as omissões genéricas, como a incapacidade de prevenir crimes em geral, não ensejam responsabilidade estatal, pois seria adotar a teoria do risco integral, inaplicável no direito brasileiro. Tópico aprofundado na seção seguinte.

A divergência sobre a natureza da responsabilidade do Estado nos casos de ato omissivo encontra respaldo no fato de que alguns juristas preferem dividir as omissões em genéricas e específicas (Giovanella, 2018, p. 9).

Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 240) leciona que a diferença entre omissão genérica e específica está no vínculo direto entre a inação do Estado e o dano. Na omissão genérica, não há uma obrigação específica de agir para evitar o evento, como quando um motorista embriagado atropela alguém sem que a Administração tenha qualquer participação direta.

Já na omissão específica, estamos diante de um dever especial de agir, em que o Estado deixa de atuar quando tinha o dever claro de impedir o resultado, como no caso de um motorista embriagado liberado por uma patrulha rodoviária. Nesse último caso, o Estado é responsabilizado objetivamente por sua inércia diante de um dever concreto.

Desse modo, a responsabilidade será classificada como subjetiva (omissões genéricas) ou objetiva (omissões específicas). Dependerá de uma avaliação, no caso concreto, para apurar se é necessário identificar culpa ou dolo, atribuindo-se, então, ao Poder Público o dever de indenizar.

Quanto à atribuição de responsabilidade ao Estado por omissões legislativas, o tema ainda é controverso na doutrina e na jurisprudência. No entanto, há uma crescente inclinação no sentido de reconhecer esse dever de indenizar, haja vista a nova teoria dos direitos fundamentais, no modelo constitucional adotado pela Constituição de 1988 e na aplicação do §6º do art. 37 da CF, que vincula o legislador, como agente político, tanto por suas ações quanto por suas omissões (Giovanella, 2018, p. 32).

O posicionamento do presente estudo é no sentido de que essa inclinação é juridicamente justificada, desde que configurada omissão específica com nexo causal demonstrável. Condição essa que, na prática, raramente é satisfeita pela via da responsabilidade civil direta.

3 A OMISSÃO LEGISLATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Na análise da responsabilidade estatal por omissões legislativas, observa-se uma tendência, ainda controversa na doutrina e jurisprudência brasileiras, de reconhecimento do dever de indenizar baseado na teoria dos direitos fundamentais e na normativa da Constituição de 1988.

Essa discussão está diretamente relacionada ao perfil programático da Constituição de 1988, que exige do Estado a implementação de medidas que concretizem as normas e princípios constitucionais.

Similarmente, a Constituição italiana de 1947, como apontado por Vezio Crisafulli (1952), também adotou uma postura que enfatiza a força normativa com a defesa da juridicidade e da eficácia das normas constitucionais, refletindo uma tendência socializante observada nas constituições contemporâneas.

Conforme Piovesan (2003, p. 39), o Direito Brasileiro acolheu o modelo de constituição dirigente ou programática, atribuindo ao Estado um papel de agente intervencionista e planejador, com vistas à promoção do bem-estar social.

Esse cenário reforça a ideia de que, embora a omissão legislativa seja, em muitos casos, motivo de debates, a tendência doutrinária e jurisprudencial é avançar no reconhecimento da responsabilidade estatal, especialmente em situações em que o descumprimento de um dever constitucional específico resulta em danos concretos aos direitos fundamentais.

Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 277) pontua que a inconstitucionalidade por omissão ocorre exclusivamente no âmbito das normas constitucionais de eficácia limitada, pois estas são as únicas que requerem, em determinados casos, ações normativas do Poder Legislativo ou intervenções positivas do Poder Executivo.

Luís Roberto Barroso (2016, p. 43) salienta que a inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno recente, tem desafiado a inventividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores. Ela se caracteriza pela ausência de ação na criação de atos normativos indispensáveis à efetivação das disposições constitucionais.

A inconstitucionalidade por omissão manifesta-se no âmbito da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, especialmente daquelas que exigem complementação legislativa ou atuação concreta dos órgãos de direção política. Esse é o caso das normas programáticas que estabelecem direitos sociais, frequentemente presentes em Constituições de caráter dirigente, como já explicitado com o pensamento de Flávia Piovesan (Júnior, 2022, p. 278).

Pode-se afirmar que a omissão inconstitucional pode surgir tanto pela ausência ou inadequação de atos legislativos, quanto pela não adoção de medidas políticas – de governo ou administrativas. Essa última situação, que inclui omissões de caráter regulatório, é frequentemente classificada como “omissão indiretamente inconstitucional” ou “omissão ilegal” (Miranda, 1983, p. 394).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2019, p. 327), a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer nos três Poderes, o que resulta de uma inércia injustificada

em adotar providências que podem ser tanto de caráter normativo, político-administrativo quanto judicial.

Para ele, o controle constitucional da inconstitucionalidade por omissão concentra-se nas omissões normativas, que podem ser atribuídas tanto ao Legislativo, na criação de normas primárias, quanto ao Executivo, ao deixar de expedir normas secundárias de alcance geral, como regulamentos, instruções ou resoluções. Teoricamente, também é possível reconhecer omissões normativas no âmbito do Poder Judiciário, nos casos em que a Constituição lhe atribua competência normativa, como ocorre na elaboração do regimento interno dos tribunais, conforme prevê o art. 96, I, "a" da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Nem toda omissão do poder público configura inconstitucionalidade. A omissão será considerada inconstitucional apenas na situação em que a medida omitida for indispensável para a efetividade de uma norma constitucional. Trata-se de uma abstenção indevida, ou seja, o não cumprimento de uma obrigação clara e específica imposta por uma norma constitucional.

Além disso, não é suficiente a existência de um dever geral de legislar ou agir; é necessária a presença de uma determinação expressa na Constituição que imponha essa obrigação (Júnior, 2022, p. 279).

Em síntese, os requisitos para a configuração da inconstitucionalidade por omissão são: a violação de uma norma constitucional específica e determinada, a impossibilidade de a norma produzir efeitos por si só (normas de eficácia limitada) e a ausência de medidas concretas que permitam sua efetividade no contexto legislativo ou administrativo (Júnior, 2022, p. 280).

Essa exigência de norma constitucional de eficácia limitada como pressuposto da omissão inconstitucional cumpre uma dupla função no ordenamento jurídico brasileiro: de um lado, funciona como garantia contra um ativismo judicial irrestrito, impedindo que o Poder Judiciário substitua indiscriminadamente o legislador sob o pretexto de suprir lacunas normativas, de outro, opera como uma limitação real à responsabilização civil do Estado, pois restringe o universo de situações em que a inércia legislativa pode ser juridicamente imputada como causa de dano indenizável.

Ao tratar da inconstitucionalidade por omissão, a Constituição brasileira não especifica o momento exato em que ela ocorre. Conforme Jorge Miranda (apud Júnior, 2022, p. 280-281), a omissão torna-se relevante quando a norma reguladora exige a prática de um ato ou atividade específica, em condições previamente estabelecidas, e o destinatário não a realiza dentro do prazo adequado.

Assim, a análise da omissão está intrinsecamente ligada ao fator temporal, pois o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão envolve uma avaliação sobre o tempo em que a medida necessária deveria ter sido implementada para garantir a eficácia da norma constitucional.

Dessa forma, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe um julgamento que considere o decurso do tempo para a concretização da obrigação constitucional (Júnior, 2022, p. 281).

A omissão inconstitucional é caracterizada como a ausência de ação necessária para cumprir um dever constitucional, quando isso impede a implementação de uma norma que, por si só, não é exequível.

Essa omissão deve ser compreendida à luz das normas constitucionais de eficácia limitada, que exigem ações concretas do legislador ou do administrador público para se tornarem plenamente aplicáveis. A falta de providências, dentro de um prazo razoável, pode assumir diferentes modalidades, conforme o contexto e a natureza da omissão (Júnior, 2021, p. 371).

Existem algumas classificações da omissão inconstitucional. A omissão total ocorre quando o poder público deixa de agir por completo, permanecendo em silêncio absoluto diante de um dever constitucional. Trata-se da inércia integral, que resulta na inexistência de qualquer ação ou medida voltada à concretização do comando normativo (Júnior, 2021, p. 371).

A omissão parcial verifica-se quando a norma existe, porém revela-se inadequada para atender plenamente ao comando estabelecido pela Constituição, seja por insuficiência de conteúdo, seja por imperfeições redacionais que comprometam sua eficácia (Barroso, 2019, p. 331).

Além disso, distinguem-se as omissões absolutas e relativas. As omissões absolutas derivam da total inércia do poder público em cumprir um dever autônomo de legislar, deixando de criar qualquer medida que concretize a norma constitucional (Júnior, 2021, p. 376).

Por sua vez, nas omissões relativas, não se identifica uma ordem expressa de legislar. Assim, a mera inércia do legislador não implica, por si só, afronta ao texto constitucional. Todavia, a violação ocorre quando o legislador, ao agir, desrespeita o princípio da isonomia (Canotilho, 2001, p. 335).

4 MECANISMOS DE CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

O desafio de cumprir as promessas constitucionais, influenciado pela discrepância entre o que está escrito e a realidade, reflete-se na estrutura normativa da Constituição de 1988, devido ao seu conteúdo dirigente e programático. Isso inclui a previsão de remédios para omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção no artigo 5º, inciso LXXI, e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) no artigo 103, § 2º (Dantas, 2008, p. 298).

Apesar de o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 determinar a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais ali previstos, outros direitos constitucionais, não classificados como fundamentais, podem depender de normas regulamentadoras infraconstitucionais, demandando ferramentas adequadas para suprir eventual ausência legislativa (Castro, 2009, p. 93).

Por seu turno, o art. 103, §2º, da Carta Magna reconhece que o descumprimento de suas disposições pode ocorrer não apenas quando o Poder Público age contrariamente aos preceitos constitucionais, mas também quando se omite, deixando de implementar as ações necessárias para garantir a aplicação prática e efetiva dessas normas (Ferrari, 2004, p. 355). Diante disso, foi incorporado ao ordenamento jurídico um mecanismo processual com a finalidade de assegurar a plena eficácia das normas constitucionais, permitindo que estas produzam todos os efeitos desejados pelo constituinte, evitando que a inércia legislativa se torne um obstáculo ao exercício dos direitos garantidos pela Constituição (Mota, 1999, p. 169).

Dessa forma, Michel Temer (2010, p. 52) salienta que o objetivo desse controle da inércia legislativa é realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte, ou seja, que nenhuma norma constitucional fique privada de atingir a sua eficácia total.

Um desses meios de controle é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que possui a mesma essência da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Por meio dela, estabelece-se um controle abstrato e objetivo de constitucionalidade, cujas consequências são as mesmas já mencionadas (Júnior, 2022, p. 272).

Trata-se de uma ação específica voltada a controlar a omissão de medidas necessárias para garantir a efetividade de normas constitucionais. Isso ocorre mesmo quando essas normas estão dispostas apenas de forma genérica, sem regulamentação adequada (Júnior, 2022, p. 272).

Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 272) nota que o legislador constituinte foi bastante sucinto ao disciplinar essa relevante ação constitucional, deixando lacunas que poderiam ser mais bem preenchidas.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que alterou a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, adicionando o Capítulo II-A, que regulamenta o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, a Lei nº 9.868 passou a disciplinar o processo e o julgamento de ações diretas, como essa ação em questão (Brasil, 1999, 2009).

A finalidade dessa ação direta é a proteção objetiva – ou seja, não parte de um caso concreto – da Constituição, voltada para a preservação da integridade normativa e constitucional. Não busca tutelar interesses individuais, mas sim garantir o cumprimento pleno do ordenamento jurídico (Júnior, 2022, p. 272), desse modo, faz parte do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

As disposições que exigem regulamentação legislativa ou aquelas de caráter meramente programático continuarão sendo aplicáveis e passíveis de execução, mesmo diante da omissão do legislador. O objetivo é evitar que a falta de ação legislativa impeça o reconhecimento e o proveito de direitos por parte de seus destinatários (Temer, 2010, p. 52). Em alguns casos, a ausência de atos legislativos ou administrativos necessários

impede a plena aplicação das normas constitucionais. Muitas dessas normas exigem regulamentação ou providências adicionais para serem efetivadas.

Portanto, nessas situações, é possível propor uma ação de inconstitucionalidade por omissão para obrigar o legislador a atuar. Um exemplo está nos direitos à saúde e à educação (arts. 196 e 205 da Carta Magna), cuja efetivação depende de medidas indispensáveis. A omissão estatal, nesses casos, também pode ser questionada por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Brasil, 1988).

Sobre o tema, é importante ressaltar que a atribuição para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente do mandado de injunção – que será analisado adiante neste estudo – o ordenamento jurídico não concede competência a outros órgãos do Poder Judiciário para, em situações de defesa ou exceção, reconhecerem a inconstitucionalidade por omissão (Ferrari, 2004, p. 372).

Ademais, essa ação não se limita apenas às omissões legislativas, ou seja, à ausência de uma lei em sentido formal (tema central deste estudo), mas abrange qualquer forma de conduta omissiva por parte dos Poderes Públicos (Giovanella, 2018, p. 59).

No que tange às omissões parciais no contexto dessa ação, relembra-se que o legislador pode até ter agido, mas de forma incompleta ou deficiente, o que também caracteriza afronta à Constituição. Nesses casos, há a discussão se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria cabível, já que a questão poderia ser contestada por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto à fase de instrução nesta ação, considera-se inadequada uma extensa produção de provas. No entanto, em certas ocasiões, pode ser indispensável a realização de perícias ou a apresentação de provas relacionadas a questões factuais, especialmente em casos que tratam de omissões parciais (Clève, 2000, p. 340-341).

Sobre os efeitos da decisão, Gabriela Costa e Silva e Dirley da Cunha Jr. (2018, p. 8) afirmam que o §2º do art. 12-H da Lei 9.868/99 estabelece que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão aplica, subsidiariamente, os efeitos das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade, desde que compatíveis.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade por omissão deve ser decidida por maioria absoluta do Plenário do STF, exigindo a presença de pelo menos oito ministros na sessão de julgamento, possuindo natureza declaratória.

O art. 26 da mesma lei determina que a decisão de inconstitucionalidade é irrecorrível, sendo admitidos apenas embargos de declaração para esclarecer dúvidas ou omissões no acórdão. Além disso, não é possível ajuizar ação rescisória contra a decisão definitiva do Supremo, garantindo a supremacia da Constituição, a isonomia e a autoridade das decisões da Corte (Brasil, 1999).

Ante o exposto, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão desempenha papel essencial na busca da concretização dos direitos constitucionais e na preservação da integridade normativa da Constituição Federal. Embora o texto constitucional reconheça a aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais, muitas normas dependem de regulamentação infraconstitucional para atingir sua plena eficácia.

Por integrar o controle concentrado e abstrato, essa ação não se limita à proteção de interesses individuais, mas busca garantir o cumprimento integral das disposições constitucionais, mesmo diante de omissões legislativas, sendo de extrema importância nos casos em que a ausência de regulamentação impede o reconhecimento de direitos fundamentais.

No contexto da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, destaca-se a importância dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, agora, passamos ao estudo do mandado de injunção, que também é um meio de controle.

O mandado de injunção constitui uma garantia constitucional que permite ao particular reagir contra a omissão legislativa, assegurando a defesa de direitos cuja fruição tenha sido comprometida pela inércia normativa do Poder Público, portanto, é a via de controle difuso e concreto da omissão inconstitucional.

Para justificar o uso do mandado de injunção, é necessário, conforme o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que haja omissão legislativa que impeça o exercício de direitos ou garantias constitucionais, ou que inviabilize prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania (Brasil, 1988).

Além disso, é indispensável que o dispositivo constitucional careça de norma regulamentadora, impossibilitando o exercício pleno do direito ou garantia prevista. Assim, a ausência de norma que inviabilize o exercício de direitos torna cabível o mandado de injunção, mas ele não se aplica em situações que envolvam alteração ou incompatibilidade com o conteúdo de uma legislação já existente (Mazzei, 2007, p. 136-137).

Esse importante remédio constitucional caracteriza-se como um mecanismo jurídico destinado a garantir a aplicação prática e concreta da determinação expressa no §1º do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Sua principal finalidade é assegurar a eficácia imediata das normas constitucionais que tratam de direitos e prerrogativas fundamentais, especificamente aquelas previstas no inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna. Por meio desse instrumento, busca-se suprir lacunas legislativas ou regulamentares que impeçam o pleno exercício dos direitos fundamentais, reafirmando o compromisso constitucional com a proteção e efetivação desses direitos (Silva, 2013, p. 450).

Nesse sentido, Dirley da Cunha Jr. (2021, p. 815) postula que o mandado de injunção tem como principal objetivo viabilizar o exercício de um direito fundamental, sempre que a ausência de regulamentação adequada impeça o cumprimento do dever de prestar ou conceder esse direito por parte do poder público ou particular.

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que trata da ausência normativa de maneira abstrata, o mandado de injunção foca em situações concretas, decidindo sobre o direito solicitado e criando, quando necessário, a norma específica e limitada ao caso em questão.

Clève (2000, p. 364-365) aponta que o mandado de injunção pode ser deferido mesmo sem a configuração da denominada “omissão inconstitucional”, o que demonstra mais uma diferença da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ele explica que, imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988, não era possível falar em omissão inconstitucional, pois ainda não havia decorrido o prazo para que o Congresso Nacional se manifestasse.

Para tanto, o mandado de injunção não equivale a uma ordem geral para legislar ou editar normas. Sua função é suprir a omissão por meio de decisões direcionadas, que

permitam o exercício imediato do direito afetado, mesmo sem regulamentação. Nesse contexto, o Poder Judiciário não apenas decide, mas também supre, dentro dos limites do processo, a falta normativa, garantindo que o direito constitucional seja efetivado de forma prática (Júnior, 2021, p. 815).

Qualquer indivíduo, seja brasileiro ou estrangeiro, pessoa física ou jurídica, que tenha um direito fundamental inviabilizado pela ausência de regulamentação, pode ajuizar mandado de injunção para assegurar o exercício desse direito (Júnior, 2021, p. 815).

Além disso, entes coletivos, como partidos políticos com representação no Congresso Nacional, sindicatos e associações constituídas há pelo menos um ano, também possuem legitimidade para impetrar o mandado, defendendo os interesses de seus membros ou associados. Essa possibilidade configura uma espécie de mandado de injunção coletivo, aplicando-se, por analogia, o art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal (Júnior, 2021, p. 815).

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 797905, que aborda o Tema 727, entende que a legitimidade passiva no mandado de injunção recai exclusivamente sobre a autoridade ou órgão responsável pela edição da norma regulamentadora. Assim, a Corte não admite a inclusão de terceiros, como outras autoridades, órgãos ou particulares obrigados ao cumprimento dessa norma (Brasil, 2014).

Posicionamento este que gera algumas críticas doutrinárias, a exemplo do pensamento de Dirley da Cunha Jr. (2021, p. 817), que não concorda com esse entendimento por considerar que o mandado de injunção tem como finalidade viabilizar o exercício de um direito fundamental, independentemente de qual seja a autoridade ou órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Segundo o autor, a responsabilidade deve recair sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, encarregada de concretizar o exercício do direito em questão.

Para ilustrar, o doutrinador menciona que, no caso de um empregado que reivindica aviso prévio proporcional ao tempo de serviço superior ao mínimo de 30 dias, o mandado de injunção deveria ser direcionado ao empregador, e não ao Congresso Nacional, que seria o responsável pela elaboração da norma regulamentadora.

Assim, defende que a legitimidade passiva no mandado de injunção deve ser atribuída àquele que suporte os ônus do cumprimento do direito pleiteado, e não à autoridade ou órgão responsável pela regulamentação. Embora, em muitos casos, o responsável por viabilizar o direito coincida com o responsável pela norma regulamentadora, naqueles em que essa coincidência não ocorre, a parte passiva deve ser exclusivamente aquele sobre a qual recai a obrigação de viabilizar o direito.

No âmbito do mandado de injunção, conforme a teoria concretista intermediária adotada pela Lei n. 13.300/2016, a intervenção judicial ocorre de forma provisória e apenas na hipótese de persistência da omissão legislativa. Ademais, nessa ação, por se tratar de um processo de natureza subjetiva, a eficácia da decisão é limitada às partes envolvidas na demanda (Giovanella, 2018, p. 70-71).

Não obstante, a Lei do mandado de injunção prevê que a decisão, embora tenha eficácia limitada às partes e vigore até a edição da norma regulamentadora, pode, excepcionalmente, ser estendida com efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* quando indispensável ao exercício do direito objeto da impetração (Brasil, 2016).

A natureza é constitutiva, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que possui natureza declaratória. Dessa forma, o efeito da decisão dentro do mandado de injunção é mais efetivo do que quando estamos diante da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois no mandado, a decisão declara a omissão inconstitucional, a mora legislativa e, para além disso, se preocupa em determinar como será efetivado e suprido o direito em questão.

De acordo com o disposto no art. 11 da referida lei, a norma regulamentadora que venha a ser elaborada posteriormente terá efeitos *ex nunc*, salvo se a aplicação imediata for mais benéfica ao impetrante (Brasil, 2016).

Quanto à competência para julgar o mandado de injunção, esta é estabelecida com base no órgão ou autoridade encarregada da elaboração da norma ausente (Meirelles; Wald; Mendes, 2016, p. 362). Ante o exposto, ressalta-se que, embora os mecanismos de controle da omissão inconstitucional apresentem diversas distinções procedimentais, ambos possuem objetivos alinhados e relevância comparável no que se refere à responsabilidade civil (Giovanella, 2018, p. 69).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão integra o controle concentrado e abstrato, possuindo alcance mais amplo, de modo que os seus efeitos podem atingir toda a ordem jurídica, todavia, é estruturalmente incapaz de gerar reparação individual. Ao reconhecer a mora legislativa e cientificar o órgão omisso, ela cumpre uma função declaratória relevante, porém insuficiente para reparar o dano já sofrido pelo particular.

No que tange ao mandado de injunção, por operar no controle difuso e concreto, é o instrumento processual mais próximo de uma tutela efetivamente reparatória: ao suprir a omissão para o caso concreto, ele viabiliza o exercício do direito negado. Ainda assim, sua eficácia inter partes limita seu alcance reparatório em grande escala, deixando desprotegidos os demais titulares do mesmo direito que não tenham ajuizado a ação.

Constata-se, portanto, uma lacuna sistêmica: nenhum dos dois instrumentos foi concebido para substituir a responsabilização civil do Estado por omissão legislativa, nem para garantir indenização aos lesados pela inércia normativa. Essa lacuna evidencia que o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário do dever de indenizar, analisado na primeira seção deste trabalho, permanece como o único caminho disponível para a reparação patrimonial concreta e efetiva, o que ainda carece de regulamento adequado no ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

À luz das reflexões expostas, evidencia-se que a responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa transcende a mera análise doutrinária e jurisprudencial, projetando-se como um elemento vital para a consolidação do Estado Democrático de Direito. A omissão legislativa, quando correlacionada à inércia no cumprimento de deveres constitucionais, fragiliza a eficácia das normas fundamentais e compromete a realização plena dos direitos fundamentais.

A adoção de instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção representam avanços significativos no combate à inércia normativa, mas revelam, ao mesmo tempo, os limites estruturais do sistema.

Nesse contexto, é imperativo que o sistema jurídico evolua para integrar medidas que assegurem maior efetividade às normas constitucionais, promovendo um equilíbrio entre os poderes e resguardando o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Retomando a hipótese central deste trabalho, nota-se que a responsabilização civil do Estado por omissão legislativa é juridicamente viável, mas condicionada à configuração de omissão específica. A omissão genérica, ainda que passível de controle abstrato pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não é suficiente, por si só, para fundamentar o dever de indenizar.

Essa distinção, consolidada na jurisprudência, permanece como o principal critério delimitador da responsabilidade estatal nessa matéria.

O que se evidencia, ao final, é uma lacuna normativa estrutural, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a omissão inconstitucional, dispõe de mecanismos para declará-la e, em tese, admite a responsabilização civil do Estado legislador, mas não oferece um regime jurídico claro e sistematizado para a reparação dos danos dela decorrentes.

Essa lacuna não pode continuar sendo preenchida eternamente pela via jurisprudencial, sob pena de comprometer a segurança jurídica e, inclusive, de atribuir ao Supremo Tribunal Federal um papel normativo que, em um Estado Democrático de Direito, pertence ao legislador.

Além disso, a plena efetivação da responsabilidade civil do Estado Legislador exige uma abordagem que não só repare danos, mas também previna violações, fortalecendo o compromisso ético e jurídico com a proteção da sociedade.

Assim, o debate sobre a omissão legislativa e sua responsabilização não se esgota na mera aplicação de teorias jurídicas, mas exige um engajamento contínuo em torno da construção de soluções práticas, equitativas e alinhadas aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br. Acesso em: 30 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. **Acrescenta à lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 27 out. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo**. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 24 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 30 nov. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 30 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 797905** (Tema 727). Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário Virtual, julgado em 15 abr. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 maio 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4534725&numeroProcesso=797905&classeProcesso=RE&numeroTema=727. Acesso em: 2 dez. 2024.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CASTRO, Maria Cecília de Almeida. **Responsabilidade civil do estado por omissão legislativa**: a regra da indexação e o direito dos servidores públicos brasileiros à revisão geral anual de sua remuneração e dos subsídios. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_CastroMC_1.pdf. Acesso em: 30 nov. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio.** Milão: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade**: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do estado democrático de direito. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10701/1/Dantas.pdf. Acesso em: 2 dez. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIOVANELLA, Francini Byk. **Responsabilidade civil do estado por omissão legislativa**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/190232. Acesso em: 30 nov. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 2.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade civil do estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação n. 00065977920208190001**. Relator: Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO. Rio de Janeiro, DJ 21 jul. 2021.

SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 19, n. 8, jan./abr. 2018. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v. 19_n. 8.25.pdf. Acesso em: 30 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITOLOGIA COMPARADA, PUREZA, PECADO E PUNIÇÃO: O SISTEMA PENAL COMO RITO SIMBÓLICO

COMPARATIVE MYTHOLOGY, PURITY, SIN, AND PUNISHMENT: THE PENAL SYSTEM AS A SYMBOLIC RITE

Tatiana de Amorim Badaró*

RESUMO: O presente artigo realiza uma análise simbólica e semiótica do direito penal e do processo penal, fundamentada na mitologia comparada, na criminologia crítica e no garantismo penal. Parte-se da hipótese de que o sistema de justiça criminal, mesmo estruturado sob os princípios da legalidade e do devido processo, opera como um ritual de purificação social, perpetuando arquétipos primitivos de pureza, pecado, desvio e sacrifício. Utilizando abordagem qualitativa e teórica, o estudo examina a presença de mitos fundacionais no imaginário penal, a centralidade simbólica da figura do guardião da ordem, da mulher pecadora e do bode expiatório, o julgamento como ritual de exclusão e a construção do inimigo moral como estratégia de contenção do caos. Argumenta-se que a pena, longe de ser mero instrumento técnico de controle, assume função sacrificial, reafirmando fronteiras morais, políticas e sociais e legitimando práticas seletivas e autoritárias. Conclui-se que o direito penal contemporâneo, ao recodificar mitos punitivos sob o disfarce da racionalidade formal, reforça dispositivos de exclusão incompatíveis com uma justiça democrática. Defende-se, assim, a necessidade de uma crítica radical aos rituais de punição e a construção de alternativas verdadeiramente garantistas no campo penal.

Palavras-chave: direito penal; processo penal; mitologia comparada; criminologia crítica; rito de purificação.

ABSTRACT: *This article presents a symbolic and semiotic analysis of criminal law and criminal procedure, grounded in comparative mythology, critical criminology, and Ferrajoli´s critiques to this system. The central hypothesis is that the criminal justice system, even when structured around the principles of legality and due process, operates as a ritual of social purification, perpetuating ancient archetypes of purity, sin, deviance, and sacrifice. Employing a qualitative and theoretical approach, the study examines the presence of foundational myths in the penal imaginary, the symbolic centrality of the figures of the guardian of order, the sinful woman, and the scapegoat, the trial as a ritual of exclusion, and the construction of the moral enemy as a strategy for containing chaos. It is argued that punishment, far from being a mere technical instrument of control, assumes a sacrificial function, reaffirming moral, political, and social boundaries and legitimizing selective and authoritarian practices. The article concludes that contemporary criminal law, by recoding punitive myths under the guise of formal rationality, reinforces exclusionary mechanisms incompatible with democratic justice. It thus advocates for the urgent need for a radical critique of punitive rituals and for the construction of a genuinely due process in the criminal field.*

* Pós-doutora em Sociologia Criminal (Universidade de Alberta/Canadá). Doutora em Educação e graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenadora da International Cultic Studies Association na América Latina. Membro do corpo editorial da International Journal of Coercion, Abuse and Manipulation. Avaliadora FAPESB. E-mail: badaro.tatiana@ufba.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4631252681923860. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1347-1795.

Keywords: *criminal law; criminal procedure; comparative mythology; critical criminology; purification ritual.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 MITOS FUNDACIONAIS E ARQUÉTIPOS NO IMAGINÁRIO PENAL; 3 O GUARDIÃO SAGRADO, A MULHER PECADORA E O BODE EXPIATÓRIO; 4 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO MORAL, O MEDO DO CAOS E O JULGAMENTO PENAL COMO RITUAL DE PURIFICAÇÃO; 5 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DA PENA NA MANUTENÇÃO DA ORDEM; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O direito não é apenas linguagem normativa, mas também gramática simbólica. Entre códigos, ritos, formalidades e silêncios, o direito penal e o direito processual penal organizam o mundo a partir de dicotomias fundantes: pureza e impureza, bem e mal, ordem e caos. No interior dessa lógica, punir é mais do que aplicar a lei — é dramatizar a restauração da ordem, sacrificar o desvio, preservar a identidade de um corpo social que se quer coeso, moralizado e purificado.

Este artigo parte da hipótese de que tanto o direito penal quanto o processo penal operam como rituais simbólicos que reproduzem, em linguagem jurídico-formal, a mítica primitiva profundamente enraizada no imaginário ocidental. Essa mítica não apenas estrutura a narrativa da punição, mas organiza os papéis dos sujeitos do processo: o réu como bode expiatório, a mulher como figura do pecado, o juiz como guardião sagrado da ordem, o ritual do julgamento como dramatização da queda e da possível redenção.

Neste ponto, é fundamental distinguir o que, neste artigo, se entende por semiótico e por simbólico. Enquanto a abordagem semiótica – oriunda da tradição de Peirce – analisa os signos, suas estruturas e funções na produção de sentido; a abordagem simbólica, aqui alicerçada na antropologia cultural, diz respeito aos significados profundos, arquetípicos e coletivos atribuídos a imagens, ritos e discursos. O semiótico interroga o funcionamento técnico da linguagem jurídica; o simbólico, por sua vez, revela o valor cultural que sustenta a legitimidade do castigo, da autoridade e da exclusão.

Inspirado nas contribuições da mitologia comparada de Joseph Campbell, na análise do poder ritual de Mircea Eliade, nas categorias críticas de Foucault, Garland e Bauman, e profundamente ancorado na tradição da criminologia crítica decolonial de Salah Khaled Jr, este trabalho propõe uma travessia pelo subsolo simbólico da justiça penal. Mais do que compreender o processo como mero instrumento técnico-jurídico, busca-se evidenciar o tribunal como perpetuação semiótica e simbólica da mítica da purificação social.

Em termos metodológicos, adota-se uma abordagem qualitativa e teórica, com base na análise crítica da literatura jurídica, sociológica e mitológica. A pesquisa utiliza categorias da sociologia criminal, da criminologia crítica e feminista, bem como da mitologia comparada como lentes interpretativas para compreender o funcionamento simbólico e semiótico do sistema penal. Se trata, portanto, de um esforço de desvelamento hermenêutico dos sentidos arquetípicos e das estruturas míticas que sustentam a racionalidade punitiva.

Em tempos de recrudescimento punitivo, de moralismos judiciais e de naturalização das violências institucionais, é urgente compreender os sentidos ocultos que se reproduzem nos ritos de punir. Desconstruir o simbólico e entender sua semiótica é desnaturalizar o punitivismo – e essa é, essencialmente, a tarefa crítica proposta nesse trabalho.

2 MITOS FUNDACIONAIS E ARQUÉTIPOS NO IMAGINÁRIO PENAL

A construção do imaginário penal ocidental não se dá em um vácuo histórico ou racional. Por trás das normas jurídicas, subsistem narrativas míticas fundacionais profundamente enraizadas em mitos antigos, que ainda hoje moldam as estruturas simbólicas do punir. A figura do criminoso, a ideia de culpa, a necessidade de expiação e a própria institucionalização da pena remetem a arquétipos que antecedem o direito positivo, localizando-se nos domínios da religião, da tragédia e da cosmologia.

Desde os mitos estruturantes das civilizações ocidentais, a figura do mal tem sido projetada sobre corpos marcados pela diferença: o estrangeiro, o bárbaro, o desviado, o indomesticável. No campo penal, essas construções imaginárias assumem a forma de arquétipos que operam como eixos simbólicos da legitimação do castigo.

A racionalidade punitiva, ainda que travestida de laicidade e técnica, repousa sobre substratos mitológicos que organizam o mundo a partir de dicotomias morais: pureza e impureza, bem e mal, ordem e caos.

A compreensão do direito penal e processual penal como instrumentos de racionalidade normativa, fundada em princípios de legalidade, proporcionalidade e imparcialidade, não esgota seu papel social. Para além da técnica jurídica, o sistema punitivo opera como um campo semiótico de reprodução de arquétipos culturais, religiosos e mitológicos que organizam coletivamente o que se entende por "justo", "puro" e "ameaçador". Afinal, a linguagem do símbolo não é descartável: mesmo quando secularizado, o imaginário do mal continua a operar nos sistemas que pretendem se afastar do sagrado (Ricoeur, 2007), sustentando, ainda hoje, em linguagem jurídica, a lógica do castigo.

Joseph Campbell (2007), ao mapear o percurso universal do herói em diferentes culturas, destaca que os mitos não apenas explicam o mundo, mas o organizam simbolicamente. No direito, essa função organizadora permanece operante: o sistema penal ancora-se em narrativas de origem e ruptura, queda e punição, pureza e contaminação. Da mesma forma que os mitos explicam a origem do mal no mundo – com a desobediência de Prometeu, o pecado de Eva ou o fratricídio de Caim – o discurso penal reconstrói o criminoso como aquele que transgride uma ordem sagrada e, por isso, deve ser excluído ou sacrificado.

Todo sistema cultural tende a reencenar semioticamente seus mitos de origem como forma de manter a coesão simbólica da comunidade (Eliade, 1992). O direito penal, e especialmente seu irmão – o direito processual penal –, revestido de solenidade ritualística e dogmática, cumpre essa função. O processo, nesse contexto, é o palco onde se dramatiza a transgressão e se reitera a norma – não apenas como comando jurídico, mas como estrutura moral e ontológica. O julgamento não visa apenas aplicar a lei, mas restaurar o cosmos jurídico-moral desestabilizado pelo ato criminoso.

O poder punitivo se alimenta de representações coletivas, mitos de regeneração, narrativas de controle e espetáculos de submissão, assim, o suplício é uma cerimônia pelo qual um poder se afirma, restabelece a desordem violada, manifesta sua força e reativa sua glória (Foucault, 2014). Ocorre que, com o pseudo desaparecimento dos

suplícios, não desapareceu o papel político da punição; o teatro do castigo foi substituído por seu funcionamento técnico. Ao deslocar o suplício público para a interioridade do processo e da sentença, o sistema penal não abandona seu substrato simbólico – apenas o recodifica. O juiz, outrora sacerdote, torna-se agora um técnico da legalidade; o réu, antes possuído pelo demônio ou culpado diante de Deus, passa a ser autor do fato típico, antijurídico e culpável; e o rito sacrificial do castigo é revestido de fórmulas jurídicas, mas sem que se dissolvam seus significados arquetípicos.

Deste modo, Foucault (2014) afirma que a justiça criminal tem uma função ritual, marcada por símbolos e representações que legitimam a intervenção do poder, estruturando, na transição do suplício corporal para os mecanismos modernos de controle disciplinar, a manutenção do poder penal em seu caráter espetacular e ritualístico, apenas deslocando sua visibilidade para o plano institucionalizado. A teatralidade do processo penal, com sua ordem de fala, sua arquitetura, seus ritos de iniciação (interrogatório), purificação (condenação) e recondução simbólica à norma (pena), mostra que o julgamento não é apenas um ato decisório: é uma performance de reafirmação moral.

Apesar do revestimento técnico-jurídico, o processo penal opera sob uma epistemologia autoritária, travestindo em racionalidade aquilo que, na prática, é a reafirmação de um saber punitivo dogmático e excludente, que produz verdades processuais por meio da repetição de fórmulas rituais e da exclusão dos saberes outros (Duclerc, 2022). O autor afirma que:

> em suma, criam-se condições para a crítica e a denúncia do próprio sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas. **O Direito Penal, portanto, funciona na medida em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos**, em franca contradição com todo e qualquer ideal democrático de justiça e igualdade. (Duclerc, 2022, p. 22) (grifo nosso)

Isto é, ao invés de instrumento de garantias, o processo penal tem funcionado como um mecanismo de ratificação do controle seletivo, no qual o réu é julgado não apenas pelo que fez, mas pelo lugar que ocupa no tecido social, reafirmando hierarquias e preconceitos estruturais. A racionalidade penal, portanto, longe de representar um rompimento com os rituais simbólicos arcaicos, atua como uma sofisticada forma de

manutenção destes, disfarçada por uma linguagem técnica que encobre sua função simbólica, política e moralizante.

É nesse cenário que os arquétipos ganham vida. O criminoso é, antes de tudo, uma figura simbólica que condensa a transgressão e que deve ser separado do corpo social para que este se reestabeleça como puro (Girard, 2008). O processo judicial, nesse contexto, atua como ritual de passagem onde o sujeito acusado atravessa etapas de desfiguração e reclassificação social, terminando marcado como impuro, culpado ou perigoso. Assim, o direito penal e o direito processual penal seguem mobilizando arquétipos universais: o herói/guardião que protege a cidade (representado pelo Estado/Ministério Público), o traidor/infrator que ameaça a ordem (o réu), e a coletividade que clama por restauração (a sociedade ofendida).

No contexto jurídico-penal, essas figuras arquetípicas são atualizadas no julgamento: não se julga só indivíduos, mas símbolos do mal, da ruptura da ordem; isto é o que afirmam Ricoeur (2007) e Bauman (2008) – cada um à sua maneira, porém convergindo – ao apontar que a punição não é racional-legal pura, mas uma resposta simbólica ao medo, ao desejo de ordem e à construção de um inimigo arquetípico. É desvelado, então, que essa lógica binária de enfrentamento moral está mais próxima da mitopoética do que da racionalidade iluminista que supostamente orienta o sistema penal moderno.

É justamente sob este prisma que Foucault (2014) defende que a própria noção de periculosidade, embora apresentada em linguagem técnica, reflete a mítica narrativa do ser disforme, incontrolável e ameaçador que precisa ser contido para que a comunidade se sinta segura ao apresentar a delinquência como um monstro social, uma anomalia psicológica e uma ameaça política. Assim, o direito não apenas pune condutas: ele constrói tipos morais, demoniza sujeitos e reafirma a sacralidade mítica da suposta pureza social, mesmo em tempos de suposta laicidade e racionalidade jurídica.

O processo penal, portanto, é também um mito de origem reverso: reencena continuamente a queda da ordem e a necessidade de sua reconstrução. É o mito jurídico da restauração permanente perpetuado semioticamente. Cada nova denúncia, cada novo julgamento, cada nova sentença são versões modernas do mesmo enredo: há um mal, há uma lei, há um juiz, e há um sacrifício necessário. Como bem pontua Paul Ricoeur (2007), os mitos dizem em imagens aquilo que a filosofia hesita em dizer com conceitos; do

mesmo modo, o direito penal diz com normas o que o mito disse com símbolos: a ordem só se sustenta sobre o sacrifício ritual do desviante.

Reconhecer esse substrato mítico que estrutura o imaginário penal não significa negar a importância do direito, mas sim desnaturalizar – e *des-sacralizar* – seus discursos, revelar suas continuidades com sistemas de exclusão anteriores e abrir caminho para uma crítica profunda do aparato punitivo. É nesse território híbrido entre imagem e razão, símbolo e norma, que o direito penal encontra sua gramática mais antiga – e sua semiótica mais perigosa.

3 O GUARDIÃO SAGRADO, A MULHER PECADORA E O BODE EXPIATÓRIO

A organização semiótica do processo penal não se limita à linguagem ou à forma jurídica. Ela se manifesta por meio da fixação de papéis arquetípicos atribuídos aos sujeitos que participam do ritual punitivo. Tal como nos antigos ritos de sacrifício e nas narrativas míticas, o julgamento penal moderno estrutura-se a partir da repetição de figuras morais codificadas: o guardião sagrado da ordem, a mulher como metáfora do pecado e o réu como bode expiatório da comunidade. Essas figuras, longe de serem abstratas, operam na prática cotidiana do sistema penal, legitimando exclusões e reforçando hierarquias sociais sob o disfarce da legalidade.

O guardião da ordem, na forma atual do Estado-juiz, do Ministério Público ou da força policial, cumpre uma função sagrada: proteger o corpo social da contaminação do mal. A figura do juiz, em especial, aparece revestida de autoridade moral, sua palavra encarna a performatividade da verdade e da reparação. Se o herói arquetípico enfrenta o caos em nome da coletividade e retorna com uma dádiva restauradora. No processo penal, o julgador assume esse papel: cruza o limiar da dúvida, confronta o desvio e devolve à sociedade a ilusão da pureza restabelecida por meio da sentença.

> O herói morreu como homem moderno; mas, como homem eterno – aperfeiçoado, não específico e universal –, renasceu. Sua segunda e solene tarefa e façanha é, por conseguinte [...] retornar ao nosso meio, transfigurado, e ensinar a lição de vida renovada que aprendeu. (Campbell, 2007, p. 13)

Esse guardião não é neutro. Sua autoridade é simbólica, mas profundamente seletiva. Em um sistema penal estruturado pela seletividade de classe, raça e gênero, ele encarna o poder de decidir não apenas o que é crime, mas quem deve ser punido[1]. O poder de nomear é, antes de tudo, o poder de fazer existir socialmente, de instituir identidades (Ricoeur, 2007); assim, o poder simbólico se exerce por meio de atos de nomeação: o juiz nomeia o réu como criminoso e, ao fazê-lo, transforma-o ontologicamente aos olhos do mundo. Sua legitimidade moral é performada numa semiótica de autoridade – o uso da toga, a postura elevada no recinto, o monopólio da fala autorizada – que reproduzem a liturgia do sagrado sob a linguagem do processo.

A figura da mulher pecadora emerge como um arquétipo de transgressão atemporal. Desde Eva até Mariana Ferrer, o feminino tem sido historicamente representado como origem da desordem e do pecado. O sistema penal, consequentemente, julga mulheres a partir de parâmetros morais que excedem os critérios legais estritos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; transformando o julgamento penal em um espaço de vigilância sobre sexualidade, maternidade e papéis de gênero. Não raro, a construção da mulher como símbolo de tentação, desvio ou perigo é mobilizada não apenas para criminalizá-la, mas também para atenuar ou justificar crimes cometidos por homens, sobretudo quando se trata de réus brancos, de elite ou em posição de poder (cf. Smart, 1995). Em crimes de violência doméstica, feminicídios ou estupros, por exemplo, é frequente que a mulher-vítima seja responsabilizada, tida como provocadora, imoral ou desajustada, enquanto o agressor é apresentado sob o prisma da honra, da emoção ou da vulnerabilidade momentânea – narrativas que contribuem para a perpetuação da seletividade penal.

Essa lógica de julgamento moral do feminino encontra um de seus marcos históricos mais contundentes na obra *Malleus Maleficarum*[2], originalmente publicada em

[1] Sobre a seletividade estrutural, cf. KHALED JR., Salah H. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 199, p. 73-107, nov./dez. 2023, especialmente p. 74-76 e 90-93; KHALED JR., Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?, **Civitas**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010, especialmente p. 294-296. Khaled Jr. demonstra que, apesar do discurso de racionalidade e imparcialidade, o processo penal brasileiro reproduz, na prática, estruturas seletivas e dispositivos de exclusão, funcionando como aparato de produção de verdades oficiais que legitimam práticas autoritárias e a criminalização de sujeitos socialmente vulneráveis, sob um aparato herdado historicamente dos modelos inquisitoriais e reforçado no contexto contemporâneo de judicialização da política penal.

[2] (Kramer; Sprenger, 2024)

1486 sob a chancela da Igreja Católica. O chamado “Martelo das Feiticeiras” não apenas codificava os procedimentos inquisitoriais contra mulheres acusadas de bruxaria, como também consolidava uma epistemologia misógina que associava o corpo feminino ao caos, à lascívia e à ameaça à ordem divina e social. A mulher, nesse imaginário, era simultaneamente instrumento e morada do demônio, tornando-se um alvo legítimo para a purificação violenta operada pelo tribunal e pelo castigo.

As práticas inquisitoriais descritas por Kramer e Sprenger (2024) reproduzem, em chave teológica, o que hoje o processo penal faz sob o disfarce da racionalidade laica: uma ordenação moral do mundo pela exclusão dos corpos que recusam seu lugar socialmente designado. O que se vê é a persistência dessa estrutura de julgamento, embora travestida de legalidade secular; o sistema penal moderno continua a julgar a partir de padrões morais que excedem a legalidade estrita, mobilizando discursos sobre moralidade, sexualidade e papéis de gênero como critérios ilegítimos de valoração da conduta (Smart, 1995). O réu, portanto, é transformado simbolicamente no herege contemporâneo – alvo de punição não apenas por seus atos, mas por sua existência desviante.

Nesse sentido, há uma continuidade histórica e simbólica entre os processos de bruxaria e os julgamentos penais de hoje: ambos são rituais em que o corpo é colocado no centro do processo como território de disputa moral, e sua punição representa uma catarse social, uma reafirmação de valores tradicionais travestidos de justiça. Como no imaginário arquetípico analisado por Campbell (2007), o réu precisa ser vencido para que a ordem heroica, representada pelo juiz ou promotor moralizador, se restabeleça. A pena, nesse contexto, não é retribuição por um crime, mas exorcismo simbólico do mal que desafia a norma.

No interior dessa arquitetura simbólica, o bode expiatório ocupa lugar central como personagem sacrificial. Trata-se do sujeito social e penalmente construído para suportar, em seu corpo e sua biografia, o peso das tensões morais, políticas e sociais da coletividade. O conceito, profundamente trabalhado por René Girard (2008), descreve o mecanismo pelo qual uma sociedade, em crise ou desequilíbrio, transfere para um indivíduo ou grupo minoritário suas angústias e violências latentes, convertendo-o em inimigo interno, agente da corrupção simbólica, cuja eliminação purifica o corpo social.

O processo penal continua a reproduzir esse mecanismo com precisão ritual. A acusação não incide apenas sobre um fato típico, mas sobre um tipo ideal de inimigo – quase sempre racializado, economicamente marginalizado e deslocado dos centros de legitimidade simbólica. A seletividade penal, frequentemente denunciada pela criminologia crítica, não opera apenas como falha sistêmica ou discricionariedade punitiva: ela cumpre uma função de recondução simbólica da ordem, de reafirmação dos limites entre os corpos aceitáveis e os corpos sacrificáveis.

Nesse sentido, o rito processual penal, ainda que formalmente assegure garantias, estrutura-se de forma a reforçar a culpabilidade esperada: a prisão preventiva como antecipação de pena, a audiência como performance hierarquizada de autoridade, a sentença como (con)sagração do desvio previamente presumido. O réu não é apenas julgado; ele é construído como sujeito indigno, como figura cuja punição reafirma o pacto normativo da coletividade. Trata-se de uma condenação, como denuncia Young (2007), que frequentemente antecede o veredito e que se fundamenta menos na análise objetiva da conduta do que na mobilização de signos sociais da periculosidade.

Esse mecanismo de sacrifício contemporâneo ganha ainda mais força quando inserido no contexto midiático e institucional de produção do medo e da moralidade. O réu, já marcado socialmente como infrator, vagabundo, criminoso ou bandido, é ressignificado no processo penal como agente do mal a ser eliminado. A justiça, nessa configuração, não busca apenas o equilíbrio normativo, mas também a catarse coletiva – o restabelecimento da paz simbólica por meio da eliminação ritual do outro.

Portanto, compreender o papel do bode expiatório no processo penal é reconhecer que o sistema de justiça criminal não opera apenas como aparato técnico de apuração de fatos, mas como ritual estruturante de identidades sociais (Gloeckner et al., 2023; Duclerc, 2022). Ele decide quem pertence e quem será excluído, quem será lembrado como vítima e quem será esquecido como réu. Essa dinâmica, marcada por profundas desigualdades estruturais, reforça a necessidade de uma crítica que ultrapasse os limites da legalidade aparente e penetre nas camadas semióticas que sustentam a ritualização da exclusão.

Assim, reitera-se que o processo penal opera como um drama mítico que reencena, de forma velada, a luta entre ordem e desordem, pureza e pecado. Juízes e

promotores assumem o papel de sacerdotes modernos; mulheres são julgadas como transgressoras morais; e os acusados de sempre são oferecidos como sacrifício público à estabilidade da norma. Desvelar essa dramaturgia é tarefa essencial para qualquer projeto garantista, crítico ou abolicionista. Porque não basta reformar as práticas jurídicas: é preciso romper com os mitos que ainda sustentam, sob aparência de justiça, os rituais do castigo.

4 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO MORAL, O MEDO DO CAOS E O JULGAMENTO PENAL COMO RITUAL DE PURIFICAÇÃO

A permanência da punição como resposta socialmente aceita ao conflito e ao desvio depende da manutenção de uma narrativa: a de que há sujeitos cuja existência representa uma ameaça essencial à ordem. O direito penal, nesse sentido, não opera apenas como técnica repressiva, mas como dispositivo produtor de alteridade perigosa. Ele não apenas sanciona condutas, mas fabrica inimigos – sujeitos a quem se atribui uma carga simbólica de impureza, violência ou perversidade moral, e cuja eliminação, real ou simbólica, seria condição de estabilidade social.

A figura do inimigo – aquele cuja existência encarna o desvio, o perigo e a ameaça à ordem – não é um dado objetivo (Bauman, 2008), mas uma construção discursiva e mitológica profundamente atravessada por categorias morais, estigmas históricos e tensões sociais (Girard, 2008). É a partir da construção do inimigo moral que o direito penal reforça sua função simbólica: proteger o corpo puro da sociedade contra a contaminação do outro impuro.

A teoria do inimigo penal foi amplamente denunciada por Luigi Ferrajoli (2002) como uma violação dos princípios basilares do garantismo jurídico. Para o autor, a distinção entre o cidadão, titular de direitos, e o inimigo, passível de ser tratado fora da constitucionalidade, representa a falência do modelo de Estado de Direito. O inimigo não é julgado: ele é eliminado, neutralizado, confinado, esquecido. A construção dessa figura se dá para além do plano normativo, mas – e sobretudo – no plano simbólico, apoiando-se em potente semiótica; e é justamente nesse ponto que a mitologia se revela como estrutura organizadora do discurso punitivo.

Nas mitologias, o herói parte em jornada para derrotar o monstro, restaurar a paz, garantir a sobrevivência da tribo; enquanto o monstro é descrito como irracional, perigoso, inumano (Campbell, 2007); assim, os mitos universais sempre projetam o caos como ameaça exterior. Este mesmo expediente simbólico opera no discurso penal midiático e judicial: o criminoso é o outro, o bárbaro, cuja presença desestabiliza o mundo ordenado. A retórica do medo, como aponta Bauman (2008), torna-se o combustível para a legitimação de políticas penais repressivas, ainda que ineficazes.

Essa construção do inimigo moral opera com marcadores sociais específicos: é racializada, generificada e classista, uma vez que os dados empíricos comprovam que o sistema penal não pune de forma igualitária, mas seletivamente (Smart, 1995). A criminalização da pobreza, o encarceramento em massa da juventude negra, a perseguição a corpos dissidentes – tudo isso compõe o cenário de um sistema que escolhe seus alvos com base em arquétipos morais, e não em critérios estritamente jurídicos. O medo do caos, projetado nesses corpos, alimenta o desejo coletivo de sua extinção. Como observa Khaled Jr e Morrison (2024), a punição passa a funcionar como um gesto de reafirmação moral da sociedade, que não quer justiça, mas pureza.

Esse desejo de pureza é a marca da política penal higienista. O discurso de limpeza social, de tolerância zero e de guerra contra o crime assume feições simbólicas de cruzada moral. Tal como nas mitologias fundacionais, em que o mundo é salvo após a expulsão do demônio ou do traidor, o direito penal se apresenta como espada do bem contra o mal, numa estrutura em que os malfeitores são, na realidade, os indesejáveis.

A construção do inimigo penal, portanto, é sempre também a construção de uma narrativa de exclusão. A mídia, os discursos políticos e, em especial, as decisões judiciais reiteram imagens que não apenas descrevem a realidade, mas a (re)produzem. A recorrência a expressões como “monstro”, “animal”, “elemento”, “marginal” e “subversivo” reafirma uma semiótica da exclusão – o outro não é apenas perigoso: ele é ontologicamente inapto à convivência. Daí a naturalização de sua prisão, sua invisibilização e sua execução extrajudicial.

O medo do caos, nesse contexto, não é produto de uma insegurança objetiva, mas de uma construção afetiva e simbólica socialmente orientada. A criminologia midiática, como aponta Jock Young (2007), amplifica percepções de ameaça, desloca as causas do

sofrimento social para indivíduos criminalizados e bloqueia soluções estruturais. A justiça penal, nesse cenário, deixa de ser um instrumento racional e passa a ferramenta de produção de identidade coletiva pela exclusão.

Assim, desnaturalizar a construção do inimigo penal exige uma crítica radical ao imaginário punitivo que estrutura o sistema de justiça. Não se trata apenas de reformar leis ou ampliar garantias processuais, mas de desmontar a mítica que sustenta a punição como caminho legítimo para a paz social. Uma justiça verdadeiramente comprometida com a democracia não pode se alimentar do medo, nem se sustentar no sacrifício dos corpos vulneráveis.

O processo penal moderno, ainda que institucionalmente estruturado como mecanismo de garantia e racionalidade procedimental, conserva em sua matriz simbólica os traços de um ritual mítico de purificação social. Sua semiótica de restauração da ordem, é, em realidade, a reafirmação do monopólio Estatal sobre a violência, transformando a figura do réu em objeto simbólico de expiação. Tal estrutura ritualística não é meramente uma ressonância primitiva: ela revela a profundidade mítica, política e moral que ainda sustenta a legitimidade do poder punitivo.

De acordo com Mircea Eliade (2004), os rituais de purificação têm por finalidade reconduzir o cosmos ao seu equilíbrio original após uma ruptura, que, transplantados para o campo jurídico, permitem entender o julgamento penal como um rito moderno de sacralização da norma. O crime é a desordem, o réu é o agente contaminador, e o processo penal – com sua liturgia formal, seus gestos codificados e sua autoridade encarnada na figura togada – opera como dispositivo de recondução à ordem. A racionalidade jurídico-processual, portanto, não dissolve o rito: apenas o recodifica.

No julgamento penal, lido como uma dramatização recorrente do mito da queda e da redenção, o réu – esse "outro" construído como ameaça à pureza normativa – é conduzido por uma jornada simbólica que inclui a nomeação do mal (denúncia), a travessia liminar (processo) e a expiação (sentença). A metáfora da travessia judicial aproxima-se, assim, da narrativa mítica: um percurso de purificação coletiva em que o corpo sacrificado serve à coesão do grupo.

Contudo, o processo penal não se realiza em um vazio axiológico ou institucional. Trata-se, conforme discorre Ferrajoli (2011) de um campo permeado por assimetrias

estruturais, em que o discurso da legalidade tende a se converter em técnica de dominação. Ainda que formalmente garantidor, em sua pretensa neutralidade, encobre a seletividade de sua aplicação e o uso político da punição como instrumento de contenção dos indesejáveis; o que configura o processo penal como campo constantemente tensionado por práticas autoritárias, desigualdades materiais e preconceitos de classe, gênero e raça.

Essa função simbólica encontra paralelos estruturais nos rituais inquisitoriais codificados nos séculos finais da Idade Média, sobretudo na lógica procedimental descrita por Kramer e Sprenger (2024), sistematizando os métodos para interrogar, torturar e extrair confissões de mulheres acusadas de bruxaria. Não se trata apenas de um protocolo inquisitorial, mas da inauguração de uma epistemologia penal performativa, em que o processo não busca compreender, mas confirmar uma narrativa preexistente de culpa. O julgamento inquisitorial era, nesse sentido, menos um meio de descoberta e mais um rito de confirmação de verdades morais previamente fixadas.

No contexto contemporâneo, essa lógica de purificação permanece operante sob outras roupagens, a exemplo do discurso da defesa da sociedade, da periculosidade, da verdade real, que cumpre função similar àquela desempenhada pelo tribunal da fé: legitimar o sacrifício de sujeitos já socialmente marcados como desordeiros, desviantes ou impuros. Para Duclerc et al (2020), o processo penal, em sua estrutura atual, frequentemente não resiste ao impulso de reafirmar valores sociais hegemônicos por meio da exposição, da humilhação e da exclusão pública do acusado, especialmente quando este pertence a grupos vulnerabilizados.

A figura do juiz, como visto, não opera como baluarte técnico neutro da legalidade, mas como agente simbólico de reordenação moral; sua atuação atualiza o papel do guardião da fé, que no passado legitimava o sacrifício da bruxa em nome da salvação coletiva. A audiência se converte, então, em um palco onde se dramatiza a separação entre o puro e o impuro, entre os que pertencem ao corpo social e os que devem ser expurgados dele.

A própria estrutura do processo com a semiótica – seus ritos de passagem (denúncia, instrução, julgamento, sentença) e seus espaços simbólicos (o tribunal, o banco dos réus) – constitui um ritual laico de expiação, no qual a racionalidade jurídica não elimina o sagrado, mas o reorganiza. O mito da neutralidade judicial, assim, se revela

como um dos dispositivos que tornam possível a persistência da punição como ato de sacralização da norma.

Como apontam Gloeckneret al (2023), a fantasia da verdade real no processo penal moderno atua como mecanismo de neutralização dos sujeitos e legitimação de uma ordem moral previamente estabelecida. A noção de que o processo penal serve à descoberta de uma verdade ontológica funciona como instrumento de reforço do poder punitivo, suprimindo o dissenso e ritualizando o julgamento como purificação da mentira, do desvio e da desordem. Nesse sentido, o processo penal se transforma num ato simbólico de revelação, em que o réu é, antes de tudo, um corpo a ser decifrado e purgado.

Nesta mesma direção, Duclerc (2022) revela que o julgamento penal, longe de ser um espaço de equilíbrio argumentativo, é atravessado por moralismos punitivos, paixões sociais e ansiedades securitárias. O julgamento não é apenas um procedimento: é um espetáculo. Um ritual em que se encena a autoridade do Estado e se responde simbolicamente ao medo do caos (Garland, 2008), o processo, nesse sentido, serve tanto para condenar quanto para confirmar estigmas.

A análise desse ritual permite identificar que é preciso haver recusa da ideia de que o julgamento possa ser um espaço legítimo de justiça enquanto estiver inserido em uma lógica hierárquica, sacrificial e disciplinadora. O processo, ainda que revestido de legalidade, é expressão do poder concentrado e verticalizado. Sua função simbólica de purificar a sociedade mediante a exclusão dos desviantes o aproxima de rituais autoritários que legitimam a violência sob a aparência de ordem.

A superação desse modelo não será alcançada apenas com reformas técnicas ou garantias processuais positivadas. A crítica deve ser mais profunda: é preciso desmantelar o imaginário que sustenta o ritual, romper com o mito do castigo redentor, e recusar a purificação como fundamento da justiça.

Compreender o julgamento penal como rito simbólico de purificação social é reconhecer que a racionalidade penal não é apenas técnica, mas profundamente simbólica e cultural. A função do processo não se esgota na aplicação de regras: ele reafirma fronteiras, estabelece moralidades e ritualiza a eliminação daqueles que desafiam, mesmo simbolicamente, a ordem constituída. A superação dessa lógica exige

mais do que garantias processuais formais: demanda a crítica radical do imaginário que sustenta a punição como resposta legítima ao conflito social.

5 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DA PENA NA MANUTENÇÃO DA ORDEM

A pena, tal como instituída no direito penal moderno, é frequentemente apresentada como consequência racional e proporcional ao delito cometido. Entretanto, essa narrativa encobre a dimensão simbólica e ideológica da punição, cujo papel primordial não é restaurar o equilíbrio jurídico, mas reafirmar as fronteiras morais, políticas e sociais do corpo coletivo. A pena não apenas pune: ela comunica, dramatiza, purifica e legitima.

Do ponto de vista histórico e antropológico, a punição sempre operou como ritual de sacralização da norma violada. A pena pública tem menos a ver com retribuição e mais com a necessidade de uma sociedade de dramatizar a ruptura e exorcizar o desvio (Foucault, 2014; Kramer, Sprenger, 2024). A queima da bruxa, a exposição do herege, a decapitação do traidor: todos esses atos foram formas espetaculares de restaurar a ordem simbólica, marcando o corpo do punido como território da purgação coletiva.

O *Malleus Maleficarum* oferece uma chave poderosa para compreender essa lógica: a mulher-bruxa não era punida apenas por seus atos, mas por encarnar um tipo de subjetividade que ameaçava os alicerces da ordem cristã e patriarcal. Sua punição era necessária não apenas para restaurar a justiça, mas para preservar o sentido da existência social sob determinada moralidade. De maneira análoga, o direito penal segue operando sob essa lógica sacrificial: a exclusão penal de certos corpos dissidentes funciona como reafirmação da normalidade dominante.

A pena pode ser então compreendida como operação performática: um ato institucional que reproduz a violência sob o disfarce da legalidade e a reveste de valor moral. Assim, serve menos à resolução de conflitos do que à perpetuação de uma estrutura de poder que precisa da punição como linguagem para se justificar.

A pena não é, como se pretende, resposta racional a um desvio. A epistemologia penal, ao operar com categorias fechadas de verdade, imputação e imputabilidade, apenas disfarça o sacrifício sob a toga da razão. Ainda assim, Luigi Ferrajoli (2002)

propõe a pena como um mal necessário, sempre submetido a estritos limites formais e materiais, justificado apenas pela proteção dos direitos fundamentais. No entanto, como apontam Duclerc et al (2020), mesmo os sistemas que se pretendem garantistas continuam operando sob uma estrutura simbólica reativa, em que o castigo é mobilizado não como *ultima ratio*, mas como resposta esperada à violação da norma.

Essa função simbólica é reforçada pela seletividade estrutural do sistema penal, que não escolhe ao acaso os sujeitos a serem punidos. Como denuncia Young (2007), o sistema penal atua como um mecanismo de controle de corpos desviantes, reafirmando, por meio da punição, as hierarquias sociais fundadas em gênero, raça e classe. A pena, nesse contexto, opera como signo de pertencimento ou exclusão: quem é punido revela quem tem ou não lugar na ordem social instituída. Essa semiótica da pena está intimamente ligada à construção do outro punível e à sua conversão em figura sacrificial. Como observa Foucault (2014), o castigo está carregado de significados míticos: ele purifica, redime, reorganiza o mundo a partir da exclusão do desviante. A sociedade, ao punir, não busca apenas proteger-se; ela busca restaurar seu próprio senso de coesão ameaçado pela transgressão. O apenado, nesse contexto, não é apenas responsabilizado: ele é sacrificado em nome da estabilidade coletiva.

A manutenção da ordem, reafirma-se, não é neutra. Ela é seletiva, racializada, patriarcal e capitalista. A pena não serve à paz social, mas à conservação do poder que define o que deve ser temido, excluído ou eliminado. É por isso que o direito penal, mesmo em sua versão mais progressista, não consegue escapar da lógica do sacrifício: ele necessita de um corpo-alvo, de um réu, de uma figura sobre a qual se projete o desejo coletivo de expiação.

Essa estrutura se radicaliza em contextos de populismo penal, onde o sofrimento do condenado passa a ser requisito de satisfação pública. A pena, nesse cenário, abandona qualquer pretensão pedagógica e assume contornos vingativos. A privação da liberdade, o sofrimento físico, a degradação moral e até a morte tornam-se meios legítimos de "limpeza social". Trata-se da consagração da pena como espetáculo, como sacrifício visível que reafirma fronteiras e silencia dissensos.

Ademais, a pena moderna tem se revelado profundamente ineficaz em atingir seus objetivos declarados. Ela não ressocializa, não previne e tampouco protege. Ao

contrário, ela destrói, estigmatiza e cristaliza identidades marginais. O cárcere, símbolo maior da pena estatal, é também seu fracasso institucionalizado. Ele reafirma diariamente que o projeto punitivo não é de reintegração, mas de contenção e eliminação simbólica.

Por isso, é urgente compreender que é justamente por operar no campo simbólico que a crítica ao sistema penal deve ir além do jurídico-positivo. É preciso desmontar o mito da punição como justiça, recusar a pena como forma de purificação social e pensar alternativas que superem o paradigma do sacrifício.

A justiça que se propõe democrática, antirracista, antipunitivista e não patriarcal não pode continuar assentada sobre a dor alheia como fundamento de coesão. O desafio é outro: construir formas de convivência que dispensem a exclusão como modo de manutenção da ordem. E isso exige, antes de tudo, renunciar à pena como símbolo da justiça e reimaginar o direito como campo de cuidado, responsabilização mútua e reconstrução de vínculos sociais.

6 CONCLUSÃO

A análise do direito penal e do processo penal como rituais simbólicos revela que, sob a aparência de neutralidade e racionalidade jurídica, o sistema de justiça criminal continua operando com base em estruturas míticas e morais de exclusão. O julgamento penal, em vez de se limitar à aplicação da norma, encena um drama coletivo de restauração da ordem, em que o réu é posicionado como corpo sacrificial e a pena como ato purificador. A permanência de arquétipos como o guardião sagrado, a mulher pecadora e o bode expiatório evidenciam a força do imaginário punitivo que atravessa o campo jurídico.

Retomar a distinção entre o semiótico e o simbólico, como proposto nessa discussão, mostra-se fundamental para a crítica aqui desenvolvida. A semiótica do processo penal – seus códigos, formas, posições de fala e representações – não é dissociável da simbologia profunda que a sustenta: a crença na necessidade do castigo como forma de salvação social, o medo da contaminação, a idealização da pureza normativa. A análise crítica exige, portanto, atenção simultânea às estruturas técnicas e aos mitos que as legitimam.

Desconstruir o simbólico e entender sua semiótica é desnaturalizar o punitivismo – e essa é, precisamente, a tarefa crítica proposta neste artigo.

O sistema penal não fracassa por não alcançar seus objetivos declarados de ressocialização, prevenção ou justiça: ele cumpre, com rigor, seu verdadeiro papel simbólico de reafirmar hierarquias, punir o desvio e sacrificar os corpos marginalizados. Como aponta a criminologia crítica, a seletividade não é um desvio da norma, mas a própria norma em operação. E como nos ensina a tradição anarquista, não há justiça onde há dominação, sacrifício e medo como fundamento da ordem.

A crítica epistemológica de Gloeckner et al (2023) desvela que a verdade no processo penal não é produto neutro, mas construção política, ideológica e simbólica. Superar o punitivismo exige, portanto, romper com a ideologia da verdade absoluta que justifica a eliminação simbólica do outro. A desnaturalização da pena só será possível se for acompanhada da desnaturalização da própria racionalidade penal.

Por isso, os limites do garantismo formal não devem bastar a quem se propõe atuar e estudar o sistema penal. É necessário ir além da legalidade e interrogar os fundamentos míticos do direito de punir. A crítica à pena exige uma crítica à cultura que a sustenta – aos medos, arquétipos e valores que naturalizam o castigo como caminho legítimo para a paz social. O que está em jogo não é apenas o excesso de punição, mas a própria ideia de justiça como sacrifício.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAMPBELL, Joseph. **O herói de mil faces**. São Paulo: Cultrix, 2007.

DUCLERC, Elmir. Seletividade, Raça e Redução de Danos: O Acordo Penal entre Themis e Xangô. 2022**. Jornal GGN**, 22 dez, 2022. Disponível em: https://jornalggn.com.br/justica/o-acordo-penal-entre-themis-e-xango-por-elmir-duclerc/. Acesso em: 02 dez. 2024.

DUCLERC, Elmir; *et al*. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal***.* 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes:** La crisis de la democracia constitucional. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42. ed. São Paulo: Vozes, 2014.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. São Paulo: Revan, 2008.

GIRARD, René. **O bode expiatório**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 199. ano 31. p. 73-107. 2023.

KHALED JR, Salah; MORRISON, Wayne. **Curso de criminologia crítica e cultural decolonial**: vol.1 – fundamentos, classicismo e positivismo. Belo Horizonte: Letramento, 2024.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**: malleus maleficarum. 33 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2024.

RICOEUR, Paul. **A simbólica do mal**. Petrópolis: Vozes, 2007.

SMART, Carol. **Law, Crime and Sexuality**: Essays in Feminism. London: SAGE Publications, 1995.

TURNER, Victor. **O processo ritual**: estrutura e antiestrutura. Petrópolis: Vozes, 2005.

VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade tardia. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE DA PROPOSTA DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS

THE LEGAL PROTECTION OF ANIMALS IN THE DRAFT CIVIL CODE: AN ANALYSIS OF THE PROPOSED NEW LEGAL PROVISIONS

José Luiz Tourinho Braga Costa*

RESUMO: Este artigo apresenta uma revisão bibliográfica focada na nova abordagem sobre a proteção animal proposta pelo anteprojeto de reforma do Código Civil. O objetivo central do estudo é analisar as inovações legislativas sugeridas, com ênfase nas disposições que tratam os animais como sujeitos de direitos, rompendo com a concepção tradicional de que seriam meramente bens. A metodologia adotada baseia-se na análise expositiva das propostas de reforma, contextualizando-as no panorama jurídico contemporâneo e nas demandas sociais por maior respeito à vida animal. Como resultado, o estudo identifica os avanços trazidos pelo anteprojeto, bem como as lacunas que ainda precisam ser preenchidas para que a legislação se alinhe plenamente às expectativas éticas do século XXI. Conclui-se que a reforma do Código Civil, conforme proposta, é um passo significativo para a modernização da legislação brasileira, embora demande contínuo debate e aprimoramento para que suas disposições sejam eficazes na proteção e promoção dos direitos dos animais.

Palavras-chave: anteprojeto; direitos dos animais; proteção animal; reforma do código civil.

ABSTRACT: *This article presents a literature review on the new approach to animal protection introduced by the draft reform of the Brazilian Civil Code. The study aims to examine the proposed legislative innovations, with particular emphasis on the provisions that recognize animals as subjects of rights, moving away from the traditional conception of animals as mere property. The methodology employed consists of an expository analysis of the proposed reforms, framed within the contemporary legal context and the growing social demands for greater respect for animal life. The study identifies both the advances achieved by the draft reform and the shortcomings that must still be addressed for the legislation to fully align with the ethical expectations of the twenty-first century. It concludes that the proposed reform constitutes a significant step toward modernizing Brazilian legislation, although it will require ongoing debate and refinement to ensure the effective protection and promotion of animal rights.*

Keywords: *draft reform; animal rights; animal protection; reform of the brazilian civil code.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONTEXTO HISTÓRICO ATÉ O ANTEPROJETO: A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS; 3 MUDANÇAS NA PARTE GERAL; 3.1 O reconhecimento legal da afetividade com os animais; 3.2 A nova qualificação civil dos

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: joseluiztourinho2003@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6583052449987527. ORCID: https://orcid.org/0009-0002-1844-7540.

animais; 4 CONSIDERAÇÕES SOBRE ALTERAÇÕES PONTUAIS; 4.1 Vícios redibitórios e a venda de animais no anteprojeto; 4.2 A inserção do termo “guardião” no artigo 936: um passo adiante?; 4.3 Mudança no tratamento animal nos direitos de vizinhança; 5 ANIMAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA; 6 CONTINUIDADE NORMATIVA: ASPECTOS INALTERADOS DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL; 7 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico destinado aos animais no Brasil tem evoluído significativamente ao longo dos últimos anos, refletindo mudanças culturais, éticas e científicas na percepção da relação entre seres humanos e outras espécies. O Código Civil de 2002, ainda que tenha avançado em várias áreas, permanece, em grande medida, ancorado em uma visão tradicional, na qual os animais são considerados objetos de propriedade, sem o devido reconhecimento de sua natureza como seres sencientes. No entanto, essa concepção tem sido cada vez mais contestada, de modo que os debates legislativos e acadêmicos acerca da necessidade de uma reforma que reconheça e proteja os direitos fundamentais dos animais têm sido impulsionados.

Nesse contexto, o anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, recebido pelo Senado Federal em 17/04/2024, se destaca por consolidar, se aprovado conforme se propõe, o entendimento que vem sendo corroborado por grande parte da doutrina e jurisprudência pátria nos últimos anos, que reconhece a condição dos animais como sujeitos de direitos e que, portanto, merecem um tratamento jurídico que vá além da mera propriedade. A relevância desse debate se insere em um cenário mais amplo de transformação global, em que as codificações europeias, por exemplo, já foram revisadas para incluir o bem-estar animal como um princípio jurídico fundamental. Assim, a análise das propostas legislativas contidas neste anteprojeto é, não apenas oportuna, mas necessária para compreender as direções futuras do direito brasileiro em relação à proteção animal.

A presente pesquisa tem como objetivo geral examinar de forma breve as principais alterações propostas pelo anteprojeto de reforma do Código Civil no que diz respeito ao tratamento jurídico dos animais, assim como os precedentes jurisprudenciais que as influenciaram e a perspectiva doutrinária quanto aos temas. Para isso, serão analisados os artigos específicos do anteprojeto, comparando-os com as disposições atualmente vigentes, com vistas a identificar as diferenças substanciais e as possíveis implicações dessas mudanças no ordenamento jurídico nacional. A partir dessa análise expositiva, o artigo pretende contribuir para o debate sobre a adequação das normas jurídicas brasileiras aos princípios de bem-estar animal, oferecendo de forma sintetizada os dispositivos legais, inclusive para fins de comparação posterior com o texto definitivo.

2 CONTEXTO HISTÓRICO ATÉ O ANTEPROJETO: A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS

O tratamento jurídico dos animais é um instituto relevante no direito civil, especialmente no que tange à classificação e à proteção legal desses seres no ordenamento jurídico. Tradicionalmente, o direito civil brasileiro enquadrou os animais como objetos de propriedade, classificando-os como bens móveis, sujeitos ao domínio e à posse de seus proprietários, sem que lhes fosse reconhecida qualquer subjetividade jurídica. Essa visão, amplamente consolidada pelo Código Civil de 1916, persiste em grande parte no Código Civil de 2002, que trouxe a concepção dos animais como bens "suscetíveis de movimento próprio"[1], sem maior consideração sobre suas características intrínsecas ou suas necessidades biológicas e emocionais.

No entanto, essa perspectiva tradicional vem sendo gradualmente superada pela evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. O argumento que tem prevalecido na atualidade é em favor de um tratamento jurídico que reconheça os animais como seres dotados de senciência, ou seja, "capacidade de sofrer ou sentir prazer ou felicidade" (Singer, 2002, p. 420), que "engloba pelo menos todos os animais vertebrados" (Luna, 2008, p. 18), o que lhes conferiria um status jurídico distinto dos

[1] Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

bens inanimados, tornando-se necessário um maior alinhamento do direito civil com os princípios de proteção animal e bem-estar.

Essa concepção tem ganhado força não só na doutrina contemporânea, mas também na jurisprudência. As decisões judiciais, ao refletirem e moldarem a aplicação prática dos princípios constitucionais, fornecem um quadro relevante para compreender como a teoria está sendo implementada e quais são seus impactos no reconhecimento jurídico dos animais como seres sencientes.

Nesse contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, foi um marco importante, na qual questionou-se a constitucionalidade de uma lei do Estado do Ceará que permitia a vaquejada, uma prática cultural típica do local. Na oportunidade, o STF declarou a lei inconstitucional e argumentou que a vaquejada, apesar de ser uma manifestação cultural, causava sofrimento desnecessário aos animais, violando o princípio constitucional da proteção ao meio ambiente e ao bem-estar animal, conforme estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal.

Outra decisão histórica trata-se do Recurso Especial (REsp) 1.797.175/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu um caso emblemático sobre a guarda do papagaio Verdinho. Em síntese, o papagaio havia sido apreendido pelo IBAMA sob a alegação de que não recebia os cuidados necessários. No entanto, sua tutora, que cuidava de Verdinho há mais de vinte e três anos, recorreu do ato de confisco. O caso chegou no STJ que, ao analisar o recurso, reconheceu não apenas o direito à guarda definitiva do animal à tutora, mas também reconheceu a importância da dignidade da pessoa humana em sua dimensão ecológica, atribuindo direitos e dignidade aos seres não-humanos e à natureza como um todo.

Ademais, faz-se imperioso ressaltar que, antes do anteprojeto, já havia um grande arcabouço legal proveniente de diversos estados e municípios brasileiros que reconhecia diversos direitos dos animais. Exemplos disso incluem a Lei Estadual nº 17.485/18 de Santa Catarina, que reconhece cães, gatos e cavalos como seres sencientes; a Lei nº 11140/18 da Paraíba, que instituiu o Código de Direito e Bem-estar Animal do Estado, reconhecendo direitos fundamentais a seres não-humanos; e a Lei Complementar nº 936/19 do Espírito Santo, responsável por instituir a Política Estadual

de Proteção à Fauna Silvestre, em que define animais não humanos como sujeitos de direitos despersonificados e proíbe tratamento como coisa.

Essas legislações, ao lado das decisões anteriormente mencionadas, contribuíram fortemente para o avanço quanto ao tratamento jurídico dos animais no contexto brasileiro, e certamente foram fundamentais para formar uma base sólida que justificou e orientou a redação das novas disposições do anteprojeto de reforma do Código Civil. Diante disso, examinam-se a seguir as mudanças dos artigos propostos no anteprojeto do Código Civil.

3 MUDANÇAS NA PARTE GERAL

Ilustram-se a seguir as mudanças sugeridas para a Parte Geral do Código Civil, que compreende os artigos 1º a 232, que tratam de aspectos basilares do Direito Civil.

3.1 O reconhecimento legal da afetividade com os animais

Partindo da análise sequencial do anteprojeto, revela-se a primeira mudança proposta para a parte geral do código civil em relação à tutela jurídica aos animais, que consiste na previsão da importância da afetividade aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa. Conforme se extrai da redação do art. 19 do anteprojeto:

> Art. 19. A afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e de proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa.

Apesar de não estar previsto expressamente na atual legislação, "não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar" (Tartuce, 2015). Com efeito, Paulo Lôbo define: "A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações e na comunhão de vida, com primazia sobre interesses patrimoniais, hereditários ou biológicos" (Lôbo, 2015, p. 1743). A extensão do princípio da afetividade aos animais de forma expressa na lei configura, portanto, uma mudança importante porque reconhece os laços emocionais entre humanos e animais, refletindo a evolução das relações familiares contemporâneas.

Esse dispositivo evidencia uma tendência presente no anteprojeto de reforma do Código Civil de considerar os animais como parte integrante do núcleo familiar, praticamente como membros da família. Esse reconhecimento jurídico da afetividade em relação aos animais sugere o conceito emergente de "família multiespécie", em que os laços emocionais e de convivência entre humanos e animais ganham relevância jurídica, o que foi considerado em grande parte pela comissão elaboradora do anteprojeto, conforme tornar-se-á claro ao longo do texto.

Merece atenção ainda a ponderação feita por Vicente de Paula Ataide Junior acerca desse dispositivo:

> Teremos que avaliar, com mais vagar, as consequências jurídicas de estabelecer essa afetividade entre humanos e animais como direito da personalidade humana, dado que, inequivocamente, em alguns aspectos e em algumas situações, o interesse animal deverá sobrepujar o interesse humano. É o caso de animais silvestres utilizados, indevidamente, como *pets.* Nesse caso, a afetividade humana com animais, considerada como direito da personalidade humana, poderia redundar num cativeiro doméstico desses animais, conduta hoje considerada criminosa pela Lei dos Crimes Ambientais (artigo 29 da Lei 9.605/1998). (Ataíde Junior, 2024)

Em um contorno prático, tal dispositivo pode ser considerado nas decisões judiciais que envolvam casos de guarda e cuidados, a fim de garantir que os interesses dos animais sejam considerados de forma mais humanizada. Nesse contexto, a jurisprudência já reconhecia a importância da afetividade ao julgar os conflitos que envolviam a disputa do animal de estimação na dissolução da entidade familiar.

Anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, analisou um caso emblemático relacionado ao direito de visita a um animal de estimação após o término de uma união estável. Nesse julgamento, o Tribunal reconheceu a possibilidade de regulamentar a convivência entre o ex-casal e o animal, levando em consideração o vínculo afetivo estabelecido entre eles e o bem-estar do animal. Nesse sentido é como consta no trecho da ementa do acórdão:

> A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6.

> Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. (Brasil, 2018)

Nota-se que a decisão do tribunal enfatizou a importância da afetividade como fator determinante na regulamentação da convivência com o animal de estimação após a dissolução da entidade familiar. O STJ reconheceu que o vínculo emocional entre os ex-companheiros e o animal deve ser preservado, de modo a priorizar o bem-estar do animal e respeitar os laços afetivos que foram estabelecidos. Essa consideração assegurou uma solução humanizada para o caso, uma vez que a afetividade foi crucial para garantir que o animal continue a ser tratado com cuidado e proteção.

3.2 A nova qualificação civil dos animais

No particular, tem-se provavelmente uma das mudanças mais significativas do anteprojeto quanto ao tratamento jurídico dos animais. Uma proposta de uma seção específica, na parte geral, que regula a qualificação civil destes não tratada no Código Civil de 2002, qual seja, "seres vivos sencientes passíveis de proteção jurídica especial, em virtude da sua natureza especial". Nesse sentido, é como consta no artigo 91-A do anteprojeto:

> Seção VI Dos Animais
>
> Art. 91-A. Os animais são seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da sua natureza especial.
>
> § 1º A proteção jurídica prevista no caput será regulada por lei especial, a qual disporá sobre o tratamento físico e ético adequado aos animais.
>
> § 2º Até que sobrevenha lei especial, são aplicáveis, subsidiariamente, aos animais as disposições relativas aos bens, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza, considerando a sua sensibilidade.

Ao reconhecer os animais como seres vivos sencientes, o artigo estabelece que eles possuem uma natureza especial que os distingue dos bens inanimados, o que

justifica a criação de uma proteção jurídica própria. Essa nova qualificação é disruptiva em relação ao tratamento jurídico dado pelo Código Civil de 2002, que não estabelece expressamente a natureza jurídica dos animais, embora, conforme a interpretação do artigo 82[2], ainda os enquadre predominantemente como bens móveis, subordinados ao domínio e posse de seus proprietários.

A previsão de que a proteção regulada por lei especial deverá "dispor sobre o tratamento físico e ético adequado aos animais" reforça a intenção de criar um regime jurídico adequado, que reconheça e valorize a natureza especial dos animais prevista no *caput*, a fim de que suas necessidades e peculiaridades sejam devidamente protegidas, diante da complexidade da matéria e impossibilidade de esgotamento no Código Civil.

O artigo, no parágrafo 2º, também estabelece que, até a criação dessa lei especial, as disposições relativas aos bens continuam a ser aplicadas subsidiariamente, desde que compatíveis com a natureza sensível dos animais. Essa medida assegura que, enquanto não houver uma legislação específica, mantém-se a base do Código atual, que confere aos animais a mesma proteção jurídica dada aos bens, mas com a clara diretriz de que sua natureza senciente deve ser considerada. O dispositivo, no entanto, não está imune a críticas, como pontua Maria Berenice Dias:

> No entanto, descabido remeter a aplicação subsidiária das disposições relativas aos bens. Ainda há uma coisificação dos animais de estimação. Mais coerente seria a determinação da aplicação das regras que regem a convivência de crianças e adolescentes. Afinal, como reiteradamente vêm decidindo os tribunais, quando da separação dos tutores, é necessário garantir o direito de convivência com ambos e impor o compartilhamento dos custos de manutenção dos seus pets. (Dias, 2024)

Dessa forma, segundo a professora, a aplicação subsidiária das disposições relativas aos bens aponta para a persistência de uma visão que ainda coisifica os animais de algum modo, e sugere que um regime mais apropriado poderia se inspirar nas regras de convivência aplicáveis a crianças e adolescentes, refletindo melhor a afetividade e a complexidade das relações entre humanos e animais, como tem sido decidido nos tribunais.

[2] Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Com efeito, a jurisprudência pátria, nos últimos anos, já desempenhava um papel fundamental na evolução da qualificação civil dos animais no Brasil. São várias as decisões que reconheceram a senciência dos animais e a necessidade de lhes conferir proteção jurídica adequada, o que certamente influenciou a redação final do anteprojeto de reforma do Código Civil. Destacam-se nessa perspectiva, as já citadas decisões, como a declaração de inconstitucionalidade da lei cearense da vaquejada pelo STF (ADI 4.983), o julgamento dos REsps 1.713.167/SP e 1.797.175/SP pelo STJ, dentre tantas outras que de algum modo reconheceram a necessidade de um status jurídico diferenciado para a proteção dos animais, em virtude de sua natureza especial.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE ALTERAÇÕES PONTUAIS

O anteprojeto de reforma do Código Civil também propõe algumas mudanças sutis, mas significativas, que visam adaptar certos dispositivos legais para promover maior coerência e unidade no tratamento jurídico dos animais. Essas alterações buscam corrigir a concepção tradicional dos animais como meros objetos, alinhando o Código com a nova perspectiva de "descoisificação". A análise dos dispositivos a seguir ilustra como essas mudanças sutis contribuem para uma visão mais moderna e sensível do direito civil em relação aos animais.

4.1 Vícios redibitórios e a venda de animais no anteprojeto

Seguindo a ordem sequencial dos artigos, uma mudança a ser mencionada emerge na teoria geral dos contratos, mais especificamente no que concerne ao prazo para a propositura das ações edilícias relativas aos vícios redibitórios. Com efeito, foi alterado o art. 445 e suprimida a redação do parágrafo 2º, que estabelece:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
>
> § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

> **§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria**. (grifou-se)

Embora não represente uma mudança substancial, a supressão desse parágrafo parece alinhada com a intenção de evitar interpretações que mantivessem os animais sob o regime jurídico dos bens, já que os vícios redibitórios se referem fundamentalmente a coisas. Assim, a alteração corrobora com a nova qualificação civil proposta para eles como seres sencientes, merecedores de proteção jurídica própria e diferenciada, adotada pelo anteprojeto.

4.2 A inserção do termo "guardião" no artigo 936: um passo adiante?

Seguindo a tendência de "descoisificação" dos animais no anteprojeto de reforma do Código Civil, a inclusão do termo "guardião" no artigo 936 pode ser vista como reflexo dessa evolução, uma vez que amplia a responsabilidade pelo dano causado por eles para além do proprietário, incluindo aqueles que assumem um papel de cuidado e proteção. Observa-se então o novo artigo proposto:

> Art. 936. O proprietário, o guardião ou o detentor do animal será responsável, independentemente de culpa, pelo dano por este causado, salvo se provar fato exclusivo da vítima, de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Sobre o instituto da guarda, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald explicam que sua finalidade, conforme interpretação constitucional, é assegurar a proteção prioritária dos interesses da criança ou do adolescente, mesmo nos casos de dissolução do vínculo conjugal, uma vez que tal ruptura não extingue o poder familiar (Farias; Rosenvald, 2016).

Portanto, ao estender a ideia de "guarda" aos animais, instituto direcionado aos filhos menores em caso de divórcio e dissolução, mostra-se inegável ao menos a tentativa de "descoisificação" e integração do animal como uma espécie de membro da família. Entretanto, essa mudança parece vir mais a fim de compatibilizar com a previsão da "guarda" dos animais no direito de família, consolidada no novo texto apresentado,

do que desconstituir firmemente a ideia de que os animais não são meros objetos, razão disso é a manutenção do termo "proprietário".

Mais acertada se mostra a redação original proposta pela subcomissão de responsabilidade civil e enriquecimento sem causa no relatório parcial, ao excluir o termo "dono" e incluir a figura do "tutor", já que a "tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial" (Gonçalves, 2020, p. 722), o que harmoniza com a intenção proposta pelo anteprojeto até então de afastar o tratamento jurídico dos bens aos animais, que, contudo, não prevaleceu ao fim e restou o termo "proprietário". Não obstante, a justificação do relatório relativa ao artigo em questão traduz a ideia ao propor a adaptação inicial:

> A responsabilidade pelo fato do animal decorre do dever de vigilância. Objetivando adaptar o dispositivo ao estágio atual do Direito animal, tornam-se obrigados a indenizar as figuras do tutor, guardião ou detentor, cada qual representando uma forma de contato entre o ser humano e o animal descoisificado.[3]

Observa-se, portanto, que a substituição do termo "dono" por "tutor" na redação original proposta pela subcomissão reflete uma tentativa mais consistente de promover a "descoisificação" dos animais no âmbito jurídico. Essa escolha reforça a visão dos animais como seres que exigem proteção e cuidado, aproximando sua relação com os humanos da tutela de menores, o que seria mais adequado ao espírito do anteprojeto. No entanto, a manutenção do termo "proprietário" revela uma abordagem ainda enraizada na visão tradicional de posse, demonstrando que a transição para uma plena "descoisificação" dos animais no ordenamento jurídico é gradual e ainda em construção. Não obstante, resta a menção à justificativa e a proposta de texto visada originalmente pela subcomissão.

[3] SUBCOMISSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA CJCD CIVIL. *Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa*. Senado Federal. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935 & codcol=2630. Acesso em: 22 ago. 2024.

4.3 Mudança no tratamento animal nos direitos de vizinhança

Nesse segmento, destaca-se também a mudança proposta para o art. 1.313, inserido no capítulo dedicado aos "Direitos de Vizinhança", relativo aos Direitos Reais. A redação atual do artigo 1.313 tem o seguinte teor:

> Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:
>
> I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;
>
> II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.
>
> § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva.
>
> § 2º Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel.
>
> § 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento.

Evidenciam-se então os pontos alterados pelo anteprojeto:

> Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel são obrigados a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:
>
> II - apoderar-se de coisas suas que aí se encontrem casualmente; ou
>
> III - resgatar animais de sua propriedade, posse ou detenção que tenham invadido o terreno alheio.
>
> § 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito à sua reparação.

Dessa forma, infere-se que a retirada da menção explícita a "animais" na primeira redação do inciso II pode ter sido motivada pela necessidade de maior clareza e precisão na distinção entre "coisas" e "animais", refletindo a coerência interna do anteprojeto de reconhecer os animais como seres com status jurídico distinto de meros objetos ou bens, alinhando-se ao que foi sugerido no novo artigo 91-A sobre a senciência animal e demais artigos modificados.

Nessa lógica, a adição de um inciso específico (o novo III) dedicado somente aos animais, com a clara distinção do termo "resgatar" e não mais "apoderar-se", reflete uma

tentativa de acomodar a proteção aos direitos dos animais dentro do contexto da invasão de propriedades, sem misturar a linguagem com a que se refere a coisas inanimadas.

5 ANIMAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Nessa seara de extensão dos direitos dos animais, impossível não mencionar a proposta, no âmbito do direito de família, para incluir o parágrafo § 3º no artigo 1.566, que propõe a companhia compartilhada dos animais de estimação e a repartição das despesas para sua manutenção após a dissolução do casamento ou da união estável. Nesse sentido é como consta:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges ou conviventes:
>
> IV - de forma colaborativa assumirem os deveres de cuidado, sustento e educação dos filhos, dividindo os deveres familiares de forma compartilhada.
>
> § 1º Ainda que finda a sociedade conjugal ou convivencial, ex-cônjuges ou ex-conviventes devem compartilhar, de forma igualitária, o convívio com filhos e dependentes.
>
> § 2º Igualmente devem os ex-cônjuges e ex-conviventes compartilhar as despesas destinadas à manutenção dos filhos e dos dependentes, bem como as despesas e encargos que derivem da manutenção do patrimônio comum.
>
> **§ 3º Os ex-cônjuges e ex-conviventes têm o direito de compartilhar a companhia e arcar com as despesas destinadas à manutenção dos animais de estimação, enquanto a eles pertencentes.** (grifou-se)

Atualmente, a ausência de uma legislação clara sobre a destinação de animais após a dissolução da união gera um problema de competência de jurisdição entre as varas de família e cíveis. Frequentemente, essas situações são tratadas ora pelas varas de família, como uma questão análoga à guarda de filhos, ora pelas varas cíveis, como uma disputa sobre posse ou propriedade de bens móveis. A inclusão desse parágrafo tem o potencial de uniformizar o tratamento jurídico dado aos animais de estimação, reconhecendo-os como membros das famílias de certo modo e assegurando que a decisão sobre sua "guarda" seja tratada de forma mais adequada, alinhada com as demais questões familiares.

Essa mudança não só promove a pacificação jurisprudencial, mas também reconhece a importância afetiva e emocional dos animais de estimação nas famílias contemporâneas, ao estabelecer um critério objetivo para a repartição de

responsabilidades e direitos após o término de uma relação conjugal ou dissolução de uma união estável.

Na doutrina já era majoritário o entendimento de que a guarda compartilhada dos animais domésticos é de competência das varas de família, amparada pela posição prevalente dos tribunais a respeito do tema, e pela ascensão da concepção de "família multiespécie", em que os animais de estimação são considerados verdadeiramente como membros da família, com reconhecimento de vínculos afetivos e responsabilidades compartilhadas entre os seres humanos para com os animais.

Nesse contexto, Marianna Chaves discorre acerca do tema:

> Os quartos são considerados espaços altamente privados, o santuário interior das sociedades pós-modernas. Desta forma, quando as pessoas afirmam que o seu animal de estimação é um membro da família e permitem que ele adentre em seu quarto de dormir, tal fato indica que o animal não é apenas um componente da entidade familiar, mas um membro íntimo, próximo. Tal realidade revela uma grande mudança em relação ao status e posição dos animais relativamente aos humanos e à sociedade humana. Portanto, o acesso à habitação termina por ser uma evidência concreta de que os animais de companhia não são membros da família apenas no sentido figurado. (Chaves, 2016, p. 12)

Em relação ao conflito de competência, também já prelecionava o Enunciado n. 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família: "Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal" (IBDFAM, [s. d.], p. 1).

De igual modo, há diversos precedentes na jurisprudência que ratificam tal entendimento, inclusive o já mencionado REsp 1713167/SP, provavelmente o mais significativo até então, em que o STJ entendeu que "Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal", respaldando a interpretação de que o caso deve ser resolvido nas varas de família.

Portanto, a inclusão do § 3º no artigo 1.566, ao formalizar a possibilidade de compartilhamento da companhia e das despesas dos animais de estimação após a dissolução da união, vem consolidar uma prática que já era amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Embora não houvesse uma previsão legal explícita, a doutrina e os tribunais já tratavam os animais de estimação como membros da família

para fins de disputa, justificando a competência das varas de família para lidar com essas questões. A mudança legislativa busca, assim, uniformizar e formalizar essa abordagem, refletindo o crescente reconhecimento da importância dos animais no contexto familiar e estabelecendo diretrizes claras para a sua "guarda" e manutenção. Esse avanço é um reflexo da evolução da compreensão da dinâmica familiar e da valorização dos vínculos afetivos entre humanos e animais, promovendo maior clareza e coerência no tratamento jurídico dessas questões.

6 CONTINUIDADE NORMATIVA: ASPECTOS INALTERADOS DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Apesar do esforço evidente para reformar o Código Civil e modificar a concepção tradicional dos animais como bens, há uma manutenção de determinados artigos que ainda não afastam integralmente tal concepção. Enquanto algumas disposições foram atualizadas para refletir a senciência dos animais e seu status especial, outros dispositivos permanecem inalterados, reforçando a visão dos animais como objetos de propriedade. A seguir, serão destacados os pontos que permaneceram inalterados, ilustrando essa tensão entre a inovação e a tradição no texto legal.

Nesse sentido, o art. 1.297, § 3º[4] se manteve o mesmo, em que pese fazer menção à figura do "proprietário do animal", assim como também expresso no já comentado art. 936[5] em tópico precedente; da mesma forma o art. 1.397[6] reitera o "pertencimento" das crias dos animais existentes no bem ao usufrutuário, persistindo a referência aos animais como propriedade, o que denota uma continuidade da perspectiva tradicional no tratamento jurídico, apesar dos avanços normativos. Essa concepção é evidente na utilização dos termos "proprietário" e "pertencimento," que reforçam a ideia de domínio e posse sobre os animais, em contrapartida à visão emergente de seres sencientes com

[4] Art. 1.297, § 3º. A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas.

[5] Art. 936. O proprietário, o guardião ou o detentor do animal será responsável, independentemente de culpa, pelo dano por este causado, salvo se provar fato exclusivo da vítima, de terceiro, caso fortuito ou força maior.

[6] Art. 1.397. As crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto.

proteção especial; e ainda nessa seara, embora alterados, os artigos 1.442[7], 1.444[8], 1.446[9] e 1.447[10] que ainda

> disciplinam o penhor agrícola, pecuário e industrial, respectivamente, deixando clara a possibilidade dos animais serem objeto do instituto do penhor, cabendo mencionar que, no art. 1.446, faz-se alusão à possibilidade de se comprar animais da mesma espécie para substituir os eventualmente mortos (além de móveis, são em princípio fungíveis, substituíveis). (Lourenço; Oliveira, 2019, p. 230)

Com efeito, apesar das mencionadas manutenções normativas, é essencial reconhecer que essas inalterações não anulam os significativos avanços alcançados pelo anteprojeto de reforma do Código Civil no que tange ao tratamento jurídico dos animais. Embora certos dispositivos ainda reflitam uma visão tradicional que os classifica como bens, as novas disposições introduzidas no texto legal sinalizam um progresso substancial na proteção e reconhecimento dos animais como seres sencientes. É pertinente citar que, embora haja uma continuidade normativa em alguns aspectos, o anteprojeto demonstra uma clara tendência em evoluir a concepção jurídica dos animais, o que poderá ser aprofundado em futuras revisões legislativas.

7 CONCLUSÃO

A partir do exposto, torna-se evidente a importância do anteprojeto de reforma do Código Civil, especialmente no que diz respeito às disposições que buscam inovar na proteção dos animais. O avanço proposto pelo anteprojeto reflete uma sensível mudança na percepção social e jurídica, reconhecendo os animais como sujeitos de direitos, ainda que não plenamente equiparados aos humanos. Essa abordagem moderna se alinha a uma crescente conscientização global sobre a necessidade de tratar os animais com respeito e dignidade. Um exemplo notável é o novo artigo 91-A, que introduz uma

[7] Art. 1.442. Podem ser objeto de penhor: (...) V – animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

[8] Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de lacticínios.

[9] Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

[10] Art. 1.447. Podem ser objeto de penhor, entre outros bens, máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados; estoques de bens móveis em geral destinados ao uso, à transformação ou à comercialização na indústria ou no comércio.

qualificação civil específica para os animais, rompendo com a visão tradicional que os considerava meramente como bens móveis.

É perceptível que o anteprojeto se esforça para atualizar e harmonizar o Código Civil com as demandas éticas e jurídicas contemporâneas. Isso é especialmente relevante no contexto brasileiro, em que a relação entre humanos e animais tem evoluído, exigindo do legislador uma resposta que contemple essa nova realidade. Nesse aspecto, destaca-se o artigo 19, que reconhece a afetividade como um elemento relevante nas relações que envolvem animais, consolidando a importância do vínculo afetivo na determinação de direitos e responsabilidades. Assim como merecem destaque os avanços sugeridos no Direito de Família, a fim de proporcionar um compromisso crescente com o bem-estar animal e com uma abordagem mais humanizada das relações entre seres humanos e animais.

No presente artigo, portanto, objetivou-se analisar as propostas de reforma contidas no anteprojeto, em especial aquelas que dizem respeito ao novo tratamento jurídico dos animais. A análise expositiva dos artigos sugeridos permitiu identificar tanto os avanços quanto as possíveis lacunas que ainda precisam ser discutidas. É evidente que o tema da proteção animal, agora contemplado de forma mais robusta no anteprojeto, ainda demandará um contínuo debate jurídico e social, para que as mudanças legislativas realmente reflitam uma sociedade que valoriza e respeita a vida animal.

Conclui-se, em suma, que a reforma do Código Civil, conforme delineada no anteprojeto, representa um passo significativo rumo à modernização da legislação brasileira. No entanto, para que essa transformação seja efetiva, é indispensável que a sociedade civil, a academia e os operadores do direito se engajem ativamente no processo de debate e aprimoramento das propostas apresentadas. Somente assim será possível construir uma legislação que, de fato, esteja à altura dos desafios éticos e jurídicos do século XXI, assegurando a proteção e o respeito que os animais merecem.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JUNIOR, V. Os animais no anteprojeto de reforma do Código Civil. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mai-02/os-animais-no-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil/. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nª 1.713.167/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em: 19 jun. 2018. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, 9 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.175/SP**. Relator: Min. O. Fernandes. Brasília, DF. Julgado em: 21 mar. 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 28 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983**. Relator: Min. M. Aurélio. Brasília, DF. Julgado em: 6 out. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 27 abr. 2017.

CHAVES, M. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? **Revista de Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 187, 2016. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066. Acesso em: 26 ago. 2024.

DIAS, M. Projeto de reforma do CC: parte geral. **Berenice Dias**, 2024. Disponível em: https://berenicedias.com.br/projeto-de-reforma-do-cc-parte-geral/. Acesso em: 22 ago. 2024.

ESPÍRITO SANTO (Estado**). Lei Complementar nº 936, de 27 de dezembro de 2019**. Institui a Política Estadual de Proteção à Fauna Silvestre e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Espírito Santo*, Vitória, 30 dez. 2019.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: famílias. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 6.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. IBDFAM. **Enunciado nº 11**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam. Acesso em: 26 ago. 2024.

LÔBO, P. Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 1, p. 1743-1759, 2015.

LOURENÇO, D. B.; OLIVEIRA, F. C. S. de. Vedação da crueldade contra animais: regra ou princípio constitucional? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 222-252, 2019. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1294. Acesso em: 25 ago. 2024.

LUNA, S. Dor, senciência e bem-estar em animais - senciência e dor. **Periódicos Brasileiros em Medicina Veterinária e Zootecnia**, São Paulo, v. 11, p. 17-21, 2008.

PARAÍBA (Estado). **Lei nº 11.140, de 8 de junho de 2018**. Institui o Código de Direito e Bem-estar Animal do Estado da Paraíba. *Diário Oficial do Estado da Paraíba*, João Pessoa, 11 jun. 2018.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei nº 17.485, de 29 de junho de 2018**. Altera a Lei nº 12.854, de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, para o fim de reconhecer cães, gatos e cavalos como seres sencientes. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 2 jul. 2018.

SINGER, P. **Vida ética**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SUBCOMISSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA CJCODCIVIL. Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa. **Senado Federal**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630. Acesso em: 22 ago. 2024.

TARTUCE, F. O princípio da afetividade no Direito de Família. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/121822540. Acesso em: 25 ago. 2024.

MANIPULAÇÃO DE RESULTADOS EM PARTIDAS DE FUTEBOL NO BRASIL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DE ELIMINAÇÃO IMPOSTA AO ATLETA ROMÁRIO À LUZ DO ARTIGO 5º, XLVII, "B" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

MATCH-FIXING IN FOOTBALL GAMES IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE ELIMINATION SANCTION IMPOSED ON THE ATHLETE ROMÁRIO IN LIGHT OF ARTICLE 5, XLVII, "B" OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Bruno Ribeiro Joaquim de Carvalho[*]
Thiago Antônio José Moreira Coêlho[*]

RESUMO: Artigo destinado à análise da constitucionalidade das sanções desportivas aplicadas ao atleta Romário, réu da Operação Penalidade Máxima, a qual se voltou para a apuração da manipulação de resultados no futebol brasileiro. Primeiramente, far-se-á um recorte histórico com o intuito de ilustrar a rápida ascensão das casas de apostas. Em seguida, compreender-se-á a longevidade do fenômeno da manipulação de resultados no futebol brasileiro e o porquê este representa um perigo para a integridade esportiva nacional. Partir-se-á, ademais, para o exame da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade da sanção que proíbe Romário de atuar profissionalmente, momento em que serão invocados debates pertinentes, tais como a possível existência de penas de caráter perpétuo e a suposta violação ao direito constitucional ao trabalho. A pesquisa tem natureza predominante qualitativa, consistindo em levantamento bibliográfico, bem como em análise de legislação e jurisprudência relevantes. Pretende-se, assim, contrapor a referida sanção com o ordenamento jurídico pátrio, a fim de se concluir pela sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Palavras-chave: futebol; manipulação; sanção; eliminação; constitucionalidade.

ABSTRACT: *Article aimed at analyzing the constitutionality of sports sanctions imposed on athlete Romário, a defendant in Operation "Penalidade Máxima," an investigation focused on match-fixing in Brazilian football. Initially, a historical overview will be provided to illustrate the rapid rise of betting houses. Subsequently, the study will examine the longstanding issue of match-fixing in Brazilian football, highlighting its threat to national sports integrity. Furthermore, the article will explore the legality, reasonableness, and proportionality of the sanction prohibiting Romário from professional participation, addressing relevant debates such as the potential existence of perpetual penalties and the alleged violation of the constitutional right to work. The research is predominantly qualitative, involving a bibliographic review as well as analysis of relevant*

[*] Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Laboratório Acadêmico de Debates Desportivos da Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBDG). E-mail: brunorjc11@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4386979696570027. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-2788-0763.

[*] Pós-Graduando em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBDG). Bacharel em Direito pela FBDG. Gestor profissional de futebol pelo Instituto Goiano de Direito Desportivo (IGoDD). Presidente da Liga Acadêmica de Direito Desportivo da FBDG. E-mail: thiagomcoelho@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9726392802890939. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-6565-4413.

legislation and jurisprudence. Ultimately, the paper aims to contrast the aforementioned sanction with the Brazilian legal framework to determine its constitutionality or unconstitutionality.

Keywords: *football; match-fixing; sanction; ban; constitutionality.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A EVOLUÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL; 2.1 O desenvolvimento das apostas esportivas no Brasil; 2.2 A manipulação de resultados no futebol brasileiro; 2.3 Por que a manipulação de resultados é uma ameaça à saúde do futebol brasileiro?; 3 A OPERAÇÃO PENALIDADE MÁXIMA; 3.1 Contextualização; 3.2 Das primeiras sanções desportivas aplicadas; 4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DE ELIMINAÇÃO APLICADA AO ATLETA ROMÁRIO; 4.1 Da natureza jurídica da sanção: penas de caráter perpétuo *vs.* pena de banimento; 4.2 Da vedação às penas de caráter perpétuo; 4.3 Do direito constitucional ao trabalho; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Apostar é uma atividade liberada em todo território nacional, vedada a participação ativa dos apostadores nos eventos-alvo de apostas, não se confundindo com os jogos de azar, ainda são proibidos no país. Sendo uma das principais preocupações o envolvimento do apostador no resultado direto do evento esportivo, é lógico que atletas, treinadores, dirigentes e demais envolvidos no espetáculo não podem ter contas em site de apostas, receber promessa de recompensa ou adotar qualquer conduta – comissiva ou omissiva – que interfira no desenrolar normal das partidas, sob pena de configurar ato ilícito tipificado no revogado Estatuto do Torcedor, mas mantido na recém-promulgada Nova Lei Geral do Esporte.

Infelizmente a vedação legal não atingiu os seus propósitos, tendo em vista a Operação Penalidade Máxima. Ela escancarou um problema antigo e que foi abafado por conta das paralisações das atividades durante a pandemia da Covid-19. Após comunicação feita por Hugo Jorge Bravo, diversos estados da federação iniciaram investigações, não demorando muito para se constatar que estávamos diante de um caos a nível nacional. De lá para cá, diversos acordos despenalizadores foram firmados e

atletas sancionados, destacando-se Romário, atleta do Vila Nova até então. Romário foi eliminado do futebol e teve que pagar uma multa de R$80.000,00 (oitenta mil reais) por tentar cooptar companheiros de time para que fosse cometido um pênalti na partida contra o Sport, válida pela última rodada da Série B de 2022. A eliminação imposta ao atleta requer uma análise jurídica minuciosa, sobretudo ao véu do Direito Constitucional, diante da proibição às penas de caráter perpétuo pela Carta Magna.

Esse artigo é destinado à análise da constitucionalidade das sanções desportivas aplicadas ao ex-atleta Romário, réu da Operação Penalidade Máxima, a qual se voltou para a apuração da manipulação de resultados no futebol brasileiro. Primeiramente, far-se-á um recorte histórico com o intuito de ilustrar a rápida ascensão das casas de apostas. Em seguida, compreender-se-á a longevidade do fenômeno da manipulação de resultados no futebol brasileiro e o porquê este representa um perigo para a integridade esportiva nacional. Partir-se-á, ademais, para o exame da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade da sanção que proíbe Romário de atuar profissionalmente, momento em que serão invocados debates pertinentes, tais como a possível existência de uma pena de caráter perpétuo e a suposta violação ao direito constitucional ao trabalho. A pesquisa tem natureza predominante qualitativa, consistindo em levantamento bibliográfico, bem como em análise de legislação e jurisprudência relevantes. Pretende-se, assim, contrapor a referida sanção com o ordenamento jurídico pátrio, a fim de se concluir pela sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

2 A EVOLUÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL

Tratemos, com o fito de situar o leitor acerca da crucialidade da temática discutida, do porquê a manipulação de resultados é um perigo à segurança do esporte, especialmente em solo canarinho. Tendo sempre como referência o Brasil, faremos um recorte histórico da evolução das apostas esportivas para, em seguida, adentrarmos no sensível tema da manipulação de resultados. Nesse contexto, pretender-se demonstrar que a manipulação de resultados é uma mancha de longas datas no futebol e, com base nas tipificações legais, entender as razões que levam à necessidade de combatê-la.

2.1 O desenvolvimento das apostas esportivas no Brasil

No Brasil, a prática das apostas esportivas surgiu por volta de 1822, através das corridas de cavalo, que culminou na construção do Jockey Club da Gávea, situado no Rio de Janeiro, em 1854. Durante a Era Vargas, o país viveu a Era de Ouro dos Cassinos, diante da construção em massa desses estabelecimentos, principalmente na capital do país, naquela época, o Rio de Janeiro (Lance, 2023). A proibição da prática de jogos de azar em todo o país pelo presidente Eurico Gaspar Dutra, embora não tenha sido suficiente para sepultar de vez o mercado de apostas no Brasil, escancarou a necessidade de regulação do setor. No entanto, isso somente aconteceu quase 80 anos depois, com a aprovação do PL 3626/2023 e a consecutiva promulgação da Lei 14.790/2023.

Saltando no tempo e direcionando-nos à realidade vigente, diante da expansão de novas modalidades esportivas e em virtude do fenômeno da globalização[1], apostar deixou de ser um mero entretenimento, se transformando em um mercado extremamente rentável[2]. Simples cliques podem aumentar o patrimônio de um indivíduo que tenta mitigar a imprevisibilidade do esporte através de estudos e muita fé. Esse sonho altamente atrativo é revigorado por frágeis políticas de conscientização, provenientes tanto do Poder Público, quanto das casas de apostas, e vendido rotineiramente por influenciadores, que quase nunca se preocupam com a saúde financeira e emocional dos seus seguidores (Manual da Economia, 2024).

Não é outra a realidade vigente no Brasil, o tradicional "país do futebol". Trazendo para o propósito deste artigo, o futebol, disparado o esporte mais popular em solo canarinho, é uma parte indissociável da formação da identidade do brasileiro, é um motor interno, é o que faz o coração dos torcedores acelerar de domingo a domingo, é um meio de inclusão social – é muito mais que um esporte. Atualmente, é inegável que as casas de apostas são uma realidade no nosso futebol, seja nas propagandas nos veículos

[1] "Neste aspecto, o esporte é um revelador estratégico do desenvolvimento social e político dos seus protagonistas. Em todas as etapas, e nos curto e longo termos, a performance esportiva não é obtida somente pelo talento dos atletas ou pelo campeão por exceção que surge, quando muito, ao longo de uma geração. O campo esportivo é um sistema institucionalizado, financiado e dirigido que pressupõe a capacidade de um país em selecionar, formar, educar e treinar sua juventude para que seja competitiva, localmente ou mundialmente" (Castilho, César Teixeira; Júnior Marchi, Wanderley, 2019, p. 19).

[2] Segundo dados obtidos pelo Jornal Folha de São Paulo diretamente do Banco Central (2024), os gastos de brasileiros com jogos e apostas online atingiram cerca de US$ 11,1 bilhões entre janeiro e novembro de 2023, o equivalente a R$ 54 bilhões.

de comunicação, na presença em camisas de times ou na aquisição de *naming rights*[3] de campeonatos e arenas, tendo em vista a Copa Betano do Brasil e a Casa de Apostas Arena Fonte Nova (TV Cultura, 2023).

O Brasil não ficou alheio à globalização das apostas esportivas, de modo que é possível utilizar o computador ou smartphone para fazer uma "fézinha" e tentar lucrar. É perceptível a ascensão de bolsas de apostas fora do país, as quais lideram o ranking de patrocinadores másters dos clubes brasileiros da primeira divisão (Corrêa Filho, 2021). Desse modo, as casas de apostas associam a sua marca e os seus valores às agremiações, extrapolando os limites das meras campanhas publicitárias e movimentando cifras bilionárias (Sant'ana, 2021).

2.2 A manipulação de resultados no futebol brasileiro

A rápida ascensão das apostas esportivas escancarou outra preocupação: os riscos da manipulação de resultados e a violação de princípios éticos do esporte. O Código de Prevenção e Combate à Manipulação de Competições, no seu capítulo II, I, "a", conceitua aposta desportiva ilegal como "qualquer aposta desportiva cujo tipo ou operador não se encontre autorizado ao abrigo do direito aplicável na jurisdição onde se encontra o consumidor".

David Carlton leciona que:

> the term "match fixing" refers to the practice of illegally influencing the outcome of sporting events. People do this for a variety of reasons, the most common of which is the desire to acquire an unfair financial advantage in gambling-related circumstances. The involvement of gamblers, athletes, match officials, and umpires is common, and has far-reaching consequences for the integrity of sports at every level. (Carlton, 2023, p. 77)

Paulo M. Schmitt (2023, p. 3), consultor do Comitê Olímpico do Brasil e autor da Política e Código de Prevenção e Combate à Manipulação de Competições, entende manipulação de resultados como o "agir de qualquer modo, deliberadamente, com a

[3] Trata-se do direito de atribuir um nome a um determinado bem ou atividade, de forma exclusiva e de forma a fortalecer a marca.

intenção de retirar a imprevisibilidade e influenciar no resultado final ou em qualquer situação de uma partida, prova ou equivalente em qualquer modalidade esportiva".

Felippe Marchetti afirma que a manipulação:

> ocorre quando uma terceira parte, geralmente um apostador externo ao evento esportivo, entra em contato com atletas, árbitros, treinadores ou dirigentes para tentar alterar o resultado final ou alguma variável da partida de futebol a fim de obter vantagem particular. (Marchetti, 2019, p. 44)

José Francisco C. Manssur (2024) adverte que a manipulação de resultado é a crise[4] mais grave desde que o esporte se tornou importante no Brasil, a partir do século XX com o futebol, ao ponto de prejudicar a credibilidade do esporte e gerar desconfiança nos torcedores, sejam adultos, jovens ou crianças.

Em jogos de seleções, também historicamente há casos comprovados de manipulação e tentativas de suborno, enquanto outros levantam suspeitas até os dias atuais, inclusive em Copas do Mundo. O singapuriano Wilson Raj Perumal, um dos maiores manipuladores de resultados do mundo, admitiu ter interferido em aproximadamente cem jogos ao longo de mais de duas décadas, incluindo amistosos da seleção brasileira durante a preparação para a Copa do Mundo de 2010 (UOL, 2016). Perumal contou ainda que o seu grupo teve um retorno de 1,5 milhão de dólares por partida, saindo da África do Sul com cinco ou seis milhões de dólares. Resolvendo expor as empreitadas de sucesso e mostrar como o futebol pode ser corrupto em todos os níveis, Perumal defende a tese de que o triunfo ou a derrota se resume à questão financeira, já que todos os envolvidos, de árbitros a jogadores, têm o seu preço (Perumal, 2016).

Trazendo para a realidade brasileira, atualmente muito se fala na Operação Penalidade Máxima, contudo este não foi o primeiro e, portanto, o único escândalo que marcou o futebol nacional, vide a "Operação Game Over"[5]. O evento mencionado foi marcante, já que o grupo de atletas denunciados foi o primeiro de réus por manipulação

[4] Crise, aqui, é utilizada como sinônimo de gravame, problema, caos e um conjunto de circunstâncias capazes de gerar danos irreparáveis.

[5] Em julho de 2016, à beira dos Jogos Olímpicos do Brasil, a Polícia Civil de São Paulo prendeu sete pessoas, incluindo o até então goleiro do América-SP, suspeitas de participarem de uma quadrilha de apostadores que manipulava resultados de futebol pela internet nas Séries A2 e A3 do Campeonato Paulista e estaduais das regiões Norte e Nordeste (ESPN, 2016). A Justiça de São Paulo condenou, em novembro de 2022, onze pessoas a dez anos e oito meses de prisão, mas dois malaios, apontados como chefes do esquema, nunca foram localizados (GE, 2022).

esportiva no país desde a modificação do Estatuto do Torcedor, em 2010, quando o crime passou a ser tipificado. Assim, a "Operação Game Over" materializa a prova de que a manipulação de resultados no futebol pátrio não é atual, mas apenas teve uma trégua e certo esquecimento midiático durante a pandemia da Covid-19, diante da não realização de jogos por aproximadamente cinco meses (Schmitt, 2023).

No processo 078/2020, o auditor do STJD Mauro Marcelo de Lima e Silva, em seu voto, corroborou o caráter remoto da manipulação de resultados, que se protrai no tempo e impacta até o presente momento. A conscientização em massa ascende, assim, como uma solução eficaz e duradoura:

> Conforme se multiplica o mercado de apostas online, acaba surgindo os apostadores manipuladores que querem lucro e minam o campeonato. Evidente que essa prática não é nova, mas o chamado match fixing está corroendo as raízes do esporte. Erradicar é difícil, mas podemos minimizar os fatos conscientizando os atores sobre a importância de se preservar a integridade do futebol. Os recorrentes deveriam trazer novos elementos para possível análise de revisão da decisão. Corrupção e manipulação é tolerância zero na FIFA ou no CAS e é assim que deve ser.

A Sportradar – empresa líder global em tecnologia esportiva e parceira da CBF, UEFA e FIFA – alertou que o Brasil foi o país com mais jogos suspeitos de manipulação no mundo em 2022, com 139 dos seus 152 episódios originados no futebol (Sportradar, 2023). O levantamento detalha que o Brasil teve 152 partidas suspeitas, o que representa 47% dos episódios que envolveram 10 países. O futebol foi a modalidade que mais apresentou indícios de manipulação, sendo 71,5% dos casos, o que se explica diante dos holofotes e da indústria lucrativa[6] em que se encontra inserido.

Ainda no presente estudo, chama a atenção o fato de que os jogos suspeitos geralmente são de divisões inferiores, já que 52% das partidas de futebol tidas como suspeitas foram disputadas na terceira divisão para baixo (Sportradar, 2023). Embora naturalmente as divisões inferiores recebam menos holofotes e contenham atletas com as menores remunerações (e, dessa forma, mais fáceis de serem cooptados à atividade criminosa), é errôneo afirmar que não existe risco de manipulação de resultados nas divisões de elite, tendo em vista os casos recentes e que serão abordados em breve. Em qualquer categoria, evitar manipulação de resultados deve ser uma luta diária para a

[6] A consultoria EY concluiu que o futebol representa 0,72% do PIB do Brasil (CBF, 2019).

proteção da integridade do sistema esportivo e da plena garantia do trabalho digno (Pinheiro, 2023).

Infelizmente o Brasil é uma matéria-prima para a manipulação de resultados, um "desprotegido futebol clube" na expressão utilizada por Paulo Schmitt (2023). A regulamentação tardia do mercado de apostas, o elevado número de partidas e os baixos salários são apontados pelo autor como fatores determinantes para esse cenário (Schmitt, 2023).

Primeiramente, a Lei 14.790/2023 foi promulgada após o projeto de lei passar pela Câmara e pelo Senado, apresentando o principal objetivo de regulamentar as casas de apostas no país, de tal modo que as empresas de apostas esportivas terão que pagar uma taxa de 12% (doze por cento) sobre seu faturamento ao governo e os apostadores, uma taxa de 15% (quinze por cento) sobre os prêmios recebidos, caso totalizem uma quantia superior a R$ 2.112,00 (dois mil e cento e doze reais). O referido diploma instituiu a responsabilidade das casas de apostas, as quais devem adotar ações para mitigar a manipulação de resultados e corrupção nos eventos esportivos[7].

O elevado número de partidas é uma crítica consensual tecida por dirigentes, treinadores, atletas e demais protagonistas, diante da desorganização do calendário e um contingente expressivo de competições. Os profissionais são levados ao esgotamento físico e mental e não possuem tempo hábil nem para comemorar e desfrutar das conquistas (Ferreira, 2022).

Por último, o que certamente é o maior atrativo para que os jogadores se deixem seduzir para a prática de atos atentatórios à dignidade do futebol, pode-se citar a remuneração precária de parte considerável dos atletas profissionais. Com o foco concentrado na elite nacional, esquecemos com frequência da difícil situação dos profissionais de clubes mais modestos, que muitas vezes só apresentam calendário no primeiro semestre e vivem a incerteza do futuro[8]. De forma lamentável, não são raros os

[7] Art. 19, § 1º, Lei 14.790/2023. Os eventos esportivos objeto de apostas de quota fixa contarão com ações de mitigação de manipulação de resultados e de corrupção nos eventos reais de temática esportiva, por parte do agente operador, em observância ao disposto no art. 177 da Lei nº 14.597, de 14 de junho de 2023 (Lei Geral do Esporte), e na regulamentação editada pelo Ministério da Fazenda.

[8] Isso é corroborado pelo relatório da EY Brasil (2018), segundo o qual, em 2018, mais da metade dos atletas profissionais de futebol recebia um valor próximo a um salário-mínimo e quase 90% recebiam até R$ 5.000,00 (cinco mil reais), o que é de se lamentar profundamente e um sinal para abrirmos os olhos (EY Brasil apud GE, 2019).

casos em que aliciadores de atletas prometem quantias que estes dificilmente obteriam no total da sua carreira ou demorariam muito para conseguir, o que, caso desacompanhado de um senso de ética e seriedade profissional, fatalmente culminará na conduta delituosa.

2.3 Por que a manipulação de resultados é uma ameaça à saúde do futebol brasileiro?

O Código de Prevenção e Combate à Manipulação de Competições, no seu capítulo II, I, "a", conceitua aposta desportiva ilegal como "qualquer aposta desportiva cujo tipo ou operador não se encontre autorizado ao abrigo do direito aplicável na jurisdição onde se encontra o consumidor". Nessa seara, merecem destaques outros artigos do referido diploma, sobretudo os que definem condutas consideradas como infrações:

> Art. 2º. As seguintes condutas, tal como definidas no presente artigo, constituem infração ao presente Código:
>
> I – Aposta:
>
> a) Apostar em relação a uma Competição em que o Participante participa diretamente;
>
> b) Apostar no desporto do Participante; ou
>
> c) Apostar em qualquer evento de uma competição poliesportiva em que ele/ela for Participante.
>
> II - Manipulação de competições desportivas: Um arranjo, um ato ou uma omissão intencionais visando uma alteração irregular do resultado ou do desenrolar de uma competição desportiva, a fim de suprimir total ou parcialmente a natureza imprevisível da Competição Desportiva com vista a obter um benefício indevido para si ou para outrem.
>
> III - Conduta corrupta: Providenciar, solicitar, receber, procurar ou aceitar um benefício relacionado com a manipulação de uma competição ou qualquer outra forma de corrupção associada a essa competição.
>
> (...)
>
> Art. 3º. Será considerada infração, para efeitos do disposto no presente Código, a conduta do participante quando:
>
> IV - Manipular ou de qualquer forma influenciar indevidamente o resultado, progresso ou qualquer outro aspeto de uma Competição;
>
> V - Procurar, oferecer ou aceitar qualquer benefício para manipular ou indevidamente influenciar o resultado, o progresso ou qualquer outro aspeto de qualquer competição;

Desse modo, é ilícito o ato do atleta apostar em competição que participe diretamente ou, simplesmente, no esporte em que atua. Está sujeito a sofrer sanções

desportivas e criminais previstas em lei um atleta da Série D que aposta em uma partida entre dois clubes que disputam essa divisão, assim como incorre na proibição um atleta da Série A que também realizou a sua "fézinha" neste evento. Ademais, qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que mitigue total ou parcialmente a imprevisibilidade do futebol em troca de benefício próprio ou de terceiros é veementemente repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. Igualmente se extrai que a tentativa de burlar o sistema, através da mera solicitação de vantagem indevida, caracteriza afronta à ética e à integridade esportiva, passível, por conseguinte, de responsabilização individual.

O Código de Ética e Conduta do Futebol Brasileiro combate explicitamente a manipulação de resultados em eventos esportivos, tamanho o atentado à lisura e à saúde do esporte:

> Art. 2º.
>
> IV – A prática do futebol é incompatível com a manipulação de resultados entre os competidores;
>
> (...)
>
> Art. 3º. Constituem diretrizes fundamentais de conduta, a serem observadas por todas as pessoas submetidas a este Código:
>
> III – Agir com probidade e boa-fé, com transparência na gestão e administração do desporto;

Ademais, a Nova Lei Geral do Esporte (Lei 14.597/2023), ainda que tenha revogado totalmente o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003), na seção "Dos Crimes contra a Incerteza do Resultado Esportivo", incorporou os tipos penais anteriormente previstos, mantendo, inclusive, a literalidade intacta:

> Dos Crimes contra a Incerteza do Resultado Esportivo
>
> Art. 198. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Art. 199. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Art. 200. Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Chegamos ao dia em que um atleta precisa ir às redes sociais dar satisfação ao público de que não está envolvido em manipulação de jogos, ainda que as suspeitas sejam irracionais e ilógicas. Essa insegurança é extremamente negativa para todos os envolvidos no espetáculo – atletas, torcedores, dirigentes, clubes, árbitros e entidades – pois corrói a alma da maior paixão tupiniquim. É necessário prestar atenção para os fatores extracampo.

A imprevisibilidade que é o motor das emoções do futebol respira por aparelhos. Parafraseando Ferran Soriano (2013), com a expressão "a bola não entra por acaso", uníssono deve ser o entendimento de que a imprevisibilidade do futebol pode ser amenizada somente com a qualidade de gestão das agremiações esportivas, bem como por meio de questões técnicas e táticas: jamais em virtude do envolvimento ilícito em esquemas de apostas. Tal participação não se coaduna com a ética esportiva e com a lisura de uma paixão embutida no DNA brasileiro, devendo ser combatida de forma veemente. Daí a relevância da Operação Penalidade Máxima, minuciosamente contemplada a seguir.

3 A OPERAÇÃO PENALIDADE MÁXIMA

Nessa seção, buscar-se-á contextualizar a Operação Penalidade Máxima, que chocou os fãs do esporte mais amado do país. Investigações sérias e por profissionais competentes revelaram que não estávamos diante de casos isolados no estado de Goiás, mas de um risco significativo à lisura do futebol nacional. Logo depois, far-se-á menção às sanções desportivas aplicadas, o que servirá de suporte para que se examine a sua constitucionalidade.

3.1 Contextualização

Em março do ano passado, Hugo Jorge Bravo, presidente do Vila Nova, descobriu o envolvimento do jogador Romário em um esquema de apostas na Série B e notificou à autoridade policial (GE, 2023). A equipe goiana juntou provas de que o jogador havia recebido um sinal de R$10.000,00 (dez mil reais) para cometer um pênalti contra a

equipe do Sport ainda no primeiro tempo, existindo a promessa de obter R$140.000,00 (cento e quarenta mil reais) após o feito.

Frustrada a tentativa por não ter sido relacionado para o jogo, Romário tentou cooptar outros atletas do Vila Nova. Em documento divulgado pelo MP-GO, Gabriel Domingos aceitou R$10.000,00 (dez mil reais) por um apostador para cometer o pênalti no primeiro tempo, tendo que repassar R$10.000,00 (dez mil reais) para Romário, por este ter auxiliado no esquema.

Em entrevista concedida à ESPN, Bravo revelou que já havia denunciado esquema de apostas antes, mas as autoridades foram negligentes:

> O joga era Vila Nova e Imperatriz, pela Série C, no Maranhão (Vila venceu por 3 a 1). O time do Imperatriz procurou um atleta do Vila para dizer que a partida estava vendida. Na época, eu fiquei sabendo, mas não consegui reunir provas. A segunda vez que uma denúncia do tipo chegou até mim foi no Vila Nova e Nova Mutum, pela Copa Verde, em 2021 (Vila venceu por 3 a 0). Fiquei sabendo que, no vestiário do nosso estádio, antes do jogo, um jogador deles fez uma chamada de vídeo para um apostador para dizer que o acordo estava fechado", relatou. (ESPN, 2023, p. 1)

Por conta das frustrações passadas, entendeu que deveria reunir provas concretas, o que se tornou mais viável por conta da sua experiência enquanto Major da Polícia Militar de Goiás. O mandatário colorado entrou em contato com o suposto articulador do esquema e recebeu a informação de que outros dois jogos da segunda divisão – Sampaio Corrêa x Londrina e Criciúma x Tombense – estavam incluídos em uma combinação de pênaltis no primeiro tempo juntamente com Vila Nova x Sport (O Globo, 2023). Apenas no jogo realizado em Goiânia o evento não aconteceu.

No contexto do envolvimento ilícito dos atletas em apostas, a comunicação às autoridades competentes, dada a ação penal cabível[9], trata-se de um poder-dever, já que os gestores de clubes, nas suas atribuições, devem adotar medidas em prol da prevenção de fraudes e manipulação de resultados. Vejamos o art. 6º, XII do Código de Ética e Conduta do Futebol Brasileiro:

[9] Art. 5º, § 3º, Código de Processo Penal. 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.

> Art. 6º. As pessoas naturais enquadradas como gestores da CBF, das Federações, Ligas e dos Clubes, em âmbitos nacional, regional, estadual e municipal, previstas na legislação vigente, deverão adotar as seguintes regras de conduta:
>
> XII - Não praticar ou deixar de prevenir fraude, manipulação de resultados e dopagem, ou qualquer outro meio que atente contra o resultado desportivo ou sua integridade;

A comunicação feita por Hugo Jorge Bravo turbinou as investigações do MP-GO, culminando na "Operação Penalidade Máxima". Seguindo o exemplo de Goiás, a Polícia Civil e o Ministério Público de diversos estados da Federação instauraram investigações para apurar a prática de manipulação de resultados (UOL, 2023). O que parecia um caso isolado na capital goiana tomou grandes proporções na medida em que jogadores de diversos times e divisões iam sendo descobertos e admitiam a participação ilícita em esquema de apostas. Nesse contexto, não demorou muito para a CBF se manifestar, alegando o risco da existência de um caos a nível nacional.

No Ofício nº 1.618, de 09 de maio de 2023, a CBF pediu a participação da Polícia Federal na investigação dos casos de manipulação no futebol e o Ministro da Justiça naquela época, Flávio Dino, determinou no início de maio a instauração de um inquérito na Polícia Federal para investigar os indícios de manipulações no futebol brasileiro, e assim foi feito. Enquanto vítima, a entidade máxima do futebol nacional, por meio do presidente Ednaldo Rodrigues, alegou que não possui Poder de Polícia e alertou para a importância de se trabalhar em conjunto com as autoridades policiais, a fim de punir os infratores e prevenir novos escândalos (CBF, 2023).

3.2 Das primeiras sanções desportivas aplicadas

Os primeiros atletas a receber sanções foram os que atuavam no Vila Nova e denunciados pelo presidente Hugo Jorge Bravo. Com base nas informações amplamente circuladas na mídia, tendo em vista o princípio da publicidade, sintetizemos as sanções no Quadro 1:

Quadro 1 – Primeiras sanções desportivas aplicadas na Operação Penalidade Máxima

ATLETA	INFRAÇÃO	SANÇÃO
ROMÁRIO	Participação em um esquema de manipulação de resultados de partidas de futebol. Não relacionado para a partida, mas tentou cooptar companheiros de time para cometer um pênalti contra o Sport. Em síntese, Romário era "o pivô do esquema"	Eliminado do futebol + multa de R$ 80 mil
GABRIEL DOMINGOS	Afirmou, em troca de mensagens com apostadores, que aceitaria a proposta de cometer o pênalti contra o Sport, o que acabou não se concretizando no final.	Suspensão de 720 dias + Multa de R$ 80 mil

Fonte: Elaboração própria, 2024.

A punição desportiva aplicada a Romário foi baseada no art. 242 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD):

> Art. 242. Dar ou prometer vantagem indevida a membro de entidade desportiva, dirigente, técnico, atleta ou qualquer pessoa natural mencionada no art. 1º, § 1º, VI, para que, de qualquer modo, influencie o resultado de partida, prova ou equivalente. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).
>
> PENA: multa, de R$ 100,00 (cem reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais), e eliminação.
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o intermediário.

Como bem salienta Jaime Barreiros Neto (2010), a sanção desportiva não obstaculiza eventuais sanções cíveis e penais cabíveis. Quando Romário tentou cooptar seus companheiros de clube, praticou um ilícito não só desportivo, mas também penal, tendo em vista o crime expresso no art. 199 da Nova Lei Geral do Esporte. Com os requisitos cumpridos, o MP-GO propôs colaboração premiada, negócio jurídico despenalizador que visa à produção probatória e que tem como consequência a extinção de punibilidade do agente (Araújo; Costa, 2021). Assim, foram impostas condições alternativas à pena privativa de liberdade ao ex-atleta Romário – as quais não constituem objeto do presente artigo.

Quanto a Gabriel Domingos, este foi sancionado pela conduta majorada do art. 243, prevista no seu parágrafo 1º, qual seja atuar deliberadamente de modo prejudicial à sua equipe mediante promessa de vantagem (UOL, 2023). Não restam maiores dúvidas quanto à legalidade da suspensão do atleta, uma vez que o lapso temporal respeita os

limites expressos no CBJD e, sendo ainda muito jovem (22 anos), poderá, caso reflita positivamente sobre as consequências da sua conduta, retomar a sua carreira como atleta. A suspensão por prazo é uma medida proporcional e razoável, já que tranquilamente concilia o interesse público – a lisura e integridade das competições – com o interesse privado – o direito ao trabalho.

> Art. 243, CBJD. Atuar, deliberadamente, de modo prejudicial à equipe que defende.
>
> PENA: multa, de R$ 100,00 (cem reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais), e suspensão de cento e oitenta a trezentos e sessenta dias. (NR).
>
> § 1º Se a infração for cometida mediante pagamento ou promessa de qualquer vantagem, a pena será de suspensão de trezentos e sessenta a setecentos e vinte dias e eliminação no caso de reincidência, além de multa, de R$ 100,00 (cem reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais).
>
> Art. 5º, § 1º, Lei Pelé: As transgressões relativas à disciplina e às competições desportivas sujeitam o infrator a:
>
> XI - suspensão por prazo.

Não vislumbrando grandes controvérsias quanto ao atleta Gabriel Domingos, foquemos na situação de Romário na seção a seguir, mais incisivamente no que concerne à eliminação e, como consequência, à proibição deste atuar profissionalmente no Brasil.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DE ELIMINAÇÃO APLICADA AO ATLETA ROMÁRIO

Expostas as sanções desportivas aplicadas ao atleta Romário, analisemos a constitucionalidade da eliminação do futebol imposta. Tendo como norte a situação do referido jogador, trataremos da natureza jurídica da sanção para, logo depois, analisarmos a potencial existência de uma pena de caráter perpétuo e a suposta violação ao direito ao trabalho garantido pela Carta Magna.

4.1 Da natureza jurídica da sanção: penas de caráter perpétuo *vs.* pena de banimento

A Constituição Federal, no seu art. 5º, XLVII, lista as penas que são vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Nilo Batista (2015, p. 22), compreendendo o diálogo entre os objetivos do Direito Penal e as pretensões do Estado, destaca que:

> Há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal, de tal sorte que o conhecimento dos primeiros, não através de fórmulas vagas e ilusórias [...], mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicos e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos. (Batista, 2015, p. 22)

Nessa perspectiva, se o legislador constituinte estabeleceu um rol taxativo de penas proibidas no Brasil, inegavelmente há um interesse estatal que o justifique, que, em última análise, deságua na tutela da dignidade da pessoa humana. Levando-se em conta o propósito do estudo, destacamos duas entre as cinco penas coibidas pelo direito brasileiro: as penas de caráter perpétuo e as penas de banimento:

> Art. 5º, CF:
> XLVII – não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> **b) de caráter perpétuo**;
> c) de trabalhos forçados;
> **d) de banimento**;
> e) cruéis; (grifou-se)

Asseveram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018) que a vedação à pena perpétua não se restringe à esfera penal, abrangendo outras relações fora deste âmbito. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 154.134, fixou o entendimento de ser inadmissível a sanção de proibição do exercício da atividade profissional sem prazo estipulado, com caráter definitivo ou perpétuo. Destaquemos o voto do relator Min. Sydney Sanches:

> [...] creio que a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente, mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida em que essas sejam admissíveis no regime

> constitucional. É o que sucede no caso com a questionada interdição permanente para funções de direção de instituição financeira."
>
> (RE 154.134/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29.10.1999)

O referido julgado foi a base para que, na ADI 2975, o STF compreendesse a inconstitucionalidade do art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90[10]. Realcemos parte da argumentação do relator Min. Gilmar Mendes:

> É importante destacar que a norma constitucional encontra-se estabelecida enquanto garantia à aplicação de sanções penais. Não obstante, a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal.
>
> (STF, Tribunal Pleno, ADI 2975, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 07.12.2020).

Não foi outro o entendimento da Procuradoria-Geral da República ao afirmar, em parecer anexo à ação, que a imposição de penalidades sem as devidas delimitações temporais "perpetua indevidamente os efeitos da condenação imposta pela administração" e que "em consonância com o preceito constitucional supracitado, toda a penalidade há de ser temporária, limitada e definida, conforme dispuser a lei, não se admitindo, por imposição constitucional, pena de caráter perpétuo".

Destarte, a vedação do art. 5º, XLVII, "b", da Carta Magna incide sobre as sanções penais e, também, às sanções administrativas, diante do inegável vínculo entre essas duas esferas no âmbito do poder sancionatório estatal. Assim, considerando a justiça desportiva como uma instância administrativa voltada para a solução de conflitos no âmbito do desporto, as sanções por ela aplicadas devem igualmente respeitar os ditames constitucionais.

No que tange à incorporação de tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, a alegação da sua celebração não confere efetividade às penas de caráter perpétuo. Como apenas os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados por rito específico, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º,

[10] Esse dispositivo proíbe o servidor público federal de retornar ao serviço público federal caso tenha sido demitido ou destituído do cargo em comissão devido à infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI. O STF, em uma votação bem acirrada (6x5), em sessão plenária, aderiu à tese do relator Min. Gilmar Mendes no sentido de que, se tratando a proibição em comento de uma clara punição, deve esta se submeter à norma do art. 5º, XLVII, "b", da CF/88. O relator destacou que, ainda que se entendesse pela não incidência do dispositivo constitucional, a conclusão seria a mesma, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

CF), não sendo o esporte matéria de direitos humanos, tratados e convenções internacionais sobre direito desportivo serão classificados como leis ordinárias e, uma vez colidentes com a Lei Maior, não terão eficácia alguma (Amaral, 2016). Assim, qualquer sanção esportiva que implique uma "pena proibida" na prática, ainda que prevista em norma de Direito Internacional Público que o Brasil seja signatário, será nula de pleno direito.

Ademais, as penas de caráter perpétuo se distinguem das penas de banimento em razão da sua maior abrangência. O conceito de banimento, previsto na Constituição Federal se refere a uma sanção de caráter territorial, ou seja, à expulsão de determinado indivíduo do território nacional, como pena ou medida de segurança. O banimento impõe ao banido a expulsão do território nacional e a proibição de voltar ao país enquanto durar a medida, o que reflete o interesse do Estado em se afastar daquele que seja nocivo à paz nacional (Poletti, 1976). Dessa forma, considerando que a sanção de eliminação aplicada na Operação Penalidade Máxima apresenta natureza profissional, a discussão sobre eliminação do atleta Romário tem como cerne a existência ou não de uma pena de caráter perpétuo – não de banimento.

Outrossim, entendemos que o debate acerca da sanção de eliminação imposta a um atleta envolvido em manipulação de resultados gira em torno da vedação às penas de caráter perpétuo – zelo igualmente exigido à justiça desportiva. Analisemos, a seguir, se de fato a sanção de eliminação imposta a Romário constitui uma pena de caráter perpétuo e se a proibição de atuar profissionalmente representa uma violação aos direitos fundamentais do atleta, já que o futebol era o meio de exercer a sua profissão e garantir a subsistência.

4.2 Da vedação às penas de caráter perpétuo

Um dos princípios que regem o Direito Brasileiro é o princípio da humanidade das penas (ou humanização das penas) e se encontra diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, elevada à nossa Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, igualmente incide na vedação às penas de caráter perpétuo.

Nas lições de Ferrajoli (2013, p. 318):

> acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (Ferrajoli, 2013, p. 318)

Nesse cenário, merece realce o cuidado dos tribunais esportivos e alguns meios de comunicação renomados ao empregar o termo "eliminação" ao invés de "exclusão", "expulsão" ou "banimento". Entretanto, a nomenclatura pouca relevância tem, afinal, o mais importante é a essência da sanção, pois ainda que seja empregado outro termo, nada impede que uma sanção de eliminação seja, na verdade, uma sanção de caráter perpétuo.

A discussão ganha contornos jurídicos interessantes diante da vedação às penas de caráter perpétuo prevista na Carta Magna (art. 5º, XLVII, "b", CF) – proibição esta que, como já vimos no tópico anterior, também se aplica à justiça desportiva. Seja na educação, na cultura, no ensino, no desporto ou em qualquer outra área, a Constituição Federal não admite qualquer condenação com contornos que tendam à eternidade. As penas e castigos vedadas pelo texto constitucional não podem ser impostas a atletas, caso julgados perante a justiça desportiva, uma vez que também gozam da proteção à sua dignidade (Amaral, 2016).

Trazendo para a Operação Penalidade Máxima, durante o julgamento definitivo dos atletas Romário e Gabriel Domingos, os auditores explicaram que a eliminação não se confunde com uma pena de banimento[11] já que, em conformidade com o art. 99 do CBJD, permite revisão da pena após dois anos do trânsito em julgado (STJD, 2023):

> Art. 99, CBJD. A pessoa natural que houver sofrido eliminação poderá pedir reabilitação ao órgão judicante que lhe impôs a pena definitiva, se decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado da decisão, instruindo o pedido com a documentação que julgar conveniente e, obrigatoriamente, com a prova do pagamento dos emolumentos, com a prova do exercício de profissão ou de atividade escolar e com a declaração de, no mínimo, três pessoas vinculadas ao desporto, de notória idoneidade, que atestem plenamente as condições de reabilitação.

[11] Entendemos que a comparação realizada pelos auditores, na verdade, girou em torno da distinção entre eliminação e pena de caráter perpétuo, uma vez que são mais fáceis de serem confundidas em comparação a uma pena de banimento. Como já contemplado em linhas acima, a pena de banimento apresenta cunho territorial, enquanto a vedação às penas de caráter perpétuo, não se limitando ao Direito Penal, abrangem sanções disciplinares, administrativas e quaisquer outras aptas a impactar o exercício laboral.

Isso afasta qualquer alegação de que fora aplicada a Romário uma pena de caráter perpétuo pois não se pode garantir que Romário jamais vestirá as cores de uma equipe profissional no Brasil. A sustentação da inconstitucionalidade da eliminação aplicada a Romário, com base exclusivamente no art. 5º, XLVII, "b", da CF deve ser afastada.

4.3 Do direito constitucional ao trabalho

Adentrando no direito constitucional ao trabalho, relembra-se que este é dito como um direito fundamental, com previsão tanto na Lei Maior do país (arts. 5º, XIII, 6º, caput e 7, CF) quanto na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 23). Tamanha é a expressividade desse direito que os valores sociais do trabalho integram o rol de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF).

Explica Mauro Schiavi (2023) que trabalho é toda atividade humana dirigida a determinado fim, geralmente destinada à produção e com o objetivo de promover o sustento do trabalhador, de forma que se pode sustentar a existência de um direito constitucional do trabalho, com princípios, institutos e regras próprias no bojo da Carta Magna. Antes de tecer maiores comentários no que tange à Operação Penalidade Máxima, faz-se interessante a análise do julgado cuja ementa segue transcrita:

> STJD: Processo nº 078/2020 – Recurso Voluntário – Procedência: TJD/RJ - Recorrentes: Mauricio Silva da Rocha Pelegrini, Diretor de categorias de base; E.C. Atletico Carioca, Maicon da Silva Villela, Presidente do E.C. Atlético Carioca; Emerson Silvano da Silva, empresário; Thiago dos Santos Soeiro, Auxiliar tecnico do EC Atletico Carioca– Recorrido: TJD/RJ. AUDITOR RELATOR: Dr. MAURO MARCELO DE LIMA E SILVA RESULTADO: "Por unanimidade de votos, se conheceu do recurso, para no mérito, negar-lhe provimento, mantenho a decisão do Pleno do TJD/RJ. Deixou de ser apreciado o recurso referente a Emerson Silvano da Silva, empresário, tendo em vista ainda não ter sido julgado pelo Pleno do Tribunal a quo". Funcionou na defesa de Mauricio Silva da Rocha Pelegrini, Diretor de categorias de base, a Dra. Juliana Guedes Funcionou na defesa de Maicon da Silva Villela, Presidente do E.C. Atlético Carioca, Emerson Silvano da Silva, empresário e Thiago dos Santos Soeiro, Auxiliar tecnico do EC Atletico Carioca, o Dr. Leonardo Rachid.

Na ocasião, o pleno do STJD negou provimento a recursos interpostos contra decisão do TJD-RJ no que tange à manipulação de resultados na Série C do Campeonato Carioca. O pleno estadual condenou o Atlético Carioca com multa de R$20.000,00 (vinte mil reais) pelo aliciamento de atletas. Foram também sancionados o investidor do clube,

o presidente, o auxiliar técnico e o diretor da base em multas entre R$160.000,00 (cento e sessenta mil reais) e R$60.000,00 (sessenta mil reais). Além da pena pecuniária, os envolvidos foram expulsos do futebol por aliciar atletas, prejudicar as suas equipes e influenciar o resultado das partidas.

Em que pese tenha saído derrotado, é digno de reconhecimento um dos argumentos utilizados pela advogada de Pellegrini, diretor da base do São José, em prol da reforma da decisão. Ainda que não tenha descartado a manipulação, Juliana Guedes invocou o princípio da proporcionalidade e, indiretamente, o direito social ao trabalho e a proteção constitucional à família, por ser o futebol a única fonte de renda das pessoas que viviam com o réu. Essa constatação é de suma importância, uma vez que a autonomia da justiça desportiva não é plena, por se submeter a um arcabouço jurídico que tem, no seu cerne, a dignidade da pessoa humana.

No que concerne ao atleta Romário, três anos se passaram e há quem persista batendo nesta tecla: as sanções desportivas violam o direito constitucional ao trabalho? Não enxergamos assim.

Dirley da Cunha Júnior (2021) ensina com maestria que o inciso XIII do art. 5º da CF trata-se de uma norma de eficácia contida, isto é, que não apresenta eficácia ampla, mas, assim como a norma constitucional com eficácia plena, reúne todas as condições necessárias para ser aplicada: Art. 5º, XIII, CF. é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Diante do contexto neoconstitucional, a ressalva feita às qualificações profissionais previstas em lei se mostra de suma importância, já que as fontes do Direito Desportivo, ao estabelecer como valores a ética, o *fair play* e o respeito às regras, têm legitimidade para exigir tais qualificações ao exercício laboral. Ratifica essa percepção Paulo Henrique Pinheiro ao apresentar que:

> atualmente é entendimento uníssono no meio jurídico-desportivo que o fair play não está restrito ao jogo em si, mas se expandiu para o combate à corrupção no futebol e para a busca pela governança responsável, profissional e transparente dos clubes. (Pinheiro, 2023, p. 106)

Qualquer atividade laboral exige comprometimento e respeito a regras, sejam gerais, sejam específicas do ramo. Um atleta que se envolve em esquema de manipulação

de resultados não merece passar impune, tamanho atentado contra a essência de uma das maiores paixões do brasileiro.

Ao mesmo raciocínio adere a Dra. Bianca Morais (2025). Ao contactarmos diretamente a advogada do Vila Nova à época dos fatos, ela se posicionou pela constitucionalidade da sanção de eliminação, considerando-a proporcional e razoável com base em múltiplos fatores, como a gravidade concreta dos delitos, a salvaguarda da ética esportiva e a autonomia concedida pela Constituição à justiça desportiva. Acrescentou a jurista que a suficiência das penas foi um fator levado em consideração pelo clube goiano ao decidir por não buscar indenizações cíveis em face de Romário, tamanho o sofrimento proveniente da impossibilidade de se atuar profissionalmente. Esses pedidos fatalmente seriam acolhidos caso o Vila Nova comprovasse os danos, sobretudo extrapatrimoniais, que sofrera com a Operação Penalidade Máxima.

Em relação à proporcionalidade e à razoabilidade das sanções, esses princípios surgem com um propósito claro: coibir os excessos. É preciso perquirir se, nas circunstâncias, seria possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão, mas igualmente capaz de alcançar a finalidade que se busca no ato de sancionar (Bitencourt, 2020). A despeito de possuírem origens e características distintas, esses princípios são fungíveis, diante da existência de um propósito comum, qual seja, a garantia da legitimidade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional (Bitencourt, 2020). Considerando que a manipulação de resultados corrói o que há de essencial no esporte – a imprevisibilidade –, não enxergamos nenhuma outra sanção capaz de, ao mesmo tempo, mitigar os danos à ética esportiva, evitar a reincidência do indivíduo e coibir condutas semelhantes por outros agentes.

Ressalta-se, ainda, que a carreira de atleta profissional apresenta a peculiaridade de ser bastante curta em comparação às demais profissões, já que os jogadores param, como regra, entre os 35 e 40 anos, o que é compreensível diante do declínio físico com o decorrer da idade (Lance, 2023). É preciso que o atleta tenha em mente o que fará posteriormente à aposentadoria, sob consequência de óbvia redução no patrimônio.

A sanção imposta a Romário apenas antecipou uma preocupação natural e inevitável aos atletas de alto rendimento e esta sanção somente emergiu em razão da assunção do risco pelo atleta, que mesmo sabendo de antemão que praticava uma

infração, resolveu, ainda assim, influenciar negativamente no desenrolar normal do futebol. Agir contrário ao Direito sabendo da proibição legal é, de certo modo, uma prova de coragem, já que o infrator faz um juízo de valor prévio à prática do ilícito[12]. Nesse contexto, é incabível se pensar em uma "manipulação culposa" – ou se tem o dolo, ou não é manipulação, mas apenas um erro técnico (indiferente jurídico). Ante o exposto, não vislumbramos a violação ao direito constitucional ao trabalho e, também, qualquer ilegalidade na sanção de eliminação imposta.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é inegável que a manipulação de resultados no futebol brasileiro, embora não seja recente, ainda assombra a integridade e a moralidade do maior entretenimento do país. A Operação Penalidade Máxima apenas escancarou um problema antigo e que foi abafado por conta das paralisações das atividades durante a pandemia da Covid-19.

Quanto à constitucionalidade da sanção de eliminação imposta ao atleta Romário, compreendemos que o STJD, que também se submete à vedação do art. 5º, XLVII, "b" da Constituição Federal, não infringiu a regra constitucional.

Em primeiro plano, isso se dá não por todo o cuidado dos auditores no uso da expressão "eliminação", mas em virtude da possibilidade de revisão após dois anos do trânsito em julgado. Além disso, não vemos violação ao direito de trabalho nas decisões dos tribunais desportivos, mas somente a salvaguarda da ética esportiva e da imprevisibilidade dos resultados, tão necessárias para a vitaliciedade do nosso futebol.

A eliminação aplicada a Romário, respeitando os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, apenas antecipou uma preocupação natural e inevitável que ele teria enquanto atleta de alto rendimento. Ressaltamos que tal punição somente emergiu em

[12] Nesse cenário, o crime é uma atividade racional, já que o indivíduo calcula o custo, a dor, o prazer e as vantagens em se atuar na ilicitude. Consoante Balbinotto Neto (2003, p. 1), "o argumento básico da abordagem econômica do crime é que os infratores reagem aos incentivos, tanto positivos como negativos e que o número de infrações cometidas é influenciada pela alocação de recursos públicos e privados para fazer frente ao cumprimento da lei e de outros meios de preveni-los ou para dissuadir os indivíduos a cometê-los. Para os economistas, o comportamento criminoso não é vista como uma atitude simplesmente emotiva, irracional ou anti-social, mas sim como uma atividade eminentemente racional".

virtude da assunção do risco pelo atleta, que mesmo sabendo de antemão que praticavam uma infração, resolveu, ainda assim, influenciar negativamente na imprevisibilidade do futebol. No mais, repudiemos sempre a manipulação de resultados no nosso futebol!

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Constituição brasileira não admite pena perpétua e de banimento do esporte**. 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/constituicao-brasileira-nao-admite-pena-perpetua-e-de-banimento-do-esporte/347924887. Acesso em: 19 abr. 2024.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BALBINOTTO NETO, Giácomo. **A teoria econômica do crime**. Revista Reader, n. 35, 2003, p. 1.

BARREIROS NETO, Jaime. **Direito Desportivo**. Curitiba: Juruá. 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral (arts 1º a 120) v. 1**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. **Lei 14.790, de 29 de dezembro de 2023**. Dispõe sobre a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nºs 5.768, de 20 de dezembro de 1971, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14790.htm. Acesso em: 02 fev. 2024.

BRASIL. **Lei 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acesso em: 07 abr. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 14.597, de 14 de junho de 2023**. Institui a Lei Geral do Esporte. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14597.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Desportiva. **Recurso Voluntário nº 078/2020**. Relator: Auditor Dr. Mauro Marcelo de Lima e Silva. Rio de Janeiro. DJ 03 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.stjd.org.br/noticias/pleno-pauta-com-cinco-processos. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJ 07 de dezembro de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754952949. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 154.134**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília. DJ 29 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14697583/inteiro-teor-103090029. Acesso em: 24 jun. 2024.

CARLTON, David. **The history of sportswashing:** using sport to clean up a tainted reputation. Leighton Buzzard: Bellsie Ltd, 2023. *E-book*.

CASTILHO, César Teixeira; MARCHI JÚNIOR, Wanderley. Esporte, Geopolítica e Relações Internacionais. In: BETTINE, Marco; GUTIERREZ, Gustavo Luiz (org.). **Esporte e sociedade: um olhar a partir da globalização**. São Paulo: IEA-USP, 2019. p. 15-32.

CBF. **CBF apresenta relatório sobre papel do futebol na economia do Brasil**. 2019. Disponível em: https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/cbf-apresenta-relatorio-sobre-papel-do-futebol-na-economia-do-brasil. Acesso em: 09 mar. 2024.

CBF. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. São Paulo, 2010. Disponível em: https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201507/20150709151309_0.pdf. Acesso em: 08 fev. 2024.

CBF. **Código de Ética e Conduta do Futebol Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://conteudo.cbf.com.br/etica/codigo.pdf. Acesso em: 25 jan. 2024.

CBF. **Ofício nº 1.618, de 09 de maio de 2023**. Disponível em: https://www.cbf.com.br/a-cbf/biblioteca/oficios. Acesso em: 10 fev. 2024.

COB. **Código de Prevenção e Combate à Manipulação de Competições**. Disponível em: https://www.cob.org.br/pt/documentos/download/cd660c170bb9d/. Acesso em: 25 jan. 2024.

CORRÊA FILHO, Dário. **Panorama do arcabouço jurídico do Direito Desportivo Brasileiro**. In: AULA MINISTRADA NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PARA FUTEBOL - Turma 2, 15 de outubro de 2021. São Paulo: Futebol Interativo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ESPN. **Delegado diz que até 8 times estão envolvidos em manipulação de resultados**. 2016. Disponível em: http://www.espn.com.br/noticia/611764_delegado-diz-que-ate-8-times-estao-envolvidos-em-manipulacao-de-resultados. Acesso em: 21 jan. 2024.

ESPN. **Presidente do Vila Nova revela que já havia denunciado esquema de apostas antes: 'Na época ninguém foi atrás'**. 2023. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/12043034/presidente-vila-nova-revela-denunciado-esquema-apostas-na-epoca-ninguem-foi-atras. Acesso em: 10 mai. 2025.

ESTADÃO. **'Manipulação de resultado é a crise mais grave do esporte', diz ex-secretário da Fazenda**. 2025. Disponível em: https://www.estadao.com.br/esportes/marcel-rizzo/manipulacao-de-resultados-e-a-crise-mais-grave-do-esporte-brasileiro-diz-ex-assessor-da-fazenda/?srsltid=AfmBOorlgDF30NsNUWiwlYVif3JGpZxPOxlmGU9Pi54IQKg_svgHu36c. Acesso em: 16 mai. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal**. 1. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Abel. **Cabeça Fria, Coração Quente – Uma viagem pelos bastidores da equipa técnica**: segredos, reflexões e métodos de trabalho revelados em primeira pessoa. São Paulo: Garoa Livros. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Brasileiros gastaram mais de R$ 50 bi em apostas online**. 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2024/01/brasileiros-gastaram-mais-de-r-50-bilhoes-em-apostas-online-em-2023.shtml. Acesso em: 20 mai. 2024.

GE. **Clubes pagaram R$ 1 bi em salários em 2018; 7% dos atletas concentram R$ 800 milhões**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://ge.globo.com/futebol/noticia/clubes-pagaram-r-1-bi-em-salarios-em-2018-7percent-dos-atletas-concentram-r-800-milhoes.ghtml. Acesso em: 25 jan. 2024.

GE. **Justiça de São Paulo condena 11 pessoas a dez anos de prisão por manipulação de resultados**. São Paulo, 2022. Disponível em: https://ge.globo.com/sp/futebol/noticia/2022/11/05/justica-de-sao-paulo-condena-11-pessoas-a-dez-anos-de-prisao-por-manipulacao-de-resultados.ghtml. Acesso em: 23 jan. 2024.

GE. **Presidente do Vila Nova revela como descobriu esquema de apostas na Série B**. Goiânia, 2023. Disponível em: https://ge.globo.com/go/futebol/noticia/2023/02/14/presidente-do-vila-nova-revela-como-descobriu-esquema-de-apostas-na-serie-b.ghtml. Acesso em: 10 jan. 2024.

LANCE. **Do Egito ao smartphone: uma breve história das apostas esportivas**. 2023. Disponível em: https://www.lance.com.br/resenha-de-apostas/noticias/descubra-a-origem-das-apostas-esportivas-e-seu-desenvolvimento-ao-longo-dos-anos.html. Acesso em: 03 mar. 2024.

LANCE. **Qual o jogador mais velho do mundo em atividade?.** São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.lance.com.br/futebol-internacional/qual-o-jogador-mais-velho-do-mundo-em-atividade.html#google_vignette. Acesso em: 03 mar. 2024.

MANSSUR, José Francisco Cimino. **Clubes empresa no Brasil – a história e perspectivas futuras**. In: AULA MINISTRADA NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO DE CLUBE-EMPRESA. São Paulo, Futebol Interativo, 10 de março de 2022.

MANUAL DA ECONOMIA. **A fábrica brasileira de apostadores**. 2024. 32:27. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=9RAbPwYCB08&t=722s. Acesso em: 10 mai. 2025.

MARCHETTI, Felippe. **Tipos, potenciais alvos e condições de suscetibilidade para a manipulação de resultados no futebol brasileiro**. 2019. Tese (Doutorado em Ciências do Movimento Humano) – Escola de Educação Física, Fisioterapia e Dança, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAIS, Bianca. **Manipulação de resultados no futebol brasileiro**. Operação Penalidade Máxima: como tudo começou. Palestra ministrada em reunião da Liga Acadêmica de Direito Desportivo da Faculdade Baiana de Direito, Salvador, LADD, 18 de março de 2025.

O GLOBO. **Como as denúncias de manipulação de resultados na Série B impactam o futebol no Brasil**. 2023. Disponível em: https://oglobo.globo.com/podcast/noticia/2023/02/como-as-denuncias-de-manipulacao-de-resultados-na-serie-b-impactam-o-futebol-no-brasil.ghtml. Acesso em: 12 jan. 2024.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 28 jan. 2024.

PERUMAL. Wilson Raj. **O submundo do futebol: confissões de um manipulador de resultados**. Cingapura: Astral Cultural. 2016.

PINHEIRO, Paulo. **Jurisdição Desportiva Trabalhista: A Efetividade na Resolução de Conflitos**. Goiânia: Venturoli. 2023.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Notas sobre o banimento e seus efeitos. In: MP-RJ. **Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça**. Rio de Janeiro: 1976, p. 56-63.

SANT'ANA, Felippe. **O futebol como business: os aspectos negociais do esporte**. Aula ministrada no Curso de Especialização em Direito para o futebol – turma 2, São Paulo, Futebol Interativo, 19 de novembro de 2021.

SCHIAVI, Mauro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SCHMITT, Paulo. **Manipulação de competições - crônica de uma morte quase anunciada do esporte**. 2023. Disponível em: https://www.stjd.org.br/noticias/manipulacao-de-competicoes. Acesso em: 20 jan. 2024.

SORIANO, Ferran. **A bola não entra por acaso: estratégias inovadoras de gestão inspiradas no mundo do futebol**. São Paulo: Princípio, 2013.

SPORTRADAR. **Betting corruption and match-fixing in 2022**. 2023. Disponível em: https://sportradar.com/wp-content/uploads/2023/03/Betting-Corruption-And-Match-Fixing-In-2022.pdf. Acesso em: 19 jan. 2024.

TV CULTURA. **Casa de Apostas adquire naming rights da Arena Fonte Nova**. 2023. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/esporte/noticias/2023/12/29/7062_casa-de-apostas-adquire-naming-rights-da-arena-fonte-nova.html. Acesso em: 03 mar. 2024.

UOL. **Apostador diz que tentou manipular resultados do Brasil antes da Copa-2010**. Lisboa, Portugal, 2016. Disponível em: https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2016/01/15/luis-aguilar.htm. Acesso em: 21 jan. 2024.

UOL. **Manipulação de resultados: partidas podem ser anuladas e jogadas de novo?** 2023. Disponível em: https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2023/04/18/manipulacao-de-resultados-partidas-podem-ser-anuladas-e-jogadas-de-novo.htm. Acesso em: 21 jan. 2024.

"NÃO É HUMOR; É ESCÁRNIO": A REAÇÃO SOCIAL ÀS MANIFESTAÇÕES HUMORÍSTICAS DISCRIMINATÓRIAS

"THIS IS NOT HUMOR; THIS IS MOCKERY": SOCIAL REACTIONS TO DISCRIMINATORY HUMOROUS EXPRESSIONS

Tiago Alves de Oliveira*

RESUMO: O artigo analisa criticamente a reação social, nos âmbitos formal (judiciário e normativo) e informal (mídia e opinião pública), diante de espetáculos humorísticos que abordam questões raciais de maneira ofensiva, especialmente sob a ótica do "racismo recreativo". O estudo parte da compreensão do riso como fenômeno social com potencial tanto de crítica quanto de opressão, e investiga quando o humor ultrapassa o limite ético e se transforma em violência simbólica. Com base em casos concretos envolvendo humoristas como Léo Lins e Júlio Cocielo, o trabalho discute como certas manifestações humorísticas perpetuam estigmas raciais e reforçam hierarquias sociais, muitas vezes sob o disfarce de liberdade de expressão. A pesquisa recorre ao conceito de racismo recreativo, proposto por Adilson Moreira, para mostrar que piadas que ridicularizam corpos e identidades racializadas são instrumentos de exclusão social e manutenção do privilégio branco. O riso, nesse contexto, atua como mecanismo ideológico de naturalização da desigualdade. No caso de Júlio Cocielo, comentários racistas nas redes sociais geraram reações institucionais e perda de contratos publicitários, embora ele tenha sido posteriormente absolvido com base em argumentos sobre liberdade de expressão e "contexto humorístico". Já o caso de Léo Lins evidenciou um processo mais rígido de responsabilização penal, culminando em condenação judicial por piadas que atingiram minorias vulneráveis, especialmente pessoas com deficiência. A decisão judicial reforçou que não há direito absoluto à liberdade de expressão quando esta viola a dignidade humana. O artigo destaca a importância da nova legislação (Lei nº 14.532/2023), que equipara a injúria racial ao crime de racismo e prevê agravantes quando praticada em contextos recreativos. Ainda assim, alerta para o risco de uma justiça meramente punitiva, defendendo que a responsabilização penal deve ser acompanhada de transformação cultural, educação e formação antirracista. Por fim, conclui-se que o humor não é neutro: ele pode ser tanto instrumento de libertação quanto de opressão. A reação social aos casos analisados indica uma lenta, porém crescente, sensibilidade jurídica e social frente ao discurso de ódio travestido de comédia. Propõe-se, assim, uma ética do riso que respeite a dignidade humana e promova uma cultura de igualdade.

Palavras-chaves: racismo; humor; discriminação; liberdade de expressão; violência simbólica.

ABSTRACT: *This article offers a critical analysis of society's response, both formal (judicial and legal) and informal (media and public opinion), to comedic performances that address racial issues in offensive ways, particularly through the lens of "recreational racism." The study starts from the understanding of laughter as a social phenomenon, capable of serving both as a tool for critique and as a vehicle of oppression. It explores the point at which humor crosses ethical boundaries and becomes a form of symbolic violence. Drawing on real-life cases involving comedians such as Léo Lins and Júlio Cocielo, the article examines*

* Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Estudante Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC). Membro fundador e Diretor de Ensino da Liga Acadêmica de Direito Internacional Público. Pesquisador em Direito Internacional e Direitos Humanos pelo Programa AFIRMATIVA. E-mail: Alves_contatos@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2501536232542523. ORCID: https://orcid.org/0009-0001-9042-8136

how certain comedic expressions reinforce racial stereotypes and sustain social hierarchies, often under the guise of free speech. The research engages with the concept of recreational racism, developed by Adilson Moreira, to argue that jokes targeting racialized bodies and identities are not merely harmless entertainment but mechanisms of social exclusion and white privilege preservation. In this framework, laughter becomes an ideological tool that helps normalize inequality. The case of Júlio Cocielo involved racist social media posts that triggered institutional backlash and the loss of sponsorship deals, although he was later acquitted on the grounds of freedom of expression and comedic context. In contrast, Léo Lins faced stricter legal consequences, resulting in a criminal conviction for making jokes at the expense of vulnerable minorities, particularly people with disabilities. This legal response emphasized that freedom of expression is not an absolute right when it infringes on human dignity. The article underscores the significance of Brazil's new legislation (Law No. 14.532/2023), which equates racial slurs with the crime of racism and imposes harsher penalties when committed in recreational contexts. However, it also cautions against a solely punitive approach to justice, advocating instead for accountability to be paired with cultural transformation, education, and anti-racist training. Ultimately, the study concludes that humor is not a neutral space. It reflects and shapes societal values and can serve either as a force for liberation or a tool of oppression. The public reaction to the cases discussed reveals a gradual, yet growing, legal and social awareness of hate speech disguised as comedy. The article calls for a new ethical framework for humor , one that honors human dignity and advances a culture of equality.

Keywords: *racism; humor; discrimination; freedom of expression; symbolic violence.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O RISO; 3 "STAND UP": O NOVO ESPETÁCULO HUMORÍSTICO; 4 O NEGRO E O RISO; 5 QUANDO A PIADA OFENDE?; 5.1 O humor como ato político; 6 "NÃO É HUMOR; É ESCÁRNIO": O CASO JÚLIO COCIELO; 6.1 A velha história do "racista, eu?" e os fundamentos invocados para afastar a responsabilização; 6.1.1 O argumento da afroconveniência; 6.1.2 O recurso ao *animus jocandi*; 7 "PERTURBADOR": O CASO LÉO LINS; 8 RESULTADOS DA ANÁLISE COMPARATIVA 9 RACISMO RECREATIVO É INJÚRIA RACIAL; 10 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O riso é, antes de tudo, um fenômeno humano complexo. Ainda que possa ser identificado em outras espécies, é no campo social e cultural que ele adquire sua maior potência, como linguagem, ferramenta política e, por vezes, como arma. Historicamente relacionado à descontração e ao entretenimento, o humor também tem servido para reforçar estigmas, mascarar violências e naturalizar desigualdades. Especialmente no Brasil, em que o racismo é estrutural e muitas vezes sutilmente articulado no cotidiano, é urgente problematizar os limites éticos do riso, sobretudo quando direcionado a corpos e identidades historicamente marginalizadas.

A presente pesquisa se debruça sobre a reação social, tanto no âmbito formal (judiciário, normativo) quanto informal (mídia, opinião pública), diante de espetáculos humorísticos com pretensões cômicas que, no entanto, reproduzem e disseminam estereótipos raciais. A partir da análise de casos concretos envolvendo figuras públicas, como os humoristas Léo Lins e Júlio Cocielo, busca-se compreender em que medida o humor, ao ultrapassar a barreira do bom senso e da empatia, se converte em ferramenta de desumanização. O objetivo principal desta investigação é analisar criticamente a interface entre humor, racismo e responsabilização social, considerando as reações sociais as manifestações humorísticas que exploram o sofrimento e a vulnerabilidade de grupos sociais.

Metodologicamente, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa e desenvolve-se por meio do estudo de casos múltiplos, tendo como corpus a análise documental de registros públicos relacionados aos episódios examinados, especialmente a cobertura jornalística, que reúne e documenta tanto a repercussão social quanto os desdobramentos jurídicos de cada caso. Esse recorte decorre da compreensão de que a reação social ao humor discriminatório constitui um fenômeno integrado, cuja compreensão exige observar, de forma articulada, as manifestações da sociedade e as respostas produzidas pelas instituições.

Nesse sentido, a opção por esse recorte não decorre da substituição da análise jurídica pela cobertura jornalística, mas do reconhecimento de que, nos casos selecionados, os registros da imprensa constituem o principal meio de documentação e difusão dos acontecimentos processuais e de suas repercussões sociais.

Justifica-se não apenas pela atualidade e relevância do tema, mas sobretudo pela urgência em promover uma reflexão pública sobre o papel do humor na sociedade contemporânea. Em tempos de hipervisibilidade digital e banalização da violência simbólica, é preciso reimaginar os contornos de uma ética do riso, uma ética que não seja inimiga da arte, mas aliada da dignidade humana.

2 O RISO

Na perspectiva biológica, o riso não é um comportamento exclusivo dos seres humanos, como se pensava outrora, mas também foi observado em primatas e alguns outros animais, como ratos e cachorros. Superando essa ideia, para a Universidade de

Oxford, o riso é uma forma de superar a dor que enfrentamos por alguma razão, sendo uma das responsáveis por essa amenização a endorfina, um neurotransmissor, que tem propriedades analgésicas que são liberadas quando rimos (Salles, 2018).

A dissertação de Moreira (2015) explora as ideias de Bergson sobre o riso, conforme apresentadas em sua obra "Le Rire", na qual Bergson questiona o significado do riso e o que está subjacente ao cômico. O autor destaca algumas diretrizes que acompanham o surgimento do riso, incluindo insensibilidade, indiferença, eco, falta de emoção, o inesperado e o desvio. Bergson argumenta que a insensibilidade é crucial para o humor, uma vez que a tranquilidade e a indiferença são necessárias, pois não se ri daqueles por quem se sente piedade. A presença de outro é essencial para o riso, e Bergson afirma que "nosso riso é sempre o riso de um grupo". A falta de emoção também é destacada, pois a sensibilidade impediria o entendimento do riso, sendo que, segundo Bergson, "o maior inimigo do riso é a emoção", sendo necessário uma "anestesia momentânea do coração" para que o riso ocorra (p. 11-13).

O riso para Bergson segue alguns requisitos, mas é essencialmente um ato social, uma "significação social", ou seja, quanto maior a plateia, maior serão os risos, e que, nesse sentido, ultrapassa a comicidade (as razões que tornaram aquela piada efetivamente risível), como um tipo de reflexo (Marins, 2013).

De modo análogo, podemos compreender que o riso tem um caráter ideológico e de identificação, tendo em vista que, estando inserido dentro de um grupo, por exemplo, regional ou de gênero, o impacto pode gerar mais ou menos risadas, ou seja, nordestinos e sulistas ou mulheres e homens não irão se identificar, compreender e, por consequência, achar cômico ao ponto de rir das mesmas tentativas de gerar risadas por essas razões inerentes à sua condição de ser ou de estar.

Moreira (2015) afirma que o senso comum acredita que os discursos humorísticos são apenas uma forma de entretenimento; no entanto, este tipo de manifestação "muitas vezes se torna um instrumento de mudança e transformação social". As razões dessa afirmativa estão no fato de que o orador dos discursos, comumente chamado de humorista, precisa ser um observador crítico da sociedade para que consiga, por exemplo, encontrar algo que gere o riso, por meio do apontamento ou

da reflexão sobre a contradição de uma situação da realidade que para a maioria dos sujeitos seja banal.

É dessa forma que Kupermann (2003) destaca a dimensão política do ato humorístico, equiparando-o a um ato de denúncia contra idealizações excessivas das figuras de autoridade. Ele salienta que, em regimes de exceção, a proibição do pensamento crítico e a censura aos humoristas são frequentemente adotadas, evidenciando a ameaça que o humor representa para estruturas autoritárias (2003, p. 190).

3 "STAND UP": O NOVO ESPETÁCULO HUMORÍSTICO

Ao tratar de espetáculos humorísticos é perceptível que existe uma quantidade significativa desses, principalmente diante da diversidade que o humor se propõe a incorporar. Ainda assim, localiza-se no Brasil, bem como em boa parte do mundo, um crescimento no espetáculo conhecido como "Stand Up Comedy" ou Comédia em Pé, em tradução livre.

Algumas teorias são capazes de afirmar que o Stand Up remonta a Grécia Antiga (Kupermann, 2003), mas o que convém trazer a este estudo é que já no século XIX conseguimos encontrar teorias mais sólidas sobre o espetáculo como o Vaudeville, nos Estados Unidos da América, que já tinha características que podemos encontrar nos "shows" atuais: "which often included quick sketches, audience interaction and musical performances; unlike Burlesque, Vaudeville was typically family-friendly"[1](Gionis, 2023), entretanto, falavam mais entre si do que de fato com o público.

Quase no fim deste século temos os primeiros momentos do que viria a ser, na França, o "Le Théâtre de Dix Heures" ou Teatro das 10 horas, em tradução livre, em que a construção se inspirou com base num livro de Georges Courteline, Les Linottes (1912) em que ele diz: "Je vous dis que l'homme qui fondera un théâtre de Dix heures, pratique, confortable, élégant et où on ne jouera que des pièces gaies – car les heures ont leurs

[1] Tradução nossa: "que frequentemente incluía esquetes rápidas, interação com o público e apresentações musicais; ao contrário do Burlesco, o Vaudeville era tipicamente voltado para a família".

exigences – gagnera une fortune, par la force des choses, par le seul fait qu'il aura étanché une soif"[2] (Goupy, 2001).

No Brasil, os principais registros remontam ao século XX, com nomes que até hoje são lembrados como pioneiros desse movimento, como José Vasconcelos, Chico Anysio e Jô Soares. Embora ainda não se tratasse propriamente do stand-up comedy tal como é conhecido atualmente, diversos humoristas brasileiros já utilizavam recursos semelhantes, apresentando monólogos humorísticos em programas de televisão e espetáculos, especialmente a partir da década de 1960.

O grande "boom" do gênero ocorreu no século XXI, especialmente a partir de 2005, com a criação do grupo Comédia em Pé, frequentemente apontado como o primeiro grupo de stand-up comedy do Brasil. A consolidação desse formato foi impulsionada pela internet e pelas plataformas digitais, que ampliaram sua divulgação e circulação, com destaque para o YouTube, que contribuiu para a popularização do gênero e para a projeção de novos comediantes junto ao grande público (Martins, 2019).

Atualmente, o Stand Up Comedy se configura apenas com o comediante se apresentando "sem uso de artifícios (objetos, fantasia e cenário) que auxiliem seu desempenho em palco" (Mathias, 2015). O conteúdo humorístico normalmente é feito por meio da narração de histórias, observações da realidade e tem se tornado frequente a interação com a plateia e para isso eles fazem uso de muito improviso e jogo de cintura para lidar com as provocações que são trazidas pelo público.

Na era do Marketing Viral (Salzman, Matathia, O'reilly, 2003) em que tudo que é produzido e publicado na internet com a intenção final de se tornar um "hit" com muitas visualizações, curtidas e compartilhamentos o riso para o humorista é o que garante a ele uma projeção digital maior, dessa forma, ele será chamado a se apresentar novamente no mesmo clube ou em outro melhor que o anterior.

Nesse sentido, o humor que tem como fim se tornar viral não se preocupa com as possíveis funções sociais que a piada e o riso oferecem a sociedade. Não é preciso ser sagaz, crítico ou ter uma capacidade analítica que seja capaz de transcender a

[2] "Eu lhes digo que o homem que fundar um teatro das Dez Horas, prático, confortável, elegante e onde apenas se apresentarão peças alegres, pois cada hora tem suas exigências, ganhará uma fortuna, pela força das circunstâncias, simplesmente por ter saciado uma sede."

banalidade do dia a dia ou de fazer rir por meio dos absurdos que são normalizados e outras modalidades do gênero; tudo isso é abandonado pela piada rápida, superficial e insensível, se essa piada ataca algum grupo vulnerável, mas através disso se obtém as visualizações e curtidas vale o risco. Sales *et al.* (2017) afirmam que:

> O humor, quando carregado de ofensa e crueldade, tende a perpetuar o preconceito e a discriminação contra as minorias, uma vez que reforça, de maneira "descontraída", o preconceito que o grande público já tem sobre os grupos excluídos socialmente. O humorista, no momento do seu espetáculo, é o centro das atenções e **deve ter consciência de que pode influenciar as ideias das pessoas com suas falas (ainda que seu objetivo primeiro seja apenas fazer rir)**. (grifos nossos)

4 O NEGRO E O RISO

No continente americano, o Brasil foi o último país a abolir a escravidão formal. É sabido que, mesmo com a promulgação da Lei Áurea, que extinguiu a escravidão formal, não ocorreu e ainda não aconteceu uma completa harmonia entre brancos e não-brancos. Não sendo suficientes os 400 anos de diáspora negra, após a abolição, os negros continuaram a ser explorados, violentados, perseguidos e criminalizados. Com o fim dos quilombos, surgiu a ascensão das favelas, sendo atualmente compostas majoritariamente por pessoas negras.

Dessa realidade advém o racismo, que é a sistematização do preconceito com base na raça (Almeida, 2019), ou seja, essa necessidade que o branco tem, historicamente, de colocar os não-brancos em situação de desumanização, provocando genocídio, encarceramento, desemprego e desigualdades que afetam profundamente a população negra no Brasil. Silvio de Almeida nos explica que diante do exposto, o racismo se torna estrutural e estruturante das nossas relações, estando entranhado em toda a sociedade, tanto de modo consciente quanto inconsciente.

O termo "Falomaquia", desenvolvido pelo professor Rolf Malungo analisa a relação entre homens brancos e negros em sociedades que tiveram o sistema de apartheid. É possível extrair dessa obra que o homem branco procura formas de extinguir a existência de homens não-brancos por meio da utilização e apologia de estereótipos degradantes, de modo que consigam sempre se manter em posição de superioridade.

Uma das ferramentas utilizadas para a manutenção das hierarquias sociais é a indústria cultural que, para Adorno (1971), atua na formação da consciência dos indivíduos ao reforçar mentalidades e valores compatíveis com a ordem social vigente. Por meio dos meios de comunicação, são difundidos representações e padrões de comportamento que favorecem o conformismo e dificultam a reflexão crítica acerca das estruturas sociais existentes.

Nesse sentido, a indústria cultural pode contribuir para a naturalização de desigualdades e para a perpetuação de visões estereotipadas que sustentam relações assimétricas de poder. O exemplo clássico que ilustra essa situação é o filme estadunidense "The Birth of a Nation (1915)" em que os "negros" foram retratados de forma extremamente estereotipada (geralmente interpretadas por atores brancos com o rosto pintado) e registrou a organização de supremacia branca Ku Klux Klan, de forma heroica.

É nesse ponto que se insere o conceito de racismo recreativo, desenvolvido por Adilson Moreira (2019), que denuncia a forma como piadas, memes e representações cômicas aparentemente inofensivas reforçam estigmas raciais, contribuindo para a marginalização de corpos negros no imaginário coletivo. Para Moreira (2019, p. 53-55), o humor racista se ancora na necessidade de diferenciação e afirmação de superioridade por parte dos grupos dominantes.

Ele se alimenta da construção de uma identidade branca idealizada, enquanto relega a negritude à animalização, hipersexualização ou criminalização. O riso, nesse contexto, não é inocente: ele é o meio pelo qual se reafirma uma ordem simbólica excludente. Trata-se de um mecanismo de distinção social que naturaliza hierarquias raciais e que opera, muitas vezes, sob o disfarce da descontração.

Mais do que mero reflexo da cultura, o humor é um tipo de mensagem carregada de significados que reforçam o status cultural de quem o profere e de quem é ridicularizado (Moreira, 2019, p. 62). Segundo a teoria da superioridade, o riso emerge da comparação entre grupos, permitindo que membros do grupo dominante reafirmem sua posição hierárquica a partir do escárnio dirigido aos "outros". Thomas Hobbes descrevia esse tipo de riso como um sentimento de "glória súbita": ao apontar a fragilidade ou a "feiura" de um grupo, quem faz a piada reafirma, de forma maliciosa, que possui um valor humano maior do que aquele que está sendo ridicularizado. Assim, o

deboche deixa de ser apenas uma “brincadeira” e passa a ser uma estratégia para proteger privilégios e manter as estruturas de poder exatamente como estão.

Assim, o humor racista oferece gratificação psicológica aos brancos ao reafirmar a inferiorização do negro, construindo laços de solidariedade racial entre os dominantes e legitimando seus privilégios (Moreira, 2019, p. 57-59). Essa lógica revela que a exclusão não se dá apenas no plano material, mas também no campo simbólico, tão decisivo quanto no reforço da ordem social.

O humor que ridiculariza corpos negros, portanto, não deve ser lido como mero exagero cômico. Ao contrário, ele participa ativamente da produção e circulação de estereótipos que justificam a exclusão de negros das esferas de poder, do mercado de trabalho qualificado, da representação midiática digna e dos espaços de reconhecimento público. Piadas que associam negros à sujeira, à ignorância ou ao crime funcionam como instrumentos de opressão cultural, afetando o bem-estar psíquico das vítimas e consolidando um imaginário coletivo que desumaniza.

Como nos alerta Moreira (2019, p. 70-72), o dano causado pelo racismo recreativo não depende de intenção ou ofensa individual direta, ele reside no reforço dos sentidos culturais que justificam a opressão sistemática.

Por isso, a compreensão do humor como ferramenta política é fundamental para o enfrentamento das dinâmicas de exclusão racial. Não se trata de proibir o riso ou de cercear a liberdade de expressão, mas sim de desnaturalizar o lugar de conforto que certas piadas ocupam na reprodução das hierarquias sociais.

O racismo recreativo é uma prática social que, ao se apresentar como inocente, torna ainda mais difícil sua problematização pública. Como lembra Moreira (2019, p. 75), ele age como um “disfarce moral” que permite à branquitude expressar sua aversão a corpos racializados e, ao mesmo tempo, manter a aparência de compromisso com a igualdade. Assim, rir do negro, ou da sua dor, é uma forma de reafirmar que ele não pertence, que ele é “o outro”, que ele deve continuar sendo subalternizado.

Complementando a visão de Moreira, Kilomba (2019) destaca que ser colocado como “o outro” significa ser permanentemente empurrado para as margens, fora do que a sociedade define como “norma” ou “humanidade”. Nesse cenário, o humor atua como uma

ferramenta que retira do negro o status de sujeito de sua própria história, transformando-o em um objeto de entretenimento para o prazer alheio. Para a autora, esse riso marca uma fronteira clara: ele define quem tem o poder de narrar e quem é apenas o alvo da narrativa, reforçando que o lugar do negro é o da "Outridade", um espaço de subordinação em que sua subjetividade é ignorada para que a hierarquia social permaneça intacta.

5 QUANDO A PIADA OFENDE?

É necessário compreender, então, que a piada está para além da jocosidade de uma situação incomum, mas que tem um relevante papel na sociedade, com potencial transformador e revolucionário. Através da construção de uma boa piada ou de um bom roteiro de comédia, torna-se possível colocar em debate a situação a qual um povo em um tempo está exposto, como é o caso das Piadas Políticas, com humor sarcástico, satírico ou absurdo. Entretanto, a piada pode ser utilizada como forma de desumanização de grupos vulneráveis.

Quando um grupo toma posse dos principais veículos nos quais a piada tem potencial para gerar mudanças para objetivos perversos, como a inferiorização, nota-se que ela se torna um instrumento desse grupo para a desumanização de outro.

O racismo estrutural funciona como um sistema que torna o preconceito imperceptível para quem o pratica, transformando a ofensa em uma "brincadeira" aceitável que encobre a hostilidade racial. Essa naturalização permite que o sujeito branco mantenha uma autoimagem positiva, acreditando piamente que não possui a intenção de ferir, enquanto reproduz imagens que subalternizam o outro para garantir privilégios materiais e simbólicos do seu próprio grupo. Como o humor racista é visto como algo "recreativo" e inofensivo pela cultura pública, o dano moral e a desumanização das vítimas tornam-se invisíveis aos olhos de quem ri, perpetuando uma hierarquia social sem que o agressor precise se reconhecer como um agente da violência.

Nesse contexto, o autor da piada personifica a "banalidade do mal" ao demonstrar uma incapacidade profunda de pensar a partir da perspectiva alheia, operando através de clichês sociais e frases feitas que impedem a reflexão moral crítica. Hannah Arendt (1999) observa que o mal banal não nasce de uma perversidade diabólica, mas de uma

"irreflexão" que torna o indivíduo um mero executor de normas injustas que ele passou a considerar naturais e rotineiras, ou seja, esse tipo de sujeito não é necessariamente um "monstro" pervertido, mas alguém assustadoramente normal que apenas aceita as regras vigentes e se recusa a questionar o sofrimento que ajuda a causar. Ao se esconder atrás do chamado animus jocandi, a suposta intenção puramente cômica, ele evita o confronto com a realidade do racismo, agindo como uma engrenagem burocrática de um sistema opressor que ele se nega a perceber coletivamente.

5.1 O humor como ato político

Isto posto, não é por acaso que os principais escândalos envolvendo humoristas brasileiros possuem recortes bastante semelhantes, sendo, em sua maioria, protagonizados por homens brancos, heterossexuais e pertencentes a grupos socialmente privilegiados. Exemplos disso podem ser observados nos casos envolvendo Rodrigo Fernandes (Jacaré Banguela) e Júlio Cocielo. No primeiro, o humorista utilizou uma fotografia de Jaden Smith para afirmar que tinha "quase certeza" de que o jovem lhe havia pedido dinheiro enquanto observava seu carro, associando imediatamente um homem negro a uma situação de criminalidade e vulnerabilidade.

De forma semelhante, Cocielo publicou durante a Copa do Mundo de 2018 que Kylian Mbappé "conseguiria fazer uns arrastão top na praia", vinculando a imagem de um atleta negro ao estereótipo do criminoso. Em ambos os casos, o humor é construído a partir da associação entre negritude, pobreza e delito, reforçando estigmas historicamente direcionados à população negra brasileira (Moreira, 2019).

Entretanto, nem todo humor que aborda temas raciais, sociais ou identitários opera da mesma forma. Um exemplo de direção oposta pode ser encontrado na personagem Senhora dos Absurdos, interpretada por Paulo Gustavo. A personagem era apresentada como uma mulher branca, rica, conservadora e extremamente preconceituosa, que fazia questão de reafirmar constantemente sua posição social privilegiada.

Sua aparência era marcada por roupas elegantes e chamativas, frequentemente em tons fortes, maquiagem carregada, acessórios luxuosos e uma postura corporal de superioridade. Além disso, o sorriso exagerado e a dentição propositalmente destacada

contribuíam para a construção de uma figura caricatural e grotesca, sinalizando ao público que aquela personagem não deveria ser tomada como exemplo, mas como alvo de crítica e ridicularização (Gomes, 2017).

O próprio conteúdo de suas falas reforçava essa leitura. A Senhora dos Absurdos fazia comentários racistas, classistas e homofóbicos, demonstrando desprezo por pessoas pobres, negras, indígenas e LGBTQIA+. Contudo, diferentemente dos casos anteriormente mencionados, a graça não estava na humilhação desses grupos, mas na exposição do absurdo das ideias defendidas pela personagem. O público ria da ignorância, da arrogância e da desconexão daquela mulher com a realidade social. Nesse sentido, a personagem operava como uma sátira da elite brasileira, expondo os preconceitos que frequentemente permanecem ocultos sob discursos de respeitabilidade e moralidade (Gomes, 2017).

Essa interpretação torna-se ainda mais evidente quando se observa que Paulo Gustavo, criador e intérprete da personagem, era um homem gay que utilizava sua trajetória artística para defender pautas relacionadas à diversidade e ao respeito às diferenças. Assim, quando a Senhora dos Absurdos atacava pessoas LGBTQIA+, a comicidade surgia justamente da contradição entre o discurso de intolerância histérica da personagem e os valores defendidos por seu intérprete. O preconceito não era legitimado; ao contrário, era levado ao extremo para evidenciar seu caráter irracional e ridículo. O alvo da piada deixava de ser a minoria e passava a ser o próprio preconceituoso, invertendo a lógica tradicional do chamado racismo recreativo e de outras formas de humor discriminatório (Moreira, 2019; Gomes, 2017).

Outra forma poderosa de fazer humor político sem recorrer a estereótipos foi magistralmente demonstrada por Chico Anysio, um dos maiores comunicadores do Brasil, ao longo de sua carreira. Através de personagens que falavam diretamente ao imaginário popular, ele utilizava o deboche para desmascarar as falhas da gestão pública e aproximar o povo do debate político, criando uma sinergia que transformava o riso em um ato de cidadania, como a Salomé de Passo Fundo para tecer críticas contundentes aos governantes, servindo como uma espécie de “censura” que utilizava o telefone para cobrar melhorias reais para a população, como hospitais e saneamento (Viana, 2021).

Essa prática prova que a comicidade pode ter uma função social útil e agir de forma transformadora, especialmente em momentos de inquietação social. Anysio

acreditava que a capacidade crítica era a própria essência da arte humorística, afirmando categoricamente que "tirar do humor o poder de crítica é amputar-lhe os dois braços" (Viana, 2021, p. 140). Com esse posicionamento, ele mostrou que o humor humaniza a realidade ao apontar o ridículo do opressor, servindo como um instrumento de emancipação e não de subordinação.

O contraste entre a sátira da Senhora dos Absurdos e o racismo recreativo de figuras como Fernandes e Cocielo evidencia que o riso nunca é neutro; ele é o resultado de uma decisão deliberada sobre qual perspectiva de mundo será legitimada. Enquanto uns escolhem o caminho fácil de reafirmar preconceitos, o humor em sua melhor forma segue o compromisso ético de Chico Anysio, que compreendia que o "humorista não tem o menor poder para resolver qualquer problema do país, mas tem o dever de denunciar qualquer mazela, todos os erros" e que por isso "tirar do humor o poder de crítica é amputar-lhe os dois braços" (Viana, 2021, p. 140). Assim, a distinção fundamental não reside no tema sensível em si, mas no ato político de escolher quem será o alvo, garantindo que o humor cumpra sua possibilidade de ser um instrumento de vigilância e não de opressão.

6 "NÃO É HUMOR; É ESCÁRNIO": O CASO JÚLIO COCIELO

Conforme o recorte metodológico delineado na introdução, a análise deste caso desenvolve-se a partir dos registros públicos produzidos em torno do episódio, buscando compreender, de forma integrada, como foram construídas as repercussões sociais e os desdobramentos jurídicos relacionados às manifestações atribuídas a Júlio Cocielo.

Júlio César Pinto Cocielo, conhecido como Júlio Cocielo, é um youtuber e influenciador digital que atualmente acumula mais de 20 milhões de seguidores nas redes sociais, sendo também considerado um comediante. Ele se tornou réu em acusações de racismo oferecidas pelo Ministério Público de São Paulo por postagens realizadas nas redes sociais entre 2011 e 2018 (Stochero; Santiago, 2020).

Em junho de 2018, ele publicou que o jogador de futebol Kylian Mbappé "conseguiria fazer arrastões top na praia". Em outra ocasião, afirmou que "o Brasil seria mais lindo se não houvesse frescura com piadas racistas". Mas já que é proibido, a única

solução é exterminar os negros". Cinco anos antes, também postou na mesma rede social: "Gritei VAI MACACA pela janela e a vizinha negra bateu no portão de casa para me dar bronca", além de "Nada contra os negros, tirando a melanina...".

Como resultado dessas postagens, o humorista perdeu cerca de 10 mil seguidores na época, além de campanhas com marcas das quais tinha contrato, como Itaú Unibanco, Submarino e Coca-Cola, que já haviam trabalhado com ele e informaram não ter interesse numa renovação contratual (Cavallini, 2018). Posteriormente, após receber muitas críticas pelas postagens, Júlio pediu desculpas pelos comentários, reconhecendo que acabou espelhando ódio e admitindo sua imaturidade e irresponsabilidade na época. Ele afirmou: "Aceito todas as consequências. Porque eu fui imaturo. Eu fui irresponsável. Eu era completamente diferente da pessoa que sou hoje".

A promotora Cristiana Steiner, responsável por apresentar o processo, informou que os comentários realizados pelo youtuber em uma plataforma de largo alcance reforçaram estereótipos contra a população negra, contribuindo eficazmente para a incitação e proliferação do racismo e suas consequências psíquicas, sociais, culturais, econômicas e políticas.

Inicialmente, o processo foi apresentado pelo MPSP, mas em 2022 passou a ser responsabilidade do Ministério Público Federal (MPF), após a definição de que a Justiça Federal seria competente para apreciar o caso. Foram identificadas nove vezes em que Júlio Cocielo praticou preconceito racial em suas publicações na rede social. O MPF pediu a condenação do humorista (Assad, 2024) e, em suas alegações finais, afirmou: "O réu, sem qualquer sutileza, reforça estereótipos da população negra - miseráveis, bandidos e macacos - não havendo abertura, em seu discurso, que permita entrever alguma forma de sátira (...) *Não é humor; é escárnio*"[3].

A defesa de Júlio aduziu que o próprio é negro e por esta razão "seria impossível que as falas do réu se enquadrassem como racismo, enquanto não há como se considerar hierarquicamente superior a um grupo a qual se pertence". Adicionaram que as publicações tinham um contexto de "produção artística e humorística", desse modo, sob a proteção dada pela constituição de 1988 da liberdade de expressão.

[3] A expressão assinalada corresponde ao título deste artigo e foi extraída de uma das matérias que compõem o corpus da pesquisa.

Após o caso ser remanejado para o MPF a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi pela absolvição do Júlio, pois foi entendido se tratar de postagens com "alto teor irônico" e seu "contexto humorístico".

O juiz desse caso acolheu os argumentos da defesa e não considerou que as publicações tinham um caráter racista, ou seja, não foi encontrado a figura típica do crime de incitação ao racismo, ainda que as frases tenham, nas palavras do magistrado, um "gosto discutível". Decidiu ainda que: "Não há nada nos autos que denote que o acusado, cuja família é afrodescendente tenha tido a intenção de fazer piada com o intuito deliberado de atingir a comunidade negra (da qual faz parte, inclusive), a fim de incitar comportamentos racistas" (Serpa, 2024).

6.1 A velha história do "racista, eu?" e os fundamentos invocados para afastar a responsabilização

No Brasil, especialmente com o crescimento das redes sociais, tornou-se comum a reação defensiva de indivíduos flagrados em atos racistas: "Racista? Eu?". Essa tentativa de isenção pessoal se sustenta em discursos vazios como "tenho amigos negros" ou "meu avô era negro". Com o tempo, essas justificativas perderam força diante do trabalho de intelectuais como Djamila Ribeiro, Emicida e Silvio Almeida, que trouxeram à tona o entendimento do racismo como uma estrutura presente nas relações sociais brasileiras.

Ribeiro (2019) afirma que é impossível crescer numa sociedade estruturalmente racista sem absorver aspectos desse sistema, o que exige de todos uma postura ativa e permanente de desconstrução. O racismo, então, não se manifesta apenas por ofensas explícitas, mas também em ausências e exclusões, como a falta de pessoas negras na publicidade, em espaços de lazer e no mercado de trabalho.

Compreender essa estrutura é essencial para entender por que ações afirmativas, como as cotas raciais, surgiram. A população negra no Brasil enfrentou, e ainda enfrenta, uma marginalização histórica sustentada por discursos de inferiorização (Moreira, 2019). Essa exclusão legitimou a necessidade de políticas reparatórias.

6.1.1 O argumento da afroconveniência

O fenômeno da afroconveniência, também denominado afro-oportunismo, representa uma atualização das estratégias de preservação do monopólio branco no Brasil. Trata-se da apropriação de uma "negritude de ocasião" por indivíduos socialmente brancos que, embora nunca tenham se identificado como negros ou partilhado das vulnerabilidades desse grupo, passam a reivindicar essa identidade apenas quando ela oferece acesso a direitos, como as cotas, ou serve como escudo moral contra acusações de racismo.

Esse comportamento é um sintoma do que Cida Bento chama de "pacto narcísico da branquitude": um acordo tácito e não verbalizado de cumplicidade entre pessoas brancas para manter seus privilégios e proteger sua hegemonia social. Ao se declarar negro para escapar de punições ou obter vantagens, o sujeito branco tenta "higienizar" sua imagem, sequestrando a identidade do "outro" para silenciar críticas e manter-se em uma posição de poder, sem jamais abrir mão do "salário psicológico" e material que sua branquitude lhe confere cotidianamente.

Para desmascarar essa prática, é essencial recorrer ao conceito de "preconceito de marca", formulado por Oracy Nogueira, que explica que, no contexto brasileiro, o racismo opera com base no fenótipo e na aparência, e não apenas na ascendência. Diferente do "preconceito de origem" (comum nos EUA), em que uma "gota de sangue" negro define o indivíduo, no Brasil o estigma recai sobre a imagem: a cor da pele, os traços faciais e a textura do cabelo são os marcadores que determinam quem será alvo de abordagens policiais ou preterido em vagas de emprego.

Portanto, a tentativa de pessoas brancas de invocar uma ancestralidade remota para justificar sua "negritude" ignora que, na realidade das ruas, sua ascendência branca as protege do racismo, enquanto a ascendência negra de uma pessoa de fenótipo retinto não a impede de sofrer violência. Uma ação afirmativa que se pretenda para todos, independentemente da marca racial, acaba perdendo seu propósito de reparação histórica e não atinge o objetivo de ampliar a presença negra real nos espaços de poder.

Lívia Sant'Anna Vaz reforça que as cotas não são medidas de combate à pobreza, mas instrumentos de justiça racial voltados a mitigar o poder devastador do racismo estrutural contra corpos negros. A alteração oportunista da autodeclaração por figuras públicas,

especialmente após episódios de conduta racista, configura um verdadeiro desvio de finalidade e um "simulacro" de política pública. Como a autodeclaração não goza de presunção absoluta de veracidade para fins de acesso a direitos concorridos, ela deve ser obrigatoriamente confrontada com a percepção social e validada por comissões de heteroidentificação.

Sem esses mecanismos de controle, o racista que se "torna" negro por conveniência não apenas se safa de suas responsabilidades morais, mas também perpetua o epistemicídio e a expropriação dos espaços conquistados a duras penas pelo movimento negro, transformando a luta por liberdade em uma ferramenta de manutenção da própria desigualdade que ela visava destruir.

Nesse contexto, o caso em apreço ilustra um uso estratégico da identidade racial que se alinha ao conceito de afroconveniência. Ao publicar comentários que reproduzem estereótipos violentos e desumanizadoras contra a população negra, Cocielo não se posicionava como alguém que se reconhecesse dentro desse grupo social, mas como quem, de fora, observa e reitera a lógica do preconceito.

No entanto, ao ser questionado judicialmente por tais falas, recorreu à autodeclaração de negritude como forma de eximir-se da acusação de racismo, utilizando, portanto, a identidade negra de forma pontual e conveniente. Essa prática revela não apenas uma tentativa de usurpar o lugar político da negritude, mas também um gesto de instrumentalização identitária: ser negro para escapar da responsabilização, mas não para compartilhar das dores, lutas e estigmas do grupo, bem como o enfretamento através da luta diária, como esclarece Ribeiro (2022) não basta não ser racista, pois na nossa sociedade que tem sua estrutura baseada nesse sistema de diferenciação é preciso ser antirracista.

A contradição se torna ainda mais evidente quando observamos o argumento acolhido pela decisão judicial, segundo o qual seria impossível que Cocielo tivesse cometido racismo, uma vez que, sendo negro, não poderia se colocar em posição de superioridade sobre o grupo a que pertence. Entretanto, é justamente essa dissociação entre discurso e pertencimento que revela a incoerência.

O gesto racista e a posterior invocação de uma negritude conveniente demonstram que o pertencimento não era vivido nem reconhecido no momento do ato doloso, só emergiu como estratégia de defesa. Assim, a afroconveniência se apresenta como um

fenômeno que não apenas reitera desigualdades, mas também busca esvaziar a força política das identidades racializadas, transformando-as em escudo para práticas discriminatórias e perpetuando, em nova roupagem, a exclusão que as ações afirmativas buscam combater.

6.1.2 O recurso ao *animus jocandi*

O *animus jocandi* é juridicamente compreendido como a intenção puramente recreativa ou jocosa do agente, voltada à produção do riso, sem propósito de humilhar, ofender ou incitar a discriminação e o ódio (Ferreira Júnior; Pinto, 2024). No âmbito dos crimes contra a honra, esse conceito costuma ser invocado para afastar a configuração do *animus injuriandi*, entendido como a vontade de ofender ou denegrir a honra alheia (Figueiredo; Cruz, 2020).

Nessa perspectiva, parte da doutrina penal sustenta que, inexistindo uma vontade tendenciosa voltada especificamente à ofensa, à conduta torna-se atípica, uma vez que "inexiste crime contra a incolumidade moral alheia quando (...) não tem o agente propriamente o propósito de denegrir" (Zanchet, 2024). Em consequência, o humor passa a ser compreendido como um espaço protegido pela liberdade de expressão e pela liberdade artística, cabendo ao magistrado a difícil tarefa de distinguir o exercício regular desses direitos da prática de um ato ilícito.

No caso envolvendo o influenciador Júlio Cocielo, essa construção argumentativa assumiu papel central na estratégia defensiva. A defesa sustentou que as publicações analisadas estavam inseridas em um contexto de produção artística e humorística, sem intenção deliberada de ofender a população negra. Ao julgar o caso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região acolheu essa fundamentação, entendendo que as mensagens possuíam "alto teor irônico" e estavam inseridas em um "contexto humorístico", circunstâncias que afastariam o dolo específico necessário à responsabilização penal. A decisão evidencia como o *animus jocandi* tem sido utilizado para descaracterizar a intenção discriminatória, privilegiando a finalidade declarada da manifestação em detrimento dos efeitos concretos produzidos pelo discurso.

Essa compreensão, contudo, é objeto de críticas por parte da doutrina contemporânea. Para Moreira (2019), o *animus jocandi* frequentemente funciona como um verdadeiro "disfarce moral" do racismo recreativo, definido como um projeto de dominação que reproduz relações assimétricas de poder por meio do humor, utilizando o riso simultaneamente como expressão e mecanismo de ocultação da hostilidade racial.

Sob essa perspectiva, quando o Poder Judiciário privilegia a intenção subjetiva do autor em detrimento do impacto social da conduta, acaba por legitimar uma "pedagogia da subordinação", segundo a qual grupos racializados não recebem o mesmo grau de respeitabilidade social destinado ao grupo dominante (Moreira, 2019). Essa lógica contribui para naturalizar a desumanização de corpos negros, perpetuar estigmas de criminalidade e inferioridade e reforçar o racismo estrutural, ao reduzir manifestações discriminatórias à condição de simples brincadeiras (Moreira; Cavalcante 2022), permitindo, ainda, que o agressor preserve uma autoimagem socialmente positiva enquanto reproduz práticas de exclusão.

Esse cenário sofreu significativa alteração com a promulgação da Lei nº 14.532/2023, que rompe com a compreensão segundo a qual o contexto humorístico poderia atenuar ou afastar a responsabilização penal. Em sentido oposto, a nova legislação passou a prever aumento de pena para o crime de racismo praticado em atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público (Brasil, 2023), sinalizando que o caráter recreativo da conduta não constitui um salvo-conduto para manifestações discriminatórias.

A mudança legislativa acompanha a compreensão de que "o humor não é algo ingênuo ou neutro, pois revela o pensamento moldado pela cultura e pelos interesses dominantes" (Silva, 2016), além de orientar que o magistrado considere discriminatória toda conduta que imponha constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida a pessoas ou grupos minoritários (Brasil, 2023). Nessa direção, Zanchet (2024) sustenta que a intenção do autor deve ser aferida por elementos objetivos do próprio ato, superando a pretensão de legitimar discursos discriminatórios com base em uma suposta intenção cômica impossível de ser comprovada de forma absoluta.

7 “PERTURBADOR”: O CASO LÉO LINS

Em continuidade ao percurso analítico proposto, este tópico examina o caso Léo Lins a partir do mesmo conjunto de critérios metodológicos, utilizando os registros públicos do episódio para compreender como se estruturaram seus desdobramentos sociais e jurídicos e em que medida eles diferem daqueles observados no caso anterior.

Leonardo de Lima Borges Lins, popularmente conhecido como Leo Lins, tornou-se símbolo de um tipo de discurso que, sob o pretexto da comédia, aposta na dor do outro como recurso de entretenimento. Seu caso escancara o que há de mais grave no chamado “humor sem limites”: a sistemática desumanização de grupos vulneráveis convertida em aplauso.

A figura de Léo Lins circula como um exemplo emblemático dos tensionamentos jurídicos, morais e sociais que envolvem o uso do humor como ferramenta de ataque simbólico. Suas apresentações, em especial o especial intitulado Perturbador, chegaram ao Judiciário não por desagrado estético, mas por denúncias formais de discurso discriminatório, violações de direitos de imagem, ofensas à dignidade da pessoa com deficiência, e inclusive possível incitação ao ódio.

Em 2021, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação de Lins por danos morais, após o uso indevido da imagem de uma mulher transexual em um vídeo promocional. A comparação jocosa entre a mudança de nome da cidade de Jacareí e a identidade da vítima, acompanhada de sua fotografia, foi considerada ofensiva à sua dignidade e autoestima.

O voto do relator foi incisivo ao afirmar que “o limite do humor é o bom senso” e que, ao ultrapassá-lo, o artista deve arcar com as consequências jurídicas. Ainda que o valor da indenização não tenha sido elevado (R$ 15 mil), o precedente indicou um caminho claro: há, sim, limites legais para o humor quando ele se fundamenta na ridicularização da identidade alheia (TJ/SP [...], 2021).

No ano seguinte, uma nova polêmica veio à tona: dessa vez, a vítima das piadas foi uma criança com hidrocefalia, moradora do interior do Ceará. O caso teve enorme repercussão e motivou uma representação formal da OAB/CE ao Ministério Público. O trecho da fala de Lins, amplamente divulgado nas redes sociais, ironizava a condição neurológica da criança ao afirmar que “o único lugar da cidade em que tem água é a

cabeça dele". A reação da sociedade civil organizada foi imediata, denunciando o teor discriminatório e exigindo providências legais. A demissão do artista da emissora STB, embora sem confirmação oficial da motivação, ocorreu dias depois (OAB/CE [...], 2022).

A OAB foi firme em seu posicionamento: "Na busca por momentos de destaque e aplausos, o ser humano pode ser frio e maldoso." A crítica vai além da responsabilização individual e toca na raiz do problema: a transformação do sofrimento humano em capital simbólico e monetário dentro da lógica do espetáculo.

Em 2023, a judicialização do caso Léo Lins atinge seu ponto de inflexão com a decisão que determinou a retirada do especial de comédia "Perturbador" do YouTube. O motivo? Piadas sistematicamente voltadas a minorias vulneráveis, pessoas com deficiência, anões, cadeirantes, surdos, pessoas trans, entre outros, que, segundo o Ministério Público, extrapolavam o campo da arte e entravam na seara da incitação ao ódio e da violação de direitos fundamentais (Justiça [...], 2023).

A juíza Gina Fonseca Corrêa, ao atender ao pedido do MP/SP, impôs restrições severas: proibição de publicar conteúdos depreciativos, de deixar a Comarca de São Paulo sem autorização judicial, além de multas diárias em caso de descumprimento. A decisão indicava uma preocupação concreta com os impactos sociais e simbólicos das falas proferidas, reconhecendo que a liberdade artística não pode funcionar como escudo para agressões sistemáticas. O risco, segundo o Judiciário, era normalizar a exclusão, anestesiar a sensibilidade coletiva e acionar, pela via do riso, dispositivos sutis (mas potentes) de violência simbólica.

As piadas citadas nos autos são exemplos estarrecedores do desprezo pelo sofrimento alheio. Entre as falas, destacam-se:

> Eu contratei intérprete de libras só pra ofender surdo-mudo/Graças ao detector de metal, a gente impediu a entrada de 2 cadeirantes/Se tiver algum anão aqui, no final do show a gente estoura. Pelo menos vai ser pequenas causas.

Trata-se, como pontuou a juíza, de uma atuação que não apenas ofende, mas desumaniza, transformando a dor em fetiche humorístico.

Mas o caso ganha novos contornos quando o humorista e sua defesa judicializam a própria decisão, levando a questão ao Supremo Tribunal Federal. O Ministro André

Mendonça, ao analisar o caso, entendeu que a decisão impunha censura prévia, violando princípios constitucionais como a liberdade de criação artística, a liberdade de expressão e o livre exercício profissional. Para o ministro, mesmo reconhecendo que o humor pode ultrapassar fronteiras do aceitável, isso não autoriza o Estado a proibir, de forma genérica, qualquer fala com potencial de ofensa (Mendonça [...], 2023).

Esse dilema expõe os desafios do Direito frente às novas formas de comunicação. De um lado, a necessidade de preservar os valores constitucionais que garantem o pluralismo artístico. De outro, o compromisso inegociável com os direitos humanos e a dignidade das pessoas, especialmente daquelas que historicamente foram silenciadas, ridicularizadas ou invisibilizadas.

A judicialização do caso Léo Lins não se limitou ao campo cível ou ao controle de conteúdo nas plataformas. Em setembro de 2023, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia criminal contra o humorista por supostos crimes de racismo e discriminação, a partir de piadas envolvendo pessoas com deficiência, especialmente crianças. A denúncia foi acolhida pelo juízo do Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas, conhecido como SANCTVS e, com isso, teve início o processo criminal.

Mas o caso encontrou novo entrave: a discussão sobre a competência jurisdicional. A defesa alegou que, por se tratar de conteúdos disseminados via YouTube e visualizados em ao menos 17 países, a competência seria da Justiça Federal. Com base em jurisprudência do STJ que reconhece a jurisdição federal em casos de crimes de ódio cometidos via plataformas digitais, um pedido de suspensão do processo foi aceito no TJ/SP. Isso adiou a audiência de instrução e colocou em espera a análise do mérito da denúncia (Guimarães, 2024).

A defesa também lançou mão de um argumento central à lógica da comédia contemporânea: o animus jocandi, a intenção de fazer rir, inerente ao discurso humorístico. O próprio Ministro André Mendonça, ao suspender a decisão que havia imposto restrições à atuação de Léo Lins, mencionou esse conceito. Segundo ele, o ambiente de um show de stand-up pressupõe “a galhofa, a crítica mordaz, o deboche e a ausência de compromisso com o politicamente correto”, de modo que é preciso distinguir piada de crime, intenção cômica de dolo ofensivo.

A ideia de que o humor possui uma "natureza benigna" é insuficiente para afastar a responsabilidade penal, pois ignora que o racismo recreativo funciona como uma política cultural de desumanização. Ao contrário do que muitas decisões judiciais sugerem, a análise jurídica não deve se limitar ao conteúdo isolado da fala, mas adotar a perspectiva do oprimido, considerando como o discurso de ódio afeta a reputação e a integridade psíquica de todo um grupo racial. Como destaca Moreira (2019), o racismo recreativo é uma manifestação de discurso de ódio que visa arruinar a reputação social de minorias para manter a hegemonia branca, de modo que o "direito de fazer rir" não pode se sobrepor ao interesse público de proteger a igualdade moral e a dignidade coletiva em uma democracia.

Ao mesmo tempo, a atuação do Supremo indica um equilíbrio delicado: suspende medidas consideradas desproporcionais, mas não anula o direito do Estado de investigar. Como frisou o ministro Mendonça, a decisão que suspendeu as restrições impostas a Léo Lins não afasta a possibilidade de responsabilização penal, apenas assegura que ela ocorra sob o devido processo legal e sem censura prévia.

Ao longo de sua trajetória, Léo Lins construiu uma persona pública que se alimenta da polêmica. Seu humor, autodeclarado "perturbador", visa exatamente provocar reações extremas. No entanto, a provocação se torna problema quando não tensiona estruturas opressoras, mas sim as reafirma. Fazer piada com crianças com deficiência, com pessoas trans, com cadeirantes, com anões ou negros, tudo isso pode até arrancar risadas de uma plateia já insensibilizada, mas também reforça estigmas, isola ainda mais os corpos dissidentes e fere subjetividades.

A recente condenação de Léo Lins a mais de oito anos de prisão em regime fechado, com fixação de indenização por danos morais coletivos no valor de R$303.600,00, marca um capítulo decisivo no enfrentamento jurídico ao que se convencionou chamar de "humor tóxico". Proferida pela Justiça Federal de São Paulo, a sentença reconhece que as falas do humorista ultrapassaram o campo da liberdade artística e passaram a operar como mecanismo sistemático de humilhação e desumanização de grupos vulnerabilizados.

Com piadas voltadas a pessoas negras, indígenas, PCDs, LGBTQIA+, nordestinas, entre outras, o espetáculo Perturbador, transmitido a milhões de pessoas, foi compreendido como instrumento de reforço a estigmas sociais, e não como crítica social

legítima. Trata-se de uma resposta institucional clara: quando o riso é construído à custa da dignidade alheia, ele não diverte, ele violenta.

A decisão judicial evidencia que o contexto de humor, longe de justificar as falas, agrava a conduta, configurando o chamado "racismo recreativo", termo introduzido pela Lei nº 14.532/2023 como causa de aumento de pena. A magistrada sustentou que o vídeo foi amplamente difundido fora do ambiente teatral, alcançando milhões de pessoas e produzindo impactos reais sobre a dignidade das vítimas coletivas atingidas. Ao abordar a tentativa de isenção do réu sob o pretexto do "animus jocandi", a juíza foi categórica ao afirmar que o humor, embora legítimo como linguagem artística, não é um salvo-conduto para a prática de crimes. E conclui com firmeza:

> A sociedade chegou em um ponto de evolução de direitos em que não se pode admitir retrocessos como a prática de crimes sob pretexto de humor. As falas do réu em seu show, transcritas no tópico anterior, manifestam ideias preconceituosas e discriminatórias que não podem ser toleradas ou normalizadas sob o escudo de 'humor'.

E ainda fundamentou sua decisão tendo como base outro entendimento dos Tribunais Nacionais, como o Acórdão n. 1615042 do TJDFT:

> O lugar do humor não é terra sem lei. Quando são rompidos os parâmetros de civilidade, que diferenciam a sociedade civilizada de uma alcateia, cabe ao Poder Judiciário, por natureza uma conquista e uma garantia contínua do processo civilizacional, impedir que o homem seja o lobo do próprio homem (Lupus est homo homini lupus).

Os casos aqui explicitados evidenciam de forma contundente que a liberdade de expressão, embora essencial em qualquer sociedade democrática, não pode ser invocada para justificar a propagação de discursos que desumanizam, ridicularizam e reforçam estruturas de opressão. O humor, quando exercido com responsabilidade, é uma ferramenta potente de crítica e transformação social. No entanto, quando mobilizado como escudo para violências simbólicas e práticas discriminatórias, torna-se um instrumento de manutenção das desigualdades.

A responsabilização penal do comediante não representa censura, mas sim o reconhecimento de que, em uma sociedade plural, o riso também deve se submeter aos

princípios da dignidade humana e da igualdade. Conforme compreendeu em decisão o Supremo Tribunal Federal: “não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis” (ADI 2566 MC / DF – Rel. Min. Sydney Sanches).

8 RESULTADOS DA ANÁLISE COMPARATIVA

O estudo comparativo dos casos de Júlio Cocielo e Léo Lins evidencia que, embora ambos tenham recorrido ao humor como fundamento para justificar manifestações potencialmente discriminatórias, os episódios apresentam diferenças significativas quanto à trajetória das condutas, à resposta social e ao tratamento conferido pelo Poder Judiciário. Essas distinções permitem compreender não apenas a evolução da jurisprudência brasileira, mas também a transformação da percepção social acerca dos limites da liberdade de expressão quando utilizada para atingir grupos historicamente vulnerabilizados (Bardin, 2011).

A primeira diferença diz respeito à própria dinâmica dos fatos investigados. No caso de Júlio Cocielo, a controvérsia judicial concentrou-se em um conjunto relativamente delimitado de publicações realizadas em redes sociais durante determinado período, todas voltadas, predominantemente, à população negra.

Já no caso de Léo Lins, verifica-se um padrão mais amplo e reiterado de manifestações ofensivas, dirigidas a diferentes grupos vulneráveis, entre eles pessoas negras, indígenas, pessoas com deficiência, nordestinos, mulheres, pessoas LGBTQIA+ e crianças com doenças graves. Enquanto a atuação de Cocielo foi apreciada a partir de um conjunto específico de publicações, a trajetória de Léo Lins revelou uma continuidade de episódios semelhantes, circunstância que contribuiu para uma percepção de reiteração das condutas ao longo do tempo.

Também são distintas as respostas produzidas no plano social. Ambos sofreram repercussões negativas que ultrapassaram o campo jurídico, mas em intensidades e formatos diferentes. Júlio Cocielo foi alvo de um expressivo processo de cancelamento comercial, perdendo contratos publicitários com grandes empresas que buscaram desvincular suas marcas da repercussão negativa provocada pelo caso.

Léo Lins, por sua vez, embora não tenha experimentado a mesma quantidade de rompimentos comerciais, sofreu um impacto institucional particularmente relevante ao ser desligado de uma emissora de televisão de alcance nacional. Em ambos os casos, observa-se que a reação social antecedeu ou ocorreu paralelamente à atuação estatal, demonstrando que mercado, mídia e opinião pública passaram a desempenhar papel importante na responsabilização de agentes envolvidos em episódios dessa natureza.

À luz da hermenêutica proposta por Moreira (2019), a comparação entre os casos de Júlio Cocielo e Léo Lins evidencia uma importante transformação na forma como o Poder Judiciário tem interpretado manifestações humorísticas de conteúdo discriminatório. Se, no primeiro caso, o *animus jocandi* foi acolhido como fundamento apto a afastar o dolo e a responsabilização penal, no segundo esse mesmo argumento deixou de prevalecer, deslocando a análise para os efeitos concretos produzidos pelas falas e para a violação da dignidade dos grupos atingidos.

Essa mudança revela um afastamento gradual da leitura centrada exclusivamente na intenção subjetiva do agente, aproximando-se da perspectiva defendida por Moreira (2019), segundo a qual o Direito deve considerar as estruturas sociais que sustentam o racismo recreativo e não apenas as justificativas apresentadas pelo autor da conduta.

Sob essa mesma perspectiva, a estratégia da denominada afroconveniência, mobilizada no caso Cocielo como argumento defensivo, pode ser compreendida em diálogo com o pacto narcísico da branquitude descrito por Bento (2022), na medida em que evidencia mecanismos de preservação de privilégios e de neutralização da responsabilização por práticas discriminatórias. Assim, mais do que representar decisões isoladas, os dois casos revelam uma disputa hermenêutica em torno dos limites da liberdade de expressão, indicando um movimento de transição entre um paradigma mais tolerante às justificativas baseadas no humor e outro progressivamente orientado pelos impactos sociais do discurso discriminatório.

Apesar dessas diferenças, os dois casos compartilham um elemento comum: ambos evidenciam a crescente dificuldade de sustentar que o contexto humorístico, por si só, seja suficiente para afastar a responsabilização por manifestações discriminatórias. Ainda que os desfechos judiciais tenham sido distintos, as controvérsias analisadas revelam uma

mudança progressiva na forma como a sociedade brasileira e suas instituições passaram a compreender os impactos produzidos pelo chamado humor ofensivo.

Se, no caso Cocielo, ainda prevalecia uma leitura mais tolerante em relação ao argumento da intenção de fazer rir, o caso Léo Lins demonstra um cenário em que os efeitos concretos das manifestações passam a assumir maior relevância na definição dos limites jurídicos da liberdade de expressão.

9 RACISMO RECREATIVO É INJÚRIA RACIAL

Segundo Adilson Moreira (2019), o racismo recreativo configura-se como uma sofisticada política cultural que opera na manutenção das assimetrias raciais, naturalizando a degradação de pessoas negras sob a forma do humor. Trata-se de uma prática que não apenas reforça estigmas, mas sustenta a exclusão simbólica das populações negras da esfera da respeitabilidade pública, um bem ainda fortemente racializado. Nesse processo, indivíduos negros são convertidos em caricaturas, desumanizados e destituídos de agência social, transformando sua dor em objeto de riso.

A jurisprudência brasileira vem gradativamente reconhecendo os efeitos perversos dessa prática. Em 2021, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 154.248/DF, consolidou o entendimento de que a injúria racial integra o gênero racismo, tornando-se, por isso, imprescritível e inafiançável, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. Esse posicionamento do STF representou não apenas um avanço hermenêutico, mas também uma correção histórica diante da frequente impunidade de práticas racistas disfarçadas de expressão individual.

Na esteira dessa decisão, entrou em vigor, no dia 11 de janeiro de 2023, a Lei nº 14.532, que trouxe alterações importantes na legislação penal brasileira. A principal inovação foi a equiparação formal entre injúria racial e racismo, com sua consequente inserção em um regime jurídico mais rigoroso. A pena anteriormente prevista (reclusão de um a três anos) foi elevada para dois a cinco anos, com possibilidade de agravamento de um terço até a metade se a conduta ocorrer em contextos de descontração, diversão ou recreação, justamente os ambientes mais associados ao racismo recreativo.

O Senado Nacional, por meio da Agência Senado (2023), destacou as agravantes específicas para os casos em que a conduta se dá em espaços públicos de grande circulação, como eventos esportivos, religiosos, artísticos ou culturais. Nessas hipóteses, a pena poderá ser acrescida da proibição de o agressor frequentar, por até três anos, os locais em que se deu a conduta discriminatória. Eles adicionam ainda que:

> se a conduta ocorrer "no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público", será determinada pena de reclusão de dois a cinco anos e proibição de o autor frequentar, por três anos, locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso." (AGÊNCIA SENADO, 2023)

Com isso, o racismo recreativo, anteriormente tratado apenas como categoria analítica nas ciências sociais e jurídicas, ganha contornos normativos claros. Sua punição, agora tipificada de forma objetiva, marca uma mudança de paradigma na forma como o ordenamento jurídico enxerga manifestações racistas que se escondem sob o manto da "brincadeira" ou do "humor". A mensagem da nova legislação é inequívoca: piadas racistas não são inofensivas, são atos de violência simbólica que ferem a dignidade humana e merecem reprovação penal.

No entanto, como alerta a doutrina crítica, é preciso cautela para que o avanço normativo não se transforme em fetiche punitivo. A responsabilização penal deve ser acompanhada de formação adequada de operadores do direito, políticas públicas de enfrentamento ao racismo e processos educativos que promovam a transformação cultural necessária para a construção de uma sociedade racialmente justa. Como indicam Viana e Ribeiro (2023), o desafio não está apenas em legislar, mas em aplicar a lei a partir de uma hermenêutica antirracista, capaz de romper com a tradição de invisibilização das violências sofridas por pessoas negras.

Por fim, é importante observar que, no campo do Direito Penal, vigora o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Assim, as alterações promovidas pela Lei nº 14.532/2023 não podem ser aplicadas retroativamente a fatos ocorridos antes de sua vigência, como é o caso do influenciador digital Julio Cocielo, cujos comentários racistas repercutiram antes da promulgação da nova legislação. Aplicar retroativamente as novas sanções configura "novatio legis in pejus", vedada pela Constituição Federal.

10 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou compreender como a sociedade reage, nos âmbitos formal e informal, diante de espetáculos humorísticos que se valem de conteúdos racialmente ofensivos sob o manto da comicidade. A partir da análise de casos concretos, como os envolvendo Léo Lins e Júlio Cocielo, foi possível constatar que o humor, quando instrumentalizado para a perpetuação de estigmas e desigualdades, deixa de ser uma ferramenta crítica e libertadora para se converter em mecanismo de violência simbólica. Ainda que o riso, enquanto fenômeno social e fisiológico, guarde um potencial de coesão e denúncia, ele também pode operar como catalisador da exclusão, especialmente quando dirigido à desumanização de corpos racializados e/ou historicamente vulnerabilizados.

Nesse contexto, o estudo do conceito de "racismo recreativo", conforme desenvolvido por Adilson Moreira, revela-se essencial. O humor que explora estereótipos raciais sob a justificativa de entretenimento é, na verdade, uma sofisticada prática de manutenção das estruturas de poder. Quando naturalizado, esse tipo de humor não apenas reforça a posição subordinada de determinados grupos, como também anestesia a empatia coletiva. A banalização do sofrimento alheio, disfarçada de piada, revela o quanto ainda estamos distantes de um modelo de sociedade que compreenda a dignidade humana como limite inegociável para qualquer manifestação artística ou comunicacional. Por isso, é urgente avançar para uma ética do riso que seja sensível às vulnerabilidades sociais e comprometida com os valores de igualdade e respeito.

As decisões judiciais analisadas neste trabalho evidenciam que o Direito brasileiro tem buscado, ainda que com limitações e tensionamentos, responder a essas práticas. O reconhecimento da injúria racial como forma de racismo, a responsabilização penal de comediantes e a interpretação constitucional da liberdade de expressão como um direito sujeito a limites ético-sociais são passos importantes rumo à afirmação de um ordenamento jurídico antirracista. Contudo, é preciso reconhecer que a eficácia dessas medidas depende também de uma transformação cultural mais ampla, que ultrapasse a simples punição e se articule com a educação, a memória histórica e a valorização das subjetividades negras.

A consolidação jurisprudencial iniciada com o julgamento do HC nº 82.424/RS, o caso Ellwanger, reforça a tese de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, portanto, encontra barreiras éticas e jurídicas quando colide com valores estruturantes da Constituição, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade racial. O Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar o argumento da liberdade de expressão para legitimar manifestações de cunho racista, estabeleceu uma baliza fundamental para o enfrentamento do discurso de ódio no Brasil. Esse marco permanece atual e eficaz, como demonstram os julgados mais recentes que resgatam os critérios de proporcionalidade e os limites imanentes à liberdade de expressão, reafirmando que esta deve ser exercida em sintonia com a Constituição e os direitos fundamentais (Pinho, 2023).

Ao refletir sobre o uso de piadas que ridicularizam identidades raciais sob o pretexto de entretenimento, percebe-se que a jurisprudência brasileira vem sedimentando um compromisso, ainda que em construção, com a contenção dos discursos de ódio, mesmo quando travestidos de humor. A partir do precedente Ellwanger, ganha força a compreensão de que manifestações cômicas não estão imunes ao controle jurídico quando violam direitos fundamentais. Assim, o humor não pode ser escudo para práticas discriminatórias que reforçam desigualdades históricas. O riso, por mais subjetivo que seja, não está fora do pacto civilizatório; ele deve respeitar os contornos éticos e jurídicos que resguardam a dignidade de todos os sujeitos (Pinho, 2023).

Diante disso, esta pesquisa reafirma que o humor não é um território neutro. Ele expressa e, ao mesmo tempo, molda valores sociais, podendo tanto fomentar a crítica como sustentar opressões. Ao evidenciar como as reações sociais se dividem entre a conivência e a responsabilização, este estudo convida à construção de uma ética pública do discurso que não silencie os mais vulneráveis. Em tempos de superexposição digital, judicialização do discurso e disputas morais cada vez mais acirradas, pensar nos limites da piada é pensar nos limites da civilidade democrática. Afinal, como lembra a jurisprudência mais recente, o lugar do humor não é terra sem lei, e a liberdade de rir não pode custar a dignidade de ninguém.

Em última análise, o problema nunca esteve no humor, mas na escolha de quem o produz. O riso sempre ocupou um lugar relevante na vida em sociedade: questionou autoridades, expôs hipocrisias, desestabilizou certezas e revelou contradições que

poucos ousavam enfrentar. Justamente por isso, causa certa perplexidade vê-lo reduzido ao expediente mais fácil e menos criativo de todos: transformar em alvo aqueles que, historicamente, já carregam o peso da exclusão, da violência e da desumanização. Não há ousadia em atacar quem sempre foi atacado; não há irreverência em repetir estigmas que atravessam séculos. Há apenas a confortável escolha pela mediocridade. E talvez seja exatamente por isso que esse tipo de humor não mereça ser celebrado nem tratado como manifestação artística sofisticada, pois, ao abdicar da inteligência para recorrer ao preconceito, revela muito mais sobre as limitações de quem faz a piada do que sobre aqueles que dela são vítimas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. Indústria Cultural. In: COHN, G. (org.). **Comunicação e Indústria Cultural**, 1. ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

ASSAD, Paulo. MPF pede condenação de influencer Júlio Cocielo por racismo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 3 jan. 2024. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/01/03/mpf-pede-condenacao-de-influencer-julio-cocielo-por-preconceito.ghtml. Acesso em: 5 mar. 2024.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. 3ª reimpressão da 1ª edição de 2011. Lisboa, Edições 70, 2011.

BENTO, C. **O pacto da branquitude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo (3ª Vara Criminal Federal). Processo n. 5003889-93.2024.4.03.6181. Sentença. Juíza Federal Substituta: Bárbara de Lima Iseppi. São Paulo, 10 maio 2024. **Processo Judicial Eletrônico (PJe).** Disponível em: https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para equiparar a injúria racial ao crime de racismo. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 12 jan. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566**, Distrito Federal. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Lei n. 9.612/98. Radiodifusão comunitária. Proibição do proselitismo. Inconstitucionalidade. Procedência da ação direta. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Julgado em: 16 maio 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas-corpus n. HC154248/DF**. Matéria Criminal. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 28 out. 2021. Brasília, DF: STF, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 82.424-2**. Indeferimento de Habeas Corpus. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 17 set. 2003. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Acesso em: 9 jun. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 8ª Turma Cível. Embargos de Declaração Cível nº 0704077-07.2021.8.07.0001, Acórdão 1615042. Relator: Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 15 set. 2022. **Diário de Justiça Eletrônico do Distrito Federal (DJe),** Brasília, 23 set. 2022. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia. Acesso em: 9 jun. 2025.

CAVALLINI, Marta. Após post de Júlio Cocielo sobre Mbappé, marcas anunciam retirada de campanhas com youtuber. **g1**, 2 jul. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/marcas-anunciam-retirada-de-campanhas-com-julio-cocielo-apos-comentario-sobre-mbappe.ghtml. Acesso em: 2 mar. 2024.

FERREIRA JÚNIOR, M. M. F.; PINTO, H. A. **Análise crítica da Lei nº 14.532/2023**: como as alterações feitas refletem no ordenamento jurídico e jurisprudência brasileiros? Conteúdo Jurídico, 30 dez. 2024. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/67434/anlise-crtica-da-lei-n-14-532-2023-como-as-alteraes-feitas-refletem-no-ordenamento-jurdico-e-jurisprudncia-brasileiros. Acesso em: 8 jun. 2025.

FIGUEIREDO, B. F.; CRUZ, M. J. A. Racismo recreativo e injúria racial: uma análise jurisprudencial do animus jocandi. **Revista Manus Iuris**, p. 199-213, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: https://periodicos.ufersa.edu.br/rmi/article/view/9931. Acesso em: 8 nov. 2024.

GIONIS, P. **History of International Stand Up Comedy. Comedy Carnival**, 24 nov. 2023. Disponível em: https://comedycarnival.co.uk/history-of-international-stand-up-comedy/. Acesso em: 8 nov. 2024.

GOMES, G. S. **Discurso humorístico-preconceituoso como crítica social?**: o caso da Senhora dos Absurdos. Pucrs.br, 2017.

GOUPY, V. **Le théâtre de Dix-Heures**. 12 mar. 2001. Disponível em: https://www.tatouvu.com/w/wwa_FicheArti/public/57/article-le-theatre-de-dix-heures.html. Acesso em: 5 jan. 2024.

GUIMARÃES, Nino. Relator suspende andamento de processo criminal contra Leo Lins. **JOTA**, 2 fev. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/justica/relator-suspende-andamento-de-processo-criminal-contra-leo-lins. Acesso em: 8 jun. 2025.

JUSTIÇA retira show de Leo Lins do YouTube por piadas com minorias. **Migalhas**, 17 maio 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/386705/justica-retira-show-de-leo-lins-do-youtube-por-piadas-com-minorias. Acesso em: 8 jun. 2025.

KILOMBA, G. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019.

KUPERMANN, Daniel. **Ousar rir**: humor, criação e psicanálise. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MALUNGO, S. R. Falomaquia: homens negros e brancos e a luta pelo prestígio da masculinidade em uma sociedade do Ocidente**. Antropolítica**: Revista Contemporânea de Antropologia, n. 34, 31 jan. 2014. 2014.

MARINS, G. S. S. O riso como efeito estético. **Letras de Hoje**, v. 32, n. 3, 2013. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fale/article/view/15279. Acesso em: 3 mar. 2024.

MARTINS, J. **A ascensão do humor em quase todo o Brasil**: como tudo começou?. Agência CentralSul de Notícias. 1 ago. 2019. Disponível em: https://centralsul.org/2019/a-ascensao-do-humor-em-quase-todo-o-brasil-como-tudo-comecou/. Acesso em: 6 mar. 2024.

MATHIAS, C. S. **É só uma piada**: uma breve análise sobre o stand-up brasileiro e o discurso preconceituoso enrustido no humor. 2015. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Gestão de Projetos Culturais e Organização de Eventos) – CELACC, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MENDONÇA cassa decisão que tirou show de Leo Lins do YouTube. **Migalhas**, 1 out. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/394478/mendonca-cassa-decisao-que-tirou-show-de-leo-lins-do-youtube. Acesso em: 8 jun. 2025.

MOREIRA, A. J. **Racismo recreativo.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MOREIRA, E. **Desvendando as punch-lines**: construção e compreensão de sentidos na comédia stand-up sob uma perspectiva cognitiva. 2015. Dissertação (Mestrado em Estudos de Linguagem) – Instituto de Letras, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015. Acesso em: 15 jan. 2024.

NOGUEIRA, O. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social**, v. 19, n. 1, jun. 2007.

OAB/CE aciona MP por fala de Leo Lins sobre criança com hidrocefalia. **Migalhas**, 8 jul. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/369443/oab-ce-aciona-mp-por-fala-de-leo-lins-sobre-crianca-com-hidrocefalia. Acesso em: 8 jun. 2025.

PINHO, C. A. B. A atualidade do caso Ellwanger para os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, 2023. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/67929. Acesso em: 8 jun. 2025.

RIBEIRO, D. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SALLES, C. **Por que nós rimos e como isso é bom para nosso corpo?** 25 jul. 2018. Disponível em: https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2018/07/25/por-que-nos-rimos-e-como-isso-e-bom-para-o-organismo.htm. Acesso em: 19 jan. 2024.

SALZMAN, M.; MATATHIA, I.; O'REILLY, A. **Buzz**: A Era do Marketing Viral. São Paulo: Cultrix, 2003.

SERPA, Verônica. Julio Cocielo é absolvido em processo de racismo; juiz cita família afrodescendente. **Alma Preta**, 22 maio 2024. Disponível em: https://almapreta.com.br/sessao/cotidiano/julio-cocielo-e-absolvido-em-processo-de-racismo-juiz-cita-familia-afrodescendente/. Acesso em: 10 out. 2024.

STOCHERO, Tahiane; SANTIAGO, Tatiana. Youtuber Júlio Cocielo vira réu acusado de racismo após comentários em redes sociais. **g1**, 15 set. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/15/justica-de-sp-aceita-denuncia-e-youtuber-julio-cocielo-vira-reu-por-racismo-apos-comentarios-em-redes-sociais.ghtml. Acesso em: 2 mar. 2024.

TJ/SP mantém condenação de humorista por usar imagem de transexual. **Migalhas**, 12 out. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/353002/tj-sp-mantem-condenacao-de-humorista-por-usar-imagem-de-transexual. Acesso em: 8 jun. 2025.

VAZ, L. S. A. **Cotas raciais**. São Paulo: Jandaíra, 2022.

VIANA, E. G. **Crítica política no humor de Chico Anysio**: Uma análise de narrativas humorísticas na televisão. 2015. 182 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

VIANA, T. G.; RIBEIRO, L. P. P. **Injúria racial e racismo recreativo**: notas preliminares sobre os impactos da Lei nº 14.532/2023. In: VI Encontro Virtual do CONPEDI, 2023. p. 47–68. ISBN 978-65-5648-740-3.

ZANCHET, E. L **Linguagem privada nos crimes contra a honra**: análise da intencionalidade no ato de fala violento. n. 8, p. 248-258, 2023. Disponível em: https://revistas.uceff.edu.br/unitas/article/view/841/718. Acesso em: 19 jan. 2024.

A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

DATA PROTECTION IN BRAZIL AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY

Amanda Maria Maia Netto Campos*
Eduardo Souto Freitas Filho*

RESUMO: Em 10 de fevereiro de 2022, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 115, a qual incluiu, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. O presente artigo busca entender como essa mudança, em conjunto com normas infraconstitucionais que versam sobre a mesma temática - principalmente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - fundamenta a jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro, assim como garante aos cidadãos maior privacidade, segurança e intimidade diante dos constantes avanços tecnológicos da contemporaneidade.

Palavras-chave: dados pessoais; LGPD; direito fundamental; privacidade.

ABSTRACT: *On February 10, 2022, Congress enacted Constitutional Amendment 115, which included the protection of personal data as a fundamental right in Article 5 of the 1988 Federal Constitution. This article seeks to understand how this change, together with infra-constitutional rules that deal with the same subject - mainly the General Personal Data Protection Law (LGPD) - underpins the jurisprudence of the Brazilian legal system, as well as guaranteeing citizens greater privacy, security and intimacy in the face of the constant technological advances of contemporary times.*

Keywords: *personal data; LGPD; fundamental right; privacy.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITOS TEÓRICOS DE DADOS E DE PRIVACIDADE; 3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/18); 4 O STF E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115/22; 5 HABEAS DATA E OS DADOS PESSOAIS; 6 EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE APÓS A LGPD E A EMENDA Nº 115/22; 6.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF); 6.1.1 Provedores de internet com sede no exterior; 6.1.2 Da anulação de provas; 6.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ); 6.2.1 A

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Tecnóloga em Gestão Financeira pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Pesquisadora no CRISP/UFMG e participante da delegação Youth Brasil 2025. Experiência nas áreas cível, criminal e administrativa. E-mail: amandamaia0404@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2802658034341435. ORCID: https://orcid.org/0009-0004-5481-025X.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Atuou no SAJU, PPE, ADV Junior e Comitê de Ética do MEJ. Experiência em Direito Civil, Penal e Administrativo. E-mail: eduardosoutofreitasfilho@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957119050740146. ORCID: https://orcid.org/0009-0008-7873-9514

necessidade de os provedores fornecerem dados de quem publicou conteúdo ofensivo a pessoa falecida; 6.2.2 A responsabilidade da instituição financeira pelo tratamento indevido dos dados utilizados em golpe; 7 DESAFIOS PARA A PLENA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE; 7.1 *Cookies*; 7.2 Fiscalização; 7.3 Responsabilização jurídica; 7.4 Desconhecimento da LGPD; 8 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais estão descritos na Constituição Federal de 1988 - norma ocupante do maior estamento hierárquico do ordenamento jurídico nacional - em seu epílogo do Título II, na vertente de abarcar "todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivas (capítulo l), dos direitos sociais (capítulo ll e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo lll), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V) além dos direitos econômicos (títulos VII)" (Cunha Júnior, 2016, p. 492). Sob essa ótica, compreende-se que o direito de proteção de dados é um desdobramento do direito fundamental constitucional da privacidade, o qual, com o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados, foi melhor explicitado e teve maior proteção propiciada.

Além disso, cabe mencionar que, com o advento das novas tecnologias, as relações interpessoais foram alteradas de modo substancial. O direito como um mecanismo de regulamentação social não detém caráter estático, e sim dinâmico. Resultante disso, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, número 13.709/2018, é um mecanismo necessário para o contexto contemporâneo, importante, também, para o ordenamento jurídico, pois a lei "é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento" (Cunha Júnior, 2016, p. 141).

Esclarecido isso, cabe retornar às questões sociológicas - de extrema relevância para o ordenamento jurídico - contidas na hodiernidade, na vertente dos dados pessoais serem fatores explorados constantemente - no âmbito digital ou não - e violados, como por exemplo os termos de uso abusivos de um aplicativo ou de sites, os *cookies* -

pequenos arquivos salvos no computador do usuário para identificar o visitante - que extrapolam suas finalidades, dentre outros.

Assim, os indivíduos realizam entregas de seus dados instantaneamente por persuasão do meio. Tal fator, contudo, gera tipologias criminais no que tange à invasão da privacidade e seus desdobramentos. Ademais, os dados pessoais são meios - diretos ou indiretos - pelos quais há possibilidade de identificação de um indivíduo.

Nesse sentido, o Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome exemplifica alguns dos dados considerados pessoais:

> [...] nome, Registo Geral, Cadastro de Pessoa Física, gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, cartão bancário, renda, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, preferências de lazer; endereço de Protocolo da Internet e cookies, entre outros. (Brasil, 2022)

Além disso, há dados pessoais sensíveis, os quais são aqueles que além de identificarem o indivíduo a quem pertencem, são passíveis de causar discriminação. Dito de outra maneira, esses dados envolvem questões mais sensíveis das pessoas, como a origem racial ou étnica, a convicção religiosa, a filiação política, a saúde, as informações biométricas e a vida sexual.

Assim, torna-se inegável que a proteção de dados e a privacidade são fundamentais para o Estado Democrático de Direito, conforme previsão do artigo 1º da LGPD: "liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural", temas que serão aprofundados *a posteriori* neste artigo.

2 CONCEITOS TEÓRICOS DE DADOS E DE PRIVACIDADE

De acordo com o dicionário Aurélio da língua portuguesa, dado é o "elemento ou quantidade conhecida que serve de base à solução de um problema", enquanto que um banco de dados é um "arquivo de dados de diversas fontes, armazenado de forma a possibilitar o acesso de vários usuários".

Desse modo, entende-se por dados, em sua conceituação mais genérica, os valores puros (numéricos ou não) que, uma vez reunidos, armazenados, tratados e/ou analisados, são capazes de transmitir informações. Um dado, assim, é um valor individual em um banco de dados.

É possível classificar os dados de diferentes formas, mas, para os fins do presente artigo, dispensar-se-á especial atenção aos dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados, bem como ao banco que os reúne, todos conceituados no artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018):

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
>
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.
>
> III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
>
> IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

Por conseguinte, entende-se como dados pessoais, para fins jurídicos, não apenas informações ostensivas e de qualificação (como nome, CPF, idade, nacionalidade, estado civil, endereço ou e-mail), mas também padrões comportamentais, endereços IPs, trajetória profissional e acadêmica, dentre outros. Basicamente, são dados pessoais todos os dados que, quando agregados, tornam possível reconstituir a identidade de um sujeito.

Os dados pessoais sensíveis, por sua vez, são espécie de dados pessoais mais restrita:

> [...] os dados sensíveis exigem proteção redobrada, por se referirem a características íntimas do indivíduo, como convicções religiosas, posicionamento político, informações sobre saúde, orientação sexual, dados genéticos e biométricos. Devido ao seu potencial discriminatório, o tratamento desses dados está condicionado a bases legais mais restritas e exige salvaguardas específicas. (Netto, 2025, p. 4)

Por fim, os dados anonimizados são aqueles que, ao passarem por um processo de desidentificação do sujeito a que se referem, não encontram regulação no regime

protetivo da LGPD. Contudo, é importante ressaltar que, em caso de reidentificação de dados considerados anonimizados, ou seja, não sendo os dados anonimizados de forma absoluta, há a possibilidade de incidência da lei supramencionada.

Diversamente do que ocorre com o conceito de dados - o qual foi expressamente definido pelo legislador na Lei Geral de Proteção de Dados -, tanto o constituinte quanto o legislador ordinário optaram por não conceituar expressamente a privacidade nos dispositivos legais brasileiros. No lugar, encontram-se expressões que, interpretadas de forma conjunta, resultam em espécies do gênero privacidade.

A exemplo disso, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Já o Código Civil, em seu artigo 21, atesta que "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Nesse sentido, percebe-se que o constituinte optou pelo uso dos termos "intimidade" e "vida privada" como referência à privacidade, enquanto o legislador ordinário optou por utilizar a última expressão ao elaborar o Código Civil de 2002.

De um modo ou de outro, o direito à privacidade é garantido constitucionalmente no direito brasileiro, mesmo que de forma tácita, encontrando proteção máxima em outros Estados também:

> [...] o direito à privacidade começou a ser incluído na legislação civil – enquanto direito da personalidade – sendo, ao final, reconhecido como direito fundamental protegido em sede constitucional. Dentre as constituições atuais, observa-se que algumas Cartas preveem a privacidade apenas de forma genérica; em outras, a privacidade nos meios de comunicação e, por fim, há aquelas que protegem a privacidade sob esses dois aspectos e também a privacidade informacional, como as de Portugal, Hungria, Eslovênia e Rússia. Ainda mais inovadora se apresenta a Constituição espanhola que além de garantir o direito à intimidade e à vida privada, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, ainda limita o uso da informática para garantir a intimidade pessoal e familiar (artigo 18). [...]. Hoje, a maior parte dos países democráticos tutela a privacidade na própria Constituição, exceto alguns países da raiz *common law*, como o Reino Unido, que reconhece o direito à privacidade mediante jurisprudência." (Vieira, 2007, p. 36)

Nesse viés, os próximos tópicos abordarão a correlação entre as diferentes formas de armazenamento e tratamento de dados e a garantia do direito fundamental à privacidade no Brasil, bem como seus avanços e desafios para regulamentação e efetivação.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/18)

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) surge, nesse sentido, como uma resposta do ordenamento jurídico às crescentes demandas de regularização da coleta de dados e sua devida proteção.

Embora os direitos à intimidade e à vida privada fossem assegurados pela Constituição Federal (Brasil, 1988)) e pelo Código Civil (Brasil, 2002), além de outras normas que tangenciam a temática dos dados pessoais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), a Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105/01) e a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11), a LGPD é o primeiro marco regulatório abrangente e específico sobre o tema no Brasil.

Desde o início de sua vigência, em agosto de 2020, observa-se, na jurisprudência, queixas e buscas no poder judiciário motivadas pela exposição, venda ou mal tratamento de dados pessoais fundamentadas na Lei nº 13.709/18.

Em consonância a essa tendência, segue a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em majorar a indenização por danos morais oriunda do vazamento de dados pessoais da parte autora, vencedora da lide:

> APELAÇÃO – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – **VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS POR PREPOSTO** – CELULAR DA AUTORA PASSADO A UM TERCEIRO – RECEBIMENTO DE MENSAGENS DE ASSÉDIO SEXUAL – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ – **RESPONSABILIDADE PELOS DANOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS** – DANOS MORAIS EVIDENTES – MAJORAÇÃO – **GRAVE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE**
>
> 1 – A empresa controladora de dados pessoais é figura legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a indenização pelo vazamento de dados

> da autora orquestrados por preposto da ré, que repassou o celular da autora para um colega para fins de assédio sexual (LGPD, art. 42).
>
> 2 – A ré, ao dar causa ao vazamento de dados, responde pelos danos morais sofridos (LGPD, art. 5º, VI e 42, caput).
>
> 3 – É cabível a indenização por danos morais, considerando a violação grave ao direito à intimidade e à privacidade causado pela quebra do dever de proteção de dados pessoais, o que propiciou assédio sexual agressivo.
>
> 4 – Indenização majorada, pois a gravidade da situação, a séria negligência da empresa, a postura recalcitrante em reconhecer o erro, e a incipiente jurisprudência estadual autorizam resposta mais enérgica. Valor de dez mil reais que se mostra mais condizente com o cenário narrado.
>
> RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO. (São Paulo, 2021). (grifou-se)

Do mesmo modo, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acerca da não transparência na coleta e no tratamento dos dados pessoais da autora:

> APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REJEITADA. **COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E FERRAMENTAS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS**. **PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR**. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.
>
> 1. Apelação interposta contra sentença que, em sede de ação civil pública, julgou procedente a pretensão formulada pelo Ministério Público para condenar a requerida a se abster de comercializar dados pessoais de consumidores, por meio de duas específicas ferramentas de tratamento de dados, sob pena de imposição das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, conforme legislação processual civil.
>
> 2. A eventual discrepância entre as teses defendidas pelos litigantes e a interpretação conferida pelo julgador às disposições normativas que disciplinam determinada matéria posta em debate não se confunde com a negativa de prestação jurisdicional.
>
> 3. Se o que está em pauta é a comercialização de dados tratados, resta evidente que as condições do tratamento - em todas as dimensões do conceito legal - devem ser examinadas.
>
> 4. A Lei nº 13.709/2018 (LGPD) dispõe que eventual dispensa da exigência do consentimento do titular das informações processadas não desobriga os agentes de tratamento das obrigações de garantir transparência acerca de todo o processo (coleta dos metadados, da metodologia utilizada, da duração do tratamento, ou do uso compartilhado, por exemplo). A referida norma determina, ainda, que sejam respeitadas a legítima expectativa do titular das informações tratadas e os direitos e liberdades fundamentais. E somente em uma relação de efetiva transparência é possível conceber a existência de legítima expectativa.
>
> 5. Mesmo que o produto final dos serviços impugnados garanta ao contratante um apanhado de informações de natureza meramente cadastral, é inafastável a conclusão de que a segmentação e o direcionamento de mercado - prometidos pela requerida - depende de tratamento de informações outras, de natureza socioeconômica e comportamental, elementos intrinsecamente vinculados à

> esfera da privacidade. Assim, não havendo transparência sobre os trâmites de coleta e tratamento, é impositivo o acolhimento da pretensão autoral.
>
> 6. Recurso conhecido e desprovido. (Distrito Federal, 2022) (grifou-se)

Nos dois julgados, o TJ-SP e o TJ-DF demonstram que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) deve ser seguida de maneira rigorosa, tendo em vista que estamos diante de um direito fundamental dos indivíduos. No primeiro caso, a instituição educacional permitiu o vazamento de dados pessoais, como o número de telefone, o que gerou consequências negativas para quem teve seus dados vazados. Já no caso analisado pelo TJ-DF, uma empresa comercializava dados ilicitamente, de modo que também causou substancial dano ao direito fundamental que estava *sub judice.*

O Tribunal de Justiça do Ceará proferiu decisão sobre outro aspecto da LGPD, qual seja, a utilização indevida de dados pessoais:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. **UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE DADOS PESSOAIS**. **EXCLUSÃO DOS DADOS DETERMINADA**. **VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE**. **LEI GERAL DE PROTEÇÂO DE DADOS (LGPD)**. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PATAMAR RAZOÁVEL. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso para NEGAR-LHE PROVIMENTO. Fortaleza, data e hora indicadas no sistema. DESEMBARGADOR FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO Relator/Presidente do Órgão Julgador. (Ceará, 2024) (grifou-se)

No julgado em tela, o TJ-CE reconheceu que a utilização indevida de dados pessoais configura hipótese de indenização por danos morais, tendo em vista que gera danos extrapatrimoniais para o indivíduo que tenha seu direito - positivado na Constituição Federal e na LGPD - violados.

Outro exemplo está em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná sobre a falha na operação e manuseio de dados:

> RECURSO INOMINADO. MATÉRIA BANCÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. INVASÃO NA CONTA BANCÁRIA. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO FRAUDULENTA. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO NÃO RECONHECIDA PELO CONSUMIDOR. **EXEGESE DO ART. 42 DA LGPD**. **FALHA**

> **NA OPERAÇÃO E MANUSEIO DE DADOS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DADOS PESSOAIS, CONSOANTE INCISO LXXIX DO ART 5º DA CONSTITUIÇÃO. ACESSO ILÍCITO À CONTA BANCÁRIA ENSEJA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE**, E, CONSEQUENTEMENTE, ABALOS PSICOLÓGICOS. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. Recurso conhecido e provido. (Paraná, 2025) (grifou-se)

Percebe-se, a partir dos dispositivos jurisprudenciais acima mencionados, que a coleta, o tratamento e a divulgação dos dados pessoais não só passaram a fazer parte das movimentações sociais contemporâneas, como também estão sendo reguladas e fiscalizadas pelo direito brasileiro com recorrência. De acordo com uma pesquisa realizada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), mais de R$40 milhões foram pagos por operadoras de seguros em decorrência de roubos e vazamentos de dados na Internet apenas em 2020, o que representou um aumento equivalente ao dobro do valor gasto em 2019.

Por conseguinte, a LGPD representa um marco importante para a proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro e, mesmo que recente, é possível observar sua aplicação prática nas decisões do poder Judiciário e nas consequentes condenações provenientes da negligência ou descaso com a coleta, tratamento e divulgação dos dados.

4 O STF E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115/22

Em primeiro plano, antes da maior propagação de meios virtuais e da discussão entusiástica sobre os dados pessoais, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar, em decisão de 1995, firmou o seguinte entendimento:

> A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a

> celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador." (Brasil, 1995)

No contexto hodierno, embora já houvesse regulação expressa acerca da proteção dos dados pessoais com o advento da lei nº 13.709 (LGPD), muitos ainda discutiam sobre sua previsão na Constituição Federal.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal, dessa forma, declarou a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental implícito na Constituição, inserido na cláusula geral de privacidade (art. 5º, X):

> 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:
>
> (...)
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

É de válida menção, inclusive, que essa declaração do STF fundamentou o julgamento do pedido de tutela provisória em cinco ações diretas de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 954/2020, a qual impunha às empresas de telefonia fixa e móvel o dever de compartilhar com o IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores para permitir a manutenção da produção estatística oficial durante a pandemia da COVID-19.

Entretanto, foi apenas em 10 de fevereiro de 2022 que a proteção dos dados pessoais passou a ter previsão expressa não apenas nas normas infraconstitucionais, como na própria CF/88, através da emenda constitucional 115/22, a qual incluiu, no artigo 5º, o seguinte inciso:

> LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Ademais, a EC 115/22 também modificou dois dispositivos relacionados à competência material e legislativa da União referentes a essa temática, incluindo o inciso XXVI ao art. 21 da Constituição, que trata sobre a competência material exclusiva da União, para acrescentar que a ela incumbe "organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei", e acrescentando o inciso XXX ao art. 22 da Constituição para inserir entre as matérias de competência legislativa privativa da União a "proteção e tratamento de dados pessoais".

Nesse sentido, dentre as consequências da Emenda Constitucional 2015/2022, estão que 1) a proteção de dados pessoais ganha previsão expressa na Constituição federal como um direito fundamental; 2) por conseguinte, torna-se uma cláusula pétrea, ou seja, só pode ser ampliada na CF/88, nunca revogada ou restringida; e 3) o STF é competente para, em processos originais ou recursais, apreciar questões relacionadas à proteção de dados pessoais, quando houver violação direta ao novo inciso do art. 5º.

5 HABEAS DATA E OS DADOS PESSOAIS

O habeas data, ação constitucional ou, como cunha alguns doutrinadores, "remédio constitucional", positivado no art. 5º da CF/88, assegura o direito do indivíduo de solicitar seus dados em bancos de dados de cunho público ou de entidades governamentais, sem que esse órgão possa negar a entrega destas informações, conforme descrito na Súmula número 2 do STJ.

Essa ação é uma garantia da liberdade, do acesso às informações pessoais e de proteção à privacidade. Assim, esse remédio constitucional garante ao indivíduo o acesso aos dados públicos referentes a ele, podendo assegurar que outros indivíduos não terão tais informes. Para que o habeas data seja deferido, além do critério mencionado, a Constituição estabelece, em seu art. 5º, *in verbis*:

> LXXII - conceder-se-á habeas data:
>
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
>
> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A privacidade corresponde a temática não hodierna, uma vez que desde os romanos já era considerada como essencial para o ramo do direito privado (Marky, 1995), pois toda pessoa tem a necessidade de estar "sozinho" e ter a sua intimidade. Esse fator, consequentemente, sempre esteve intimamente relacionado aos dados de cada indivíduo, os quais são invioláveis segundo o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, e o art. 21, do Código Civil de 2002. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 106) relatam:

> Com o avanço tecnológico, os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive por meio da rede mundial de computadores (Internet), tornaram-se muito comuns. Não raro, determinadas empresas obtêm dados pessoais do usuário (profissão, renda mensal, hobbies), com o propósito de ofertar os seus produtos, veiculando a publicidade por meio dos indesejáveis spams, técnica, em nosso entendimento, ofensiva à vida privada.

Nesse sentido, é importante enfatizar a diferença entre os dados abarcados pelo habeas data daqueles a que se refere a LGPD e a EC 115/22. Isso porque o habeas data permite que a própria pessoa, seja ela física ou jurídica, tenha acesso às suas informações registradas em bancos de dados de órgãos públicos ou instituições similares.

Por outro lado, a lei nº 13.709 (LGPD) regulamenta a coleta, o tratamento e a divulgação dos dados pessoais dos cidadãos por pessoa natural ou jurídica, tanto de direito público como privado, enquanto a Emenda Constitucional 115 inclui a proteção desses dados como um direito fundamental.

Nesse viés, observa-se que o habeas data faz referência a dados pessoais constantes em bancos de dados de entidades públicas e que podem ser consultados e/ou retificados apenas pelos indivíduos a que esses dados pertencem, o que garante aos cidadãos a privacidade e o sigilo de seus dados e a capacidade de corrigir informações errôneas a seu respeito.

Já os dados pessoais trazidos com maior enfoque no presente artigo são aqueles tratados por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, e cujas normas têm o intuito de regulamentar esse procedimento, proteger os direitos de privacidade, intimidade e liberdade e garantir o livre desenvolvimento da pessoa, uma vez que esses dados podem sofrer vazamentos - propositais ou não - e, muitas vezes, são vendidos pelas empresas ou tratados de forma abusiva, sem o consentimento ou a ciência da pessoa a que pertencem.

6 EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE APÓS A LGPD E A EMENDA Nº 115/22

Cabe destacar que, antes da LGPD, o Brasil já possuía o direito à privacidade previsto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso X, embora não de maneira explícita, e também havia previsão de proteção aos dados na Lei 12.975/2014 (o Marco Civil da Internet). Contudo a proteção normativa não era específica nem conseguia estabelecer diretrizes claras sobre a proteção dos dados pessoais.

Diante disso, com inspiração no ordenamento europeu, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) determinou os moldes do tratamento de dados na Europa, tendo seu início em 2018. A RGPD buscou estabelecer maior controle dos dados pessoais, pela própria pessoa, seja direta ou indiretamente. Além disso, o Regulamento é impositivo tanto nas instituições de direito público quanto nas instituições de direito privado, garantindo a amplitude do direito à privacidade e a guarda dos dados dos indivíduos.

No âmbito nacional, com notável influência da RGPD, entra em vigor no ano de 2020 a Lei Geral de Proteção de Dados, passando a adotar viés específico para o tratamento dos dados pessoais no país, além de criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) que visa fiscalizar a aplicação da lei e garantir o direito de todos os titulares de dados (seja pessoa física ou jurídica).

Importante ressaltar que a ANPD desempenha o papel supra por meio das petições de titulares que tiveram seus direitos sobre dados pessoais violados, bem como através de denúncias de supostas infrações à LGPD por terceiros, de modo que a demanda pode chegar à ANPD por meio de movimentação do titular, mas também por outras pessoas, ampliando o amparo de modo que a efetivação da fiscalização seja facilitada.

Assim, a atuação vem sendo mais efetiva em questões quantitativas no último ano, tendo até o terceiro trimestre de 2024: 1.578 denúncias e 537 petições, somando 2.115 requerimentos. Ademais, mais de vinte procedimentos já foram finalizados desde a sua criação, aplicando as sanções administrativas cabíveis. Dessa forma, a autarquia vem aumentando a efetividade da LGPD desde a sua criação.

Ademais, a LGPD apresentou conceitos basilares para o entendimento jurídico pátrio, como enunciar princípios em seu art. 6º, *in verbis:*

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
>
> I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
>
> II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
>
> III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
>
> IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
>
> V - qualidade dos dado**s**: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
>
> VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
>
> VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
>
> VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
>
> IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
>
> X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esse dispositivo legal, como já mencionado, positivou importantes princípios, os quais devem ser aplicados nos casos de tratamento de dados pessoais, passando a ser analisadas as situações à luz do estabelecido na lei mencionada e obrigando que medidas de segurança de dados sejam estabelecidas para efetivação do direito à privacidade.

6.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF)

6.1.1 Provedores de internet com sede no exterior

Em 23 de fevereiro de 2023, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, o STJ reconheceu que autoridades nacionais podem realizar solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas a provedores de internet com sede no exterior. Tal decisão declarou constitucional o ato supracitado, o qual possui previsão no art. 11 da lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e no art. 18 da Convenção de Budapeste.

A decisão mostra que o ordenamento jurídico nacional necessita acompanhar a evolução dos meios contemporâneos de comunicação, os quais moldam a realidade histórica, tendo em vista que na era digital inúmeras atividades realizadas pelos indivíduos são realizadas pelos meios virtuais. Dessa forma, o direito como ciência dinâmica deve seguir e se adaptar às mudanças do mundo. Nesse viés, a decisão faz um alerta aos poderes Executivo e Legislativo para que analisem e constatem a necessidade de criar e aprovar uma "LGPD" (reconhecendo a importância que a Lei apresenta para a proteção dos dados pessoais) no âmbito penal e acordos de cooperação no que se refere a colher conteúdo eletrônico.

Ao reconhecer a constitucionalidade dos dispositivos normativos mencionados, a proteção dos dados é fortalecida, uma vez que as investigações criminais visando a proteção do direito fundamental incluído com a Emenda Constitucional nº 15/2022 seguirão cursos mais céleres e efetivos, impactando diretamente na resolução dos conflitos e preservando as garantias individuais.

6.1.2 Da anulação de provas

Já no ano de 2024, o STF julgou o Habeas Corpus nº 222.141, de modo que considerou nulas as provas obtidas sem autorização judicial, não podendo ser usadas em procedimentos investigatórios criminais. O tribunal entendeu que o uso de tais provas viola os dispositivos da Carta Magna brasileira, no caso, o direito à privacidade e proteção de dados pessoais. Nessa ocasião o ministro Lewandowski destacou que a lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) é clara ao estabelecer que as informações que

não se enquadram como registros de conexão só poderão ser obtidas por meio de autorização judicial, de modo que Gilmar Mendes frisou o excesso e ilegalidade na conduta do Ministério Público do Pará por ter incluído dados como e-mails, mensagens, fotos e históricos de localização.

A decisão em tela demonstra como os dados pessoais possuem relevância, bem como que a LGPD deve ser observada nos procedimentos e no cotidiano brasileiro, pelo fato de esta apresentar conceitos e princípios basilares - como o elencado no art. 6º, mencionado no item "5", sendo fundamental para a efetivação do direito fundamental emanado com o advento da Emenda Constitucional nº115/2022. De modo que reforça a solidez na preservação do direito de proteção de dados.

6.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

6.2.1 A necessidade de os provedores fornecerem dados de quem publicou conteúdo ofensivo a pessoa falecida

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.914.596/RJ decidiu que os provedores de internet têm o dever de fornecer dados de usuários que praticaram ofensas a Marielle Franco (ex-vereadora do Rio de Janeiro, assassinada em 2018). Na ação, proposta pela irmã e a companheira de Marielle, foi solicitada a remoção dos vídeos que difamaram a imagem da falecida, bem como que fossem disponibilizados os dados que identificassem os autores da conduta ilícita.

Na decisão, o ministro Salomão Luis usou como fundamento o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), o qual permite a requisição judicial de dados para auxílio informativo em processos civis e criminais, de modo que com a devida autorização judicial, é possível que tais dados sejam acessados.

Outrossim, ainda se observa que o fornecimento desses dados, os quais possuem proteção pela LGPD, não incorre em violação da lei citada, tendo em vista que a decisão observa o princípio da privacidade e o ato ilícito praticado. Nesse viés, o ato ilícito não poderá ser mantido sem investigação, tendo em vista que é dever assegurar a honra dos indivíduos, neste caso, de Marielle Franco.

6.2.2 A responsabilidade da Instituição Financeira pelo tratamento indevido dos dados utilizados em golpe

No Recurso Especial nº 2.077.278/SP, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que as Instituições Financeiras possuem responsabilidade pelo tratamento indevido dos dados pessoais que culminam em atos ilícitos, como no caso em que a vítima pagou um boleto no valor de R$19.000,00 (dezenove mil reais), acreditando que estava quitando um financiamento, pois havia solicitado tal pagamento por e-mail.

A ministra Nancy Andrighi destaca que as instituições devem responder de modo objetivo pelos dados oriundos do tipo de fraude em questão, pelo fato de caracterizar falha na prestação de serviço. Nessa vertente, a instituição financeira não trata os dados pessoais em conformidade com a LGPD, tendo em vista que os golpistas conseguiram obter dados como o número do contrato, demonstrando falha na segurança dos dados armazenados. A decisão em tela deixa evidente a necessidade de cautela e de maneiras efetivas para o manuseio de dados pessoais.

7 DESAFIOS PARA A PLENA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

É imprescindível ressaltar, contudo, que embora a regulamentação da proteção de dados no Brasil e a efetivação da privacidade como um direito fundamental tenham sido importantes passos evolutivos no ordenamento jurídico interno, ainda há diversos desafios a serem mitigados.

A princípio, com a constante evolução das tecnologias de informação, novos obstáculos para a efetivação do direito à privacidade surgem: *cookies*; fiscalização; responsabilização jurídica; desconhecimento da LGPD; dentre outros. A seguir, entender-se-á melhor a repercussão de cada um dos desafios supracitados na efetivação do direito à privacidade e à proteção de dados.

7.1 *Cookies*

De acordo com o guia orientativo "*Cookies* e proteção de dados pessoais" produzido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), os *cookies* são "[...] arquivos instalados no dispositivo de um usuário que permitem a coleta de determinadas informações, inclusive de dados pessoais em algumas situações, visando ao atendimento de finalidades diversas" (Lopes et al., 2022, p. 08).

Assim, o uso dos *cookies* se tornou bastante comum nos últimos anos, sendo pouco provável que qualquer usuário navegue pela Internet sem se deparar com vários deles nos sites e aplicativos acessados. Esse mecanismo pode atuar com diferentes finalidades, existindo, inclusive, os chamados "*cookies* necessários", assim conhecidos porque são imprescindíveis para o funcionamento básico e a operação correta do site ou aplicação - portanto, nesse tipo de *cookies*, "a coleta da informação é essencial para assegurar o funcionamento da página eletrônica ou para a adequada prestação do serviço" (Lopes et al., 2022, p. 10).

Por outro lado, há outros tipos de *cookies* que se prestam a finalidades não-essenciais, como aqueles utilizados para rastrear comportamentos, medir o desempenho da página ou serviço, além de exibir anúncios ou outros conteúdos incorporados. Nesses casos, o fornecimento de uma única opção de consentimento para o usuário, sem a possibilidade de recusar a utilização dos *cookies* não necessários, viola manifestamente o princípio da finalidade, necessidade e adequação, bem como o princípio do livre acesso e da transparência.

Além disso, mesmo nos casos dos *cookies* necessários, é imprescindível que os dados pessoais do usuário sejam eliminados após o término do tratamento, o qual ocorre quando, por exemplo, a finalidade daquele *cookie* já foi alcançada. Contudo, não é incomum encontrar a exigência de aceite dos *cookies* para o acesso de determinada página ou conteúdo na Internet ou a própria inexistência da opção de não consentimento para prosseguir, o que, embora viole a LGPD e seja uma prática abusiva, permanece sendo recorrente no mundo digital.

7.2 Fiscalização

Embora a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) tenha sido crucial para a centralização da responsabilidade e fiscalização no que tange à proteção de dados no Brasil, observa-se que sua atuação fiscalizatória ainda está em desenvolvimento. Isso porque a autarquia teve como enfoque inicial a regulamentação de temas que, embora previstos na LGPD, exigiam regulação específica.

Nesse sentido, a ANPD, na sua atribuição de fiscalização aos descumprimentos legais de proteção de dados e privacidade, direcionou, majoritariamente, as sanções aplicadas aos órgãos públicos, o que evidencia uma dificuldade da autarquia em alcançar o mercado privado e diferentes setores.

Por outro lado, verifica-se uma intensificação do trabalho fiscalizador da ANPD no ano de 2025, como, por exemplo, através da notificação de 20 grandes empresas privadas - dentre as quais, TikTok, BlueFit, UBER e Cacau Show - para indicarem o contato do gestor responsável pelo tratamento de dados pessoais dentro da organização, o que demonstra um avanço no público-alvo das sanções.

Ainda assim, há muito a ser regulado, definido e fiscalizado pela ANPD, o que constitui um desafio para a efetiva proteção de dados e do direito à privacidade; ao mesmo tempo, porém, é indubitável o avanço contínuo da atuação da autarquia desde a sua criação para mitigar esse cenário.

7.3 Responsabilização jurídica

No que tange à responsabilização jurídica das pessoas físicas e jurídicas que violem o direito fundamental à privacidade e à efetiva proteção de dados, a LGPD inovou ao trazer um novo conceito de responsabilidade civil:

> A teoria ativa ou proativa da responsabilidade civil, que indica não ser suficiente que o agente de tratamento de dados pessoais cumpra ou não viole os artigos da LGPD, sendo necessário, também, que o agente demonstre que está observando as normas no 24 sentido de evitar a ocorrência de danos. (Andreu, 2022, p. 24)

Nesse sentido, a responsabilidade civil que o legislador adotou para fins de proteção de dados independente de dolo ou culpa dos agentes, além de exigir a comprovação de medidas de prevenção para evitar a ocorrência de danos em razão do armazenamento, tratamento e descarte indevidos de dados pessoais.

Contudo, a complexidade dos sistemas tecnológicos modernos, com o crescente uso da Internet das Coisas (IoT) e da inteligência artificial, por exemplo, agravou os desafios para o enfrentamento pleno do uso indevido dos dados pessoais. A exemplo disso, os sistemas autônomos (também conhecidos como "machine learning" ou máquinas de aprendizado) já são máquinas capazes de processar dados de forma autônoma, ou seja, não precisam de um operador para regular suas ações, o que dificulta a rastreabilidade das falhas e a atribuição clara de responsabilidade.

Assim, evidencia-se que o surgimento constante de novas ferramentas e máquinas com funcionalidades que, à época da elaboração da LGPD e da emenda constitucional nº 1515/22 não poderiam sequer ser previstas pelos legisladores e constituintes, prejudica a responsividade do ordenamento jurídico brasileiro no tocante a essa matéria.

Além disso, as multinacionais (as quais figuram como uma das principais coletoras de dados pessoais do mercado privado) respondem a uma diversidade regulatória decorrente dos diferentes países nos quais atuam, o que, invariavelmente, prejudica a adequação dessas organizações a uma única norma, bem como compromete a própria responsabilização e aplicação de sanções a essas pessoas jurídicas.

Nesse viés, a responsabilização jurídica dos agentes envolvidos no uso indevido dos dados pessoais ainda é um instituto em franca construção, o que dificulta uma atuação administrativa e judicial mais uniforme e contundente.

7.4 Desconhecimento da LGPD

De acordo com a pesquisa "Maturidade em Privacidade nos Pequenos Negócios", promovida pelo Sebrae (Baldo, 2025), "embora 80% dos empreendedores tenham ouvido falar da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), apenas 5% sabem muito a respeito dela e 77% ainda não tomaram providência com relação à LGPD no seu negócio".

Desse modo, se, por um lado, há uma dificuldade de definição da responsabilidade jurídica de grandes empresas e multinacionais, bem como a efetiva aplicação de sanções a ela, por outro, observa-se um obstáculo diferente no que tange às pessoas físicas, micro e pequenas empresas: o próprio conhecimento e entendimento satisfatório das normas de proteção de dados e da privacidade.

Isso porque, principalmente entre empreendedores de pequeno porte, normas como a LGPD ainda são vistas como um custo - não como um investimento e, acima de tudo, como uma obrigação legal e constitucional. Aliado a esse fator, há também uma espécie de "segurança de impunidade" pelas empresas que não se adequam e não implementam políticas de proteção aos dados pessoais, uma vez que, devido à fiscalização e à imposição de sanções da área serem incipientes, a aplicabilidade dessas normas ainda reside em um campo mais abstrato que prático no imaginário de grande parte da população.

Por fim, o desconhecimento da lei não afeta apenas o setor empresarial, como também as próprias vítimas de violação dos dados pessoais e privacidade, uma vez que, se não conhecem seus direitos e suas proteções legais e constitucionais, tampouco sabem identificar quando essas ilicitudes ocorrem e/ou de que forma garantir que possíveis violações não permaneçam impunes.

Assim, verifica-se que um dos principais desafios atuais das normas que regulamentam a proteção dos dados e da privacidade no Brasil é serem amplamente (re)conhecidas pela sociedade - tanto pelos agentes coletores dos dados, como pelos usuários e pessoas que compartilham dados e são vítimas de sua violação.

8 CONCLUSÃO

Com os avanços tecnológicos do mundo contemporâneo propiciando um ambiente de exposição da vida privada cada vez mais exacerbado, o ordenamento jurídico brasileiro atestou a necessidade de regularizar e proteger a coleta, o tratamento e a divulgação dos dados pessoais, assim como assegurar aos cidadãos a privacidade e a intimidade como direitos fundamentais.

Em consequência disso, surgiram normas infraconstitucionais, como a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (LGPD) em 2018, e constitucionais, como a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022, a fim de regulamentar a matéria e tornar o mundo virtual - comumente chamado de "terra sem lei" - alvo do direito.

Embora sejam construções jurídicas relativamente recentes, é possível verificar, nas decisões proferidas pelo poder Judiciário, que a exposição indevida dos dados pessoais é prática recorrente e, por isso, necessita de medidas fiscalizatórias e punitivas adequadas. Ao mesmo tempo, a necessidade de atualização legislativa e responsividade jurídica é contínua, bem como a preparação de profissionais qualificados e especialistas na área de proteção de dados e defesa do direito fundamental à privacidade.

Assim, o presente artigo se propôs a analisar a inserção formal da proteção dos dados pessoais no âmbito jurídico, com ênfase na sua inclusão no rol de direitos fundamentais e nas consequências dessa alteração para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDREU, Bruno. **Lei geral de proteção de dados pessoais: violação e responsabilização civil.** 2022. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/28434. Acesso em: 23 maio 2025.

ARAÚJO, Lucimara Brandão Reis. **A privacidade da pessoa humana como Direito Constitucional**. Jus.com.br, 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60812/a-privacidade-da-pess. Acesso em: 23 maio 2025.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). **Encarregado de dados: após fiscalização, empresas cumprem obrigações da LGPD.** 25 abr. 2025. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/encarregado-de-dados-apos-fiscalizacao-empresas-cumprem-obrigacoes-da-lgpd. Acesso em: 23 maio 2025.

BALDO, Rafael. **LGPD ainda é desconhecida para maioria dos pequenos negócios**. ASN Nacional, 2025. Disponível em: https://agenciasebrae.com.br/cultura-empreendedora/lgpd-ainda-e-desconhecida-para-maioria-dos-pequenos-negocios/. Acesso em: 23 maio 2025.

BORCHI, Bruna; TAVORA, Bruna Valeri. **Seis anos de LGPD: Os desafios da proteção de dados. Migalha**s, 14 ago. 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/413277/seis-anos-de-lgpd-os-desafios-da-protecao-de-dados. Acesso em: 02 maio 2025.

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

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. **Classificação dos dados pessoais.** 2022. Disponível em: https://www.gov.br/mds/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados/. Acesso em: 02 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Os precedentes do STJ nos primeiros quatro anos de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/27102024-Os-precedentes-do-STJ-nos-primeiros-quatro-anos-de-vigencia-da-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-Pessoais.aspx. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 22.337/RS**. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Diário da Justiça: Brasília, DF, p. 6119, 20 mar. 1995.

CARDOSO, Oscar Valente. **Proteção de Dados e Emenda Constitucional 115/2022**. JusBrasil, 2022. Disponível em: https://ovcardoso.jusbrasil.com.br/artigos/13767. Acesso em: 23 maio 2025.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0254976-59.2022.8.06.0001**. Relator: Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato. 1ª Câmara de Direito Privado. Fortaleza, julgado em: 9 out. 2024.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **A Preservação da Integridade dos Dados e o Direito à Privacidade no Contexto Globalizado**. Legale Educacional, 2025. Disponível em: https://legale.com.br/blog/protecao-de-dados-e-privacidade-desafios-globais-e-legais/. Acesso em: 23 maio 2025.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Apelação Cível n. 0736634-81.2020.8.07.0001**. Relator: Des. Sandoval Oliveira. 2ª Turma Cível. Brasília, DF, julgado em: 9 fev. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Direito Civil Parte Geral - 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de Direito Civil: abrangendo o código de 1916 e o novo Código Civil (2002)**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. **Emenda Constitucional 115/2022: Direito à Proteção de Dados Pessoais**. Estratégia Concursos, 2022. Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/emenda-constitucional-115-2022/. Acesso em: 23 maio 2025.

LOPES, A.K. et al. ***Cookies* e proteção de dados pessoais**. Autoridade Nacional de Proteção de Dados, Guia Orientativo, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/centrais-de-conteudo/materiais-educativos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf. Acesso em: 23 maio 2025.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NETTO, Antonio Evangelista de Souza. **Classificações de dados e a proteção da privacidade na sociedade digital: Implicações éticas e jurídicas**. Editora Jus, 2025. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/113721/classificacoes-de-dados-e-a-protecao-da-privacidade-na-sociedade-digital-implicacoes-eticas-e-juridicas. Acesso em: 23 maio 2025.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 0006072-10.2024.8.16.0044**. Relator: Juiz Fernando Swain Ganem. 3ª Turma Recursal. Apucarana, julgado em: 24 abr. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1006311-89.2020.8.26.0001**. Relatora: Des. Maria Lúcia Pizzotti. 30ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, julgado em: 1 set. 2021.

SILVA, Marcos Vinícius de Oliveira. **O direito à privacidade: breve histórico e conceituação.** *1Library*. Disponível em: https://1library.org/article/o-direito-à-privacidade-breve-histórico-e-conceituação.y9d28mdq. Acesso em: 23 maio 2025.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. 297 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em: http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=66&Itemid=1469&lang=br. Acesso em: 23 maio 2025.

A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NO MUNDO INTERDEPENDENTE CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO MERCOSUL

THE IMPORTANCE OF ARBITRATION IN THE CONTEMPORARY INTERDEPENDENT WORLD: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF MERCOSUR

Diego Almeida e Fraga*

RESUMO: O artigo analisa o papel da arbitragem no fortalecimento institucional e jurídico do Mercosul, enfatizando sua importância como mecanismo de resolução de controvérsias no contexto globalizado atual, marcado pela interdependência complexa. Dessa forma, utilizando como referência teórica o conceito de Keohane e Nye, o trabalho aborda como o procedimento arbitral contribui para conferir estabilidade às dinâmicas entre os agentes globais, a partir da promoção da segurança jurídica e da integração regional no âmbito das relações internacionais. Metodologicamente, o trabalho baseia-se em pesquisa de revisão de literatura, efetuada com embasamento bibliográfico, através da análise de livros, trabalhos acadêmicos e artigos de revistas e periódicos especializados no tema em questão, de forma a percorrer a evolução histórica do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, destacando marcos institucionais como o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. Os resultados demonstram que a arbitragem tem fomentado maior uniformidade jurisprudencial e eficiência na resolução de conflitos, embora lacunas ainda sejam evidentes. Por fim, conclui-se que a arbitragem é um instrumento essencial para consolidar a posição do Mercosul no cenário internacional, fortalecendo a confiança entre os Estados-membros e contribuindo para a atratividade do bloco enquanto espaço de investimentos e integração econômica.

Palavras-chave: arbitragem; mercosul; solução de controvérsias; interdependência.

***ABSTRACT**: This article examines the role of arbitration in strengthening the institutional and legal framework of Mercosur, highlighting its significance as a dispute resolution mechanism in the current globalized context, characterized by complex interdependence. Using Keohane and Nye's theoretical concept as a reference, the study explores how arbitration contributes to stabilizing interactions among global actors by promoting legal certainty and regional integration in international relations. Methodologically, the research is based on a literature review, supported by bibliographic analysis of books, academic papers, and specialized journal articles, tracing the historical evolution of Mercosur's dispute settlement system and emphasizing key institutional milestones such as the Brasília Protocol and the Olivos Protocol. The findings indicate that arbitration has fostered greater jurisprudential consistency and conflict resolution efficiency, though gaps remain evident. In conclusion, arbitration is deemed an essential tool for consolidating Mercosur's position in the international arena, enhancing trust among member states, and reinforcing the bloc's attractiveness as a space for investment and economic integration.*

***Keywords**: arbitration; mercosur; dispute settlement; interdependence.*

* Bacharel em Relações Internacionais pela UNINTER. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: diegoalmeidafraga@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-1293-6826.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 INTERDEPENDÊNCIA E ESTABILIDADE NA POLÍTICA MUNDIAL; 3 CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A ARBITRAGEM INTERNACIONAL ENQUANTO PILAR DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO MUNDO INTERDEPENDENTE CONTEMPORÂNEO; 4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL; 5 O MERCOSUL: ESTRUTURA INSTITUCIONAL E SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O cenário internacional contemporâneo, marcado pela crescente interdependência entre os atores globais, tem demandado mecanismos cada vez mais eficientes e adaptáveis para a resolução de conflitos. Nesse contexto, a arbitragem emerge como um instrumento fundamental, especialmente no âmbito de blocos econômicos regionais como o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Este artigo propõe-se a analisar o papel da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul, explorando sua evolução histórica, sua estrutura institucional e seus impactos na promoção da segurança jurídica e no fortalecimento do bloco.

A discussão inicia-se com uma reflexão sobre o conceito de interdependência complexa, desenvolvido por Robert Keohane e Joseph Nye, que serve como pano de fundo teórico para compreender a importância dos regimes internacionais e das instituições na gestão de conflitos globais. Em seguida, aborda-se a arbitragem enquanto método de resolução de disputas, destacando suas características e vantagens no contexto das relações internacionais.

O foco principal do estudo recai sobre o Mercosul, examinando sua estrutura institucional e a formação de seu sistema de solução de controvérsias. Nessa senda, analisa-se a evolução deste sistema desde a fundação do bloco em 1991, passando pelos diversos protocolos que moldaram seu atual formato, com especial atenção ao papel crescente da arbitragem neste processo.

Por fim, o artigo avalia os impactos da adoção da arbitragem no fortalecimento institucional e na promoção da segurança jurídica no Mercosul. Por meio dessa análise, busca-se compreender como a arbitragem tem contribuído para o desenvolvimento e a

consolidação do bloco econômico, além de identificar os desafios ainda existentes e as perspectivas futuras para o sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

2 INTERDEPENDÊNCIA E ESTABILIDADE NA POLÍTICA MUNDIAL

Robert Keohane e Joseph Nye, na obra *"Power and Interdependence: World Politics in Transition"*, de 1977, abordam o conceito de interdependência complexa como sendo a percepção da existência de múltiplos canais que ligam as diferentes sociedades, os quais possibilitam a constituição de relações pautadas em laços informais entre as elites governamentais, culminando nos acordos e tratados internacionais. Dessa forma, os pensadores perceberam que a agenda das relações internacionais é constituída por múltiplas questões que não são organizadas de forma clara, o que desafiou o pressuposto realista que até então era vigente, na medida em que constataram que os atores unitários globais não estariam preocupados única e exclusivamente com a segurança militar (Keohane; Nye, 2012).

Dessarte, os regimes internacionais para a dupla de escritores seriam nada mais que "conjuntos de disposições regulamentares que afetam as relações de interdependência" (Keohane; Nye, 2012, p. 54). Por conseguinte, Keohane e Nye estabelecem que as normas, as regras e os procedimentos de tomada de decisões convergem com as expectativas de cooperação dos atores internacionais, fazendo surgir a ideia de que as diferentes relações internacionais podem ser mantidas mesmo na ausência de um governo global consolidado, sem que seja necessário invocar questões militares para tal. Dentro dessa perspectiva, os autores passam a apontar para a eficácia das instituições internacionais como promotoras da estabilidade a nível mundial, defendendo a reforma de tais organizações de modo a equilibrarem, a todo tempo, a representação, a eficácia e a legitimidade no processo de governança global, com vistas a facilitar a lógica cooperativa entre os atores, sem que haja a imperiosidade de uma hierarquização rígida para intermediar tais relacionamentos complexos.

Sob esse prisma, tem-se que, com a globalização e as novas tecnologias surgidas no século XXI, a interconexão global aumentou drasticamente, o que, por sua vez, intensificou os múltiplos canais de ligação que Keohane e Nye haviam identificado na

década de 1970. Logo, o crescimento das empresas multinacionais, das cadeias de abastecimento globais e dos mercados financeiros internacionais, propulsionados por esse cenário de imersão e difusão tecnológica, criou uma teia de relações econômicas que não só passaram a transcender as fronteiras nacionais, como as relativizaram. Desse modo, o que se amoldou no contexto hodierno é um cenário marcado cada vez mais pela interdependência, nos mais diferentes âmbitos, entre os atores internacionais.

Assim, tem-se que a evolução da interdependência complexa levou a uma reavaliação da natureza do poder nas relações internacionais, na medida em que a força militar deixou de ser o instrumento mais eficaz da política internacional. Outrossim, a ascensão de atores não estatais, incluindo empresas multinacionais e organizações não governamentais, desafiou o modelo centrado no Estado e na militarização das relações internacionais, de forma a complexificar ainda mais a dinâmica do poder no sistema interdependente global.

Nesse contexto, é notório que o trabalho de Keohane e Nye corrobora para as discussões atinentes à importância dos regimes internacionais na gestão da interdependência e na promoção da estabilidade, reforçando como as organizações internacionais, em parceria com os Estados nacionais e os demais agentes, desempenham um papel crucial no estabelecimento de parâmetros de conduta e interpretação, na facilitação de negociações, e na resolução de litígios.

Essa ideia de regimes de interdependência, defendida pelos referidos autores, possibilita a compreensão do fenômeno de proliferação de regimes internacionais sobrepostos, os quais, por vezes, se tornam contraditórios. Isso ocorre porque a ausência de uma hierarquia clara entre os agentes internacionais dificulta a definição de qual autoridade política é responsável por determinadas questões que sobrevêm ao cenário mundial (Alter; Meunier, 2009). Dessa forma, o que se percebe é que, embora a complexidade dos regimes tenda a convergir para a cooperação entre os atores globais, criando oportunidades para a resolução criativa de problemas da ordem mundial, essa mesma complexificação também pode gerar fragmentação e incoerência na governança internacional. Logo, a gestão da resolução de controvérsias decorrentes dessa complexidade constitui um desafio central para assegurar a estabilidade das relações internacionais no século XXI.

Nessa toada, é fato que a natureza complexa e dinâmica da interdependência exige abordagens mais adaptativas para a governança global. Outrossim, o trabalho de Keohane e Nye sugere a necessidade de uma maior flexibilidade para lidar com as dinâmicas de poder em constante transformação e com as questões emergentes. Assim, torna-se essencial o desenvolvimento de instituições internacionais mais ágeis, capazes de promover redes de cooperação diversificadas, que possam mobilizar rapidamente recursos e expertise para enfrentar os desafios globais de forma eficiente.

Sob esse prisma, tendo-se em vista o atual cenário de interdependência complexa, a arbitragem internacional emerge como um mecanismo crucial para a resolução de disputas e a promoção da estabilidade global, uma vez que oferece um fórum neutro para a resolução de conflitos entre atores estatais e não estatais, contribuindo para a segurança jurídica em um ambiente internacional cada vez mais interconectado. Por conseguinte, o procedimento arbitral, por promover uma maior harmonização das regras e práticas procedimentais internacionais, se apresenta como uma ferramenta eficaz para consolidar a segurança jurídica no mundo interdependente contemporâneo, sendo um exímio combatente às ameaças à governança global, especialmente no que se refere à sobreposição de jurisdições.

3 CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: A ARBITRAGEM INTERNACIONAL ENQUANTO PILAR DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO MUNDO INTERDEPENDENTE CONTEMPORÂNEO

Como visto, em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente, a necessidade de mecanismos eficazes para resolver disputas internacionais nunca foi tão premente. Nesse cenário, a arbitragem internacional emerge como um método capaz de lidar com conflitos entre partes de diferentes nações, oferecendo um fórum flexível, eficiente e neutro para a resolução de disputas. Sob essa égide, faz-se mister observar que a arbitragem, conforme definido por Carlos Alberto Carmona, em sua obra "Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96", é um "método privado de solução de litígios, por meio do qual as partes voluntariamente delegam a um terceiro ou terceiros imparciais o poder de decidir seu conflito" (Carmona, 2009, p. 31).

Dentro dessa perspectiva, e conforme argumenta o renomado professor, alguns elementos-chave tornam a arbitragem um método altamente eficaz para a resolução de controvérsias, especialmente no contexto internacional, marcado pela interdependência complexa. Primeiramente, destaca-se a natureza consensual do procedimento arbitral, que exige a concordância das partes para submeterem sua disputa à arbitragem.

Somado a isso, alude-se à flexibilidade e à autonomia inerentes a esse método de resolução de controvérsias, na medida em que as partes possuem o poder de escolher a sede, a câmara arbitral, as regras aplicáveis e os árbitros que comporão o tribunal julgador. Logo, essas características propiciam a criação de um fórum neutro, isento de potenciais vicissitudes e parcialidades comumente associadas às jurisdições estatais nacionais. Ademais, tais atributos do procedimento arbitral permitem uma resolução mais rápida das disputas quando comparado aos processos judiciais, já que, ao conferir às partes a possibilidade de definirem regras adaptadas às particularidades do caso concreto, viabiliza a afirmação de acordos que preveem simplificações procedimentais e redução dos prazos. Finalmente, a flexibilidade e a autonomia presentes na arbitragem, como ressalta Carmona, também geram um processo de tomada de decisão mais informado, uma vez que possibilitam a seleção de árbitros com expertise para a resolução do certame.

Além disso, a confidencialidade, via de regra, intrínseca à arbitragem, é especialmente valiosa em disputas internacionais, uma vez que a proteção de informações sensíveis, como segredos comerciais ou de Estado, constitui um diferencial estratégico em litígios que envolvem atores de diferentes jurisdições. Isso se dá porque tal propriedade atende à necessidade de sigilo desses agentes, que, expostos a um ambiente global altamente competitivo e interconectado, têm a preservação de informações confidenciais como fator determinante para a manutenção de relacionamentos estratégicos.

Por fim, a executabilidade das sentenças arbitrais é um outro pilar que sustenta o sucesso da arbitragem no cenário internacional. Essa característica é amplamente garantida pela Convenção de Nova York de 1958, ratificada por mais de 160 países, incluindo o Brasil em 2002 (Decreto nº 4.311/2002). Tal convenção estabelece diretrizes que padronizam os procedimentos de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no âmbito dos Estados signatários, proporcionando

maior segurança jurídica e previsibilidade às partes envolvidas. Isso se dá porque essa padronização reduz entraves jurídicos e burocráticos inerentes a cada uma das centenas de jurisdições nacionais, garantindo que decisões arbitrais possam ser legitimadas e aplicadas em diferentes ordenamentos jurídicos de maneira eficiente.

Ante todo o exposto, é nítido que a arbitragem é grande facilitadora das relações internacionais, já que se constitui como um mecanismo confiável para resolução de disputas. Isso se dá porque, em âmbito internacional, a arbitragem é capaz de suprimir as divergências existentes entre diferentes jurisdições, o que, por sua vez, contribui para uma maior previsibilidade e estabilidade nas relações internacionais.

Dessarte, afunilando ainda mais o escopo da discussão sobre o tema, no que diz respeito às relações envolvendo Estados nacionais, a arbitragem também oferece uma vantagem diplomática ao proporcionar um fórum neutro, capaz de servir como uma ponte cultural que reúne diferentes tradições jurídicas. Outrossim, ela se torna uma ferramenta de fomento à compreensão mútua entre os diferentes agentes, fortalecendo o diálogo entre as nações e evitando, potencialmente, a escalada de conflitos a nível mundial.

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

No que diz respeito à legislação brasileira sobre arbitragem, tem-se que a jornada do Brasil rumo à institucionalização do procedimento arbitral teve como marco de vital importância a promulgação da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307), em 23 de setembro de 1996. Segundo tal normativa, as disputas passíveis de serem submetidas à arbitragem devem envolver direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, a lei estabelece ser indispensável a existência de uma convenção de arbitragem para que ela ocorra, podendo tal convenção ser formalizada por meio de cláusulas compromissórias (acordos celebrados antes do litígio se amoldar) ou de compromissos arbitrais (acordos firmados após a disputa). Por fim, reitera-se que a legislação supra também reforça que as partes têm ampla liberdade na seleção de árbitros e na definição das regras procedimentais que regerão a arbitragem, além de conceder às sentenças arbitrais o mesmo status das sentenças judiciais, garantindo seu efeito vinculante.

Dentro dessa perspectiva, cabe destacar ainda que a constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi questionada quando da sua promulgação, tendo sido confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, momento em que se consolidou como promotora do acesso à Justiça no país. Assim, superada essa resistência inicial, o Brasil continuou a aprimorar seu marco regulatório de arbitragem, especialmente com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015. Tal normativa expandiu ainda mais o alcance do procedimento arbitral no ordenamento nacional na medida em que regulamentou a possibilidade de a arbitragem ter como parte a Administração Pública, bem como limitou a interferência do Judiciário nas decisões arbitrais ao restringir a interferência desse poder estatal a situações excepcionais.

Dentro dessa perspectiva, é nítido que, como visto, a complexificação cada vez maior das interações globais impõe um ritmo ascendente de valorização da relevância da arbitragem enquanto mecanismo facilitador de relações internacionais harmoniosas. Logo, é evidente, como bem demonstrado pelo trabalho de Carmona, que o desenvolvimento de marcos legais robustos, como a Lei de Arbitragem do Brasil, tem sido crucial para a inserção e demonstração do engajamento do país nesse processo planetário de revolução do sistema de solução de conflitos, o que acaba por fortalecer o papel do Estado brasileiro nas dinâmicas internacionais.

5 O MERCOSUL: ESTRUTURA INSTITUCIONAL E SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) representa uma das mais ambiciosas iniciativas de integração regional na América Latina. Dentro dessa perspectiva, é fato que, desde sua fundação, em 1991, com o Tratado de Assunção, o bloco tem enfrentado desafios e transformações significativas em sua estrutura institucional e em seus mecanismos de solução de controvérsias.

O Mercosul tem como membros fundadores a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Nessa toada, reitera-se que o objetivo primordial dos países signatários era o de criar um mercado comum entre eles, promovendo a livre circulação de bens, serviços

e fatores produtivos, além de almejarem estabelecer uma tarifa externa comum e adotar uma política comercial conjunta em relação aos demais países e blocos econômicos.

No que tange ao tema em análise, observa-se que, na fase inicial de sua estruturação, o Mercosul previu, mais especificamente no Anexo III do Tratado de Assunção, um mecanismo provisório e simplificado para a solução de controvérsias. Esse sistema primitivo previa três etapas principais para a resolução de uma lide: inicialmente, devia-se realizar negociações diretas entre os Estados envolvidos; em seguida, passava-se à apreciação da controvérsia pelo Grupo Mercado Comum (GMC), com a possibilidade de haver oitiva de especialistas para emissão de recomendações técnicas mais precisas acerca do objeto em disputa; e, por fim, caso as etapas anteriores não resultassem em uma solução, o conflito seria levado ao Conselho do Mercado Comum (CMC) para que se determinasse a recomendação final (Bressan, 2012). Entretanto, o que se percebe é que esse mecanismo inicial, embora bem-intencionado, mostrou-se claramente insuficiente para lidar com a crescente complexidade das relações comerciais e políticas intrabloco, dando azo à assinatura do Protocolo de Brasília, ainda em 1991, o qual instituiu um sistema mais estruturado e abrangente de solução de controvérsias.

Dentro dessa perspectiva, menciona-se que o Protocolo de Brasília estabeleceu os tribunais ad hoc como sendo os órgãos competentes para resolver disputas comerciais e econômicas entre os países membros. Dessarte, o referido protocolo estipulou que esses tribunais seriam formados especificamente para cada caso, sendo acionados quando os meios diplomáticos falhassem em resolver as disputas existentes dentro do bloco, bem como quando as tentativas de negociação ou conciliação não solucionassem completamente a controvérsia surgida entre as partes (Vasconcelos, 2016). Ademais, as regras procedimentais seriam determinadas pelos árbitros, desde que respeitassem as diretrizes do CMC, de forma a garantir a manifestação dos litigantes e a celeridade processual. Nesse cenário, é notório que o acordo supracitado representou o primeiro esforço significativo do bloco de estabelecer um sistema mais estruturado de solução de controvérsias, na medida em que, embora tenha mantido as negociações diretas como etapa inicial obrigatória na resolução de conflitos, introduziu o procedimento arbitral ad hoc como instrumento basilar para a solução das lides envolvendo os Estados membros.

Por fim, cabe ressaltar que o Protocolo de Brasília, ao prever a possibilidade de particulares apresentarem reclamações, ainda que de forma indireta, buscou assegurar a participação de agentes privados no sistema. Nesse sentido, determinou que esses particulares deveriam apresentar suas demandas por meio da Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado em que residissem, a qual avaliaria se assumiria ou não a reclamação e, consequentemente, se daria prosseguimento ao pleito (Vasconcelos, 2016).

Desse modo, é nítido que o Protocolo de Brasília representou um significativo avanço institucional para o Mercosul, na medida em que introduziu a arbitragem como um mecanismo jurisdicional associado ao sistema de solução de controvérsias do bloco. No entanto, o caráter transitório do protocolo e algumas limitações operacionais práticas dele advindas logo se tornaram evidentes, como a necessidade de uma fase pré-contenciosa na composição do sistema institucional de resolução de conflitos. Dessarte, tornou-se fundamental a realização de ajustes e aprimoramentos, fato este que culminou na assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994 (Strenger, 2009).

Sob essa ótica, reforça-se que o Protocolo de Ouro Preto, além de reformular a estrutura institucional do Mercosul, introduziu importantes modificações no sistema de solução de controvérsias do bloco, reafirmando a vigência do Protocolo de Brasília ao estabelecer, com maior rigidez, os critérios para admissibilidade de reclamações postuladas por particulares perante a CCM (Vasconcelos, 2016). Juntamente a isso, também incluiu um mecanismo pré-contencioso na sistemática de resolução de conflitos ao permitir que a CCM emitisse respostas a consultas e reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais. Logo, tais mudanças, ainda que incrementais, demonstraram a crescente complexidade das relações intrabloco e a necessidade de instrumentos mais sofisticados para gerir as disputas emergentes no âmbito do Mercosul.

Ainda dentro desse cenário, alude-se ao Protocolo de Olivos, que, assinado em 18 de fevereiro de 2002, aprimorou ainda mais esse sistema de solução de controvérsias do Mercosul ao criar o Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Tal órgão tem como objetivo principal rever as decisões dos Tribunais ad hoc, mencionados no Protocolo de Brasília e reiterados no Protocolo de Ouro Preto, de forma a garantir maior homogeneidade nas interpretações normativas do bloco. Dessarte, o TPR busca superar as limitações existentes no âmbito da resolução de conflitos entre os Estados membros ao promover maior

harmonização nos julgados, de forma a possibilitar a construção de uma jurisprudência uniforme dentro do âmbito do Mercosul. Por conseguinte, ao atuar como uma espécie de "instância recursal" em face das decisões dos árbitros ad hoc, o TPR atesta uma maior segurança jurídica nas relações envolvendo os agentes signatários (Bressan, 2012).

Ademais, referido protocolo introduziu a possibilidade de escolha de foro para a solução de controvérsias, permitindo às partes optar pelo sistema do Mercosul ou por outros mecanismos, como o da Organização Mundial do Comércio (OMC). Outro ponto relevante diz respeito ao fato de tal protocolo ter estabelecido como opcional a intervenção do GMC no processo resolutivo de controvérsias do bloco, de forma a facilitar e agilizar o acesso das partes à arbitragem (Bressan, 2012).

Somado a isso, foram estabelecidos critérios mais precisos para a aplicação de medidas compensatórias em caso de não cumprimento dos laudos arbitrais, objetivando aumentar a efetividade do sistema resolutivo em construção. Contudo, observa-se que, na prática, a mera possibilidade de aplicação de medidas compensatórias não tem sido suficiente para assegurar a implementação dos laudos proferidos nos procedimentos arbitrais (Bressan, 2012).

Finalmente, expõe-se que o TPR foi dotado de competência para emitir opiniões consultivas, ainda que não vinculantes, sobre a interpretação do direito do Mercosul, com a finalidade de aprimorar a estrutura jurídica do bloco. Entretanto, o caráter não vinculante dessas opiniões consultivas limitou significativamente o impacto de tais manifestações na harmonização das interpretações jurídicas no âmbito institucional, perpetuando a prevalência das soluções políticas em detrimento daquelas oriundas dos próprios mecanismos institucionais de solução de controvérsias (Mariano, 2007).

Logo, é evidente que o Protocolo de Olivos, embora tenha apresentado lacunas que exigiam aprimoramentos para garantir a plena efetividade do sistema resolutivo do Mercosul, representou um esforço substancial para consolidar a arbitragem como elemento central do sistema de resolução de controvérsias do bloco. Isso se deu em função da busca pelo aprimoramento, por meio do TPR, da uniformidade jurisprudencial no âmbito do Mercosul. Sendo assim, percebe-se que os Estados membros buscaram com esse acordo mitigar a pluralidade de entendimentos oriundos das decisões proferidas pelos múltiplos tribunais *ad hoc* até então vigente.

Portanto, é fato que, atualmente, a estrutura institucional do bloco reflete uma tentativa de equilibrar diferentes aspectos da integração regional, buscando expandir seu escopo para incluir dimensões políticas e sociais (Strenger, 2009). Entretanto, apesar dos esforços promovidos para sofisticar sua estrutura, o Mercosul ainda enfrenta desafios significativos para harmonizar os diversos elementos da sua integração regional, uma vez que persiste em seu bojo uma estrutura institucional predominantemente intergovernamental, a qual transfere grande parte do ônus da aplicação do direito regional ao judiciário dos Estados membros (Vasconcelos, 2016). Outrossim, mesmo que a criação do TPR tenha representado um avanço significativo para o Mercosul, ela não foi suficiente para consolidar plenamente a arbitragem no arcabouço normativo e decisório do bloco, comprometendo a fixação da neutralidade, da celeridade, da confidencialidade, da flexibilidade e da autonomia a ela inerentes no seio de referido sistema de resolução de conflitos (Strenger, 2009).

Desse modo, é nítido que o atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul, embora represente um avanço significativo em relação aos mecanismos iniciais, não está isento de desafios e limitações que comprometem sua plena eficácia. Dessarte, é fato que os Protocolos supracitados e a constante evolução e complexificação da estrutura institucional culminaram em um sistema dotado de uma flexibilidade que permite adaptar o procedimento resolutivo às particularidades de cada disputa, oferecendo uma variedade de instrumentos aptos a solucionar uma pluralidade de conflitos. No entanto, é evidente que subsistem lacunas que precisam ser preenchidas para que o Mercosul se consolide como um bloco regional alinhado aos ditames da segurança jurídica.

Nesse sentido, é mister mencionar que o Mercado Comum do Sul ainda encontra dificuldades expressivas para se firmar como um bloco confiável sob a perspectiva dos investidores, sejam eles internos ou externos (Medeiros, 2010). Isso decorre, em grande parte, como demonstrado, da clara incapacidade organizacional de uniformizar a interpretação das suas normativas, devido à ausência da institucionalização plena de um sistema de resolução de conflitos verdadeiramente imparcial e desvinculado das influências e vicissitudes inerentes às decisões conduzidas pelo Poder Judiciário nacional de cada um dos Estados membros envolvidos em determinado litígio.

Por conseguinte, é evidente, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos de resolução de controvérsias, que o caráter por vezes experimental observado nos atos institucionais do Mercosul impõe sérios desafios à implementação e à efetiva execução das decisões adotadas no âmbito desse sistema regional. Esse quadro é ainda mais agravado em função da falta de um mecanismo automático de incorporação das normas do bloco aos ordenamentos jurídicos dos países membros, o que cria entraves significativos ao aprofundamento da integração entre as nações signatárias e, consequentemente, compromete o fortalecimento do bloco frente à ordem econômica mundial (Bressan, 2012).

6 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, a análise da evolução do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, com foco especial na arbitragem, revela um processo de amadurecimento institucional significativo desde a criação do bloco em 1991. Este desenvolvimento reflete não apenas a complexidade crescente das relações entre os países membros, mas também a necessidade de mecanismos que confiram maior robustez e eficácia aos instrumentos já existentes, de forma a fazer com que o bloco consiga acompanhar a complexificação constante da integração regional.

Outrossim, em conclusão, o desenvolvimento do sistema de arbitragem no Mercosul representa um caso exemplar de como os mecanismos de resolução de disputas podem evoluir para atender às necessidades de um processo de integração regional. Dessarte, embora existam áreas que demandam aprimoramento, é inegável que a arbitragem tem desempenhado um papel fundamental no fortalecimento institucional do bloco e na promoção da segurança jurídica nas relações entre seus membros.

Portanto, é lícito postular que o futuro do Mercosul é intrinsecamente dependente da capacidade do bloco de continuar adaptando-se às mudanças no cenário internacional, aprofundando a integração e fortalecendo seus mecanismos institucionais, sobretudo no que diz respeito ao aprimoramento de seu sistema de solução de controvérsias. Nesse contexto, a arbitragem continuará sendo um instrumento vital para a gestão de conflitos e para a promoção da estabilidade regional, contribuindo para a

realização dos objetivos de integração econômica, política e social do Mercosul ao assegurar um ambiente institucional respaldado pela segurança jurídica e pela neutralidade procedimental na aplicação do Direito internacional.

REFERÊNCIAS

ALTER, Karen J.; MEUNIER, Sophie. The politics of international regime complexity. **Perspectives on Politics**, Cambridge, v. 7, n. 1, p. 13-24, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1017/S1537592709090033. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 1.901, de 9 de maio de 1996. **Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994.** Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991. **Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul).** Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. **Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.** Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. **Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul.** Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 922, de 10 de setembro de 1993. **Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0922.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. **Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206-7/Espanha**. Sentença estrangeira: laudo arbitral [...]. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral [...]. Agravante: M B V Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2001. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2004. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRESSAN, Regiane Nitsch. A institucionalização do Mercosul e o sistema de solução de controvérsias. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais - UNESP**, São Paulo, v. 42, p. 17-39, jul./dez. 2012. Disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/issue/view/458/8. Acesso em: 3 ago. 2024.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence**. 4. ed. Boston: Longman, 2012.

MARIANO, Marcelo Passini. **A política externa brasileira, o Itamaraty e o Mercosul**. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2007. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/items/d8c29a37-341a-4a92-8ce5-62703b4ab031. Acesso em: 3 ago. 2024.

MEDEIROS, Orione Dantas de. Meios de solução de controvérsias entre estados partes do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 185, p. 179-193, jan./mar. 2010. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198666. Acesso em: 3 ago. 2024.

STRENGER, Rafael Dahne. **Laudos arbitrais do Mercosul e seus princípios norteadores**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-29102009-094540/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_RAFAEL.pdf. Acesso em: 3 ago. 2024.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Assunção, ano 4, n. 8, p. 114-135, ago. 2016. Disponível em: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/198. Acesso em: 3 ago. 2024.

MATERNIDADES TORTURADAS: UMA ANÁLISE DA MATERNIDADE COMO AGRAVANTE DA TORTURA NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985)

TORTURED MOTHERHOODS AN ANALYSIS OF MOTHERHOOD AS AN AGGRAVATING FACTOR OF TORTUREM DURING THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985)

Camila Sena Costa[*]
Maria Eduarda Short Bonfim[*]
Rafaela Barbosa Carneiro[*]

RESUMO: O artigo analisa como o gênero e a maternidade foram utilizados como uma violência própria infligida aos corpos femininos, através da discussão de diversos estágios da maternidade, com base na história de três diferentes mulheres, unidas pelo desafio do maternar no regime militar e suas realidades frente às prisões ilegais e torturas comuns à ditadura militar, foi possível realizar uma análise das questões de gênero pertinentes ao contexto feminino dessa luta. Assim, a pesquisa realizada se propõe a investigar a partir da memória e de documentos trajetórias femininas, como a de Esmeraldina Cunha, Maria Amélia Teles e Izabel Fávero, a transgressão dessas ao padrão feminino da época e as graves violações de direitos humanos direcionadas a elas. Como sujeitos sociais que resistiram ao terrorismo de estado em uma sociedade profundamente patriarcal em que apenas não cumprir papéis definidos pela sociedade já era uma declaração a segurança nacional e aos bons costumes e morais da época.

Palavras-chave: maternidade; ditadura militar; gênero; direitos humanos.

ABSTRACT: *The article analyzes how gender and motherhood were used as a form of violence inflicted on female bodies. Through the discussion of various stages of motherhood, based on the stories of three different women, united by the challenge of motherhood under the military regime and their realities in the face of illegal imprisonment and torture common to the military dictatorship, it was possible to carry out an analysis of gender issues pertinent to the female context of this struggle. Thus, the research carried out aims to investigate, based on memory and documents, female trajectories, such as those of Esmeraldina Cunha, Maria Amélia Teles and Izabel Fávero, their transgression of the feminine standard of the time and the serious human rights violations directed at them. As social subjects who resisted state terrorism in a deeply patriarchal*

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membra no Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (NEPEDI/UERJ). E-mail: senacostacamila@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2171112295810118. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-8233-5115.

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisa na área de justiça de transição, direito do trabalho, gênero, sexualidade e direito agrário. Dedica-se às atividades de pesquisa, ensino e extensão nas áreas de direito, história e memória. E-mail: Eduardashort@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9953906046998775. ORCID: https://orcid.org/0009-0007-9517-1513.

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Integrante do grupo de pesquisa Direito, Justiça, Terra e Literatura (UFBA/CNPq) e do grupo de pesquisa Lugares de Memória. E-mail: Rafaelabcarneiro24@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9548803754497106. ORCID: https://orcid.org/0009-0001-0848-5212.

society in which simply not fulfilling roles defined by society was already a declaration of national security and the good customs and morals of the time.

Keywords: *maternity; military dictatorship; gender; human rights.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ABORTO SE TORNA UMA ARMA NA TORTURA; 3 MATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE TORTURA; 4 "MÃES ÓRFÃS"; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A ditadura militar brasileira foi marcada por um forte conflito entre o público e o privado, em que as mudanças nos costumes próprios da década de 1960 encontravam forte resistência dos setores mais conservadores da sociedade. A preocupação com a manutenção das estruturas sociais frente a grande esperança que o final dessa década retinha, demonstra-se na própria produção legislativa, como possível verificar no Decreto-Lei nº 898, de 29 de Setembro de 1969, que:

> Art. 23. Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo: Pena: reclusão, de 8 a 20 anos. (Brasil, 1969)

Em um contexto de ebulição social por grandes esperanças de mudanças e forte reação estatal e de outros setores sociais para manutenção das estruturas e hierarquias sociais, os corpos femininos são marcados por uma grande violência e repressão. Através de um forte viés moral expresso na violência contra as mulheres, a ditadura militar visou manter intocada a estrutura fortemente contestada no período, em que os espaços públicos e privados estavam se modificando já que as mulheres estavam ousando adentrar o espaço político e masculino por excelência ao se engajarem nas diversas organizações clandestinas existentes no país durante a ditadura militar em um sonho de democratizar o país (Colling, 2014, p. 06).

Como consequência do terrorismo de Estado, as mulheres integram grupos militantes, ocupando novos espaços que não as pertenciam anteriormente e indo de encontro aos papéis designados a elas na esfera privada e doméstica como esposas e mães. Destaca-se nesse ponto uma sistematização da violência contra os corpos

femininos a fim de se garantir o controle sobre suas ações, já que:

> A mulher militante política nos partidos de oposição à ditadura militar cometia dois pecados aos olhos da repressão: de se insurgir contra a política golpista, fazendo-lhe oposição e de desconsiderar o lugar destinado à mulher, rompendo os padrões estabelecidos para os dois sexos. A repressão caracteriza a mulher militante como Puta Comunista. Ambas categorias desviantes dos padrões estabelecidos pela sociedade, que enclausura a mulher no mundo privado e doméstico. (Colling, 2014, p. 07)

Ainda que para estudiosas como Ana Maria Colling, as mulheres negassem a sua sexualidade como condição para conquistar um lugar de igualdade ao lado do homem, aliado ao movimento dos militares de desqualificar essas mesmas mulheres militantes como sujeitos autônomos e apêndices de homens (Colling, 2014, p. 07), esta não é única maneira que podemos entender a atuação militante feminina durante a ditadura militar e a sua atuação, inclusive no que se tange em relação a ocupar papéis tipicamente femininos: o de ser mãe.

A proposta deste artigo, é analisar as histórias de três militantes que se colocaram contra a ditadura militar de modos diferentes, mas ainda assim atravessadas pela maternidade e a violência infligida contra elas se utilizando de uma vivência exclusiva do feminino. Partindo do pressuposto que:

> Nós só podemos escrever a história desse processo se reconhecermos que "homem" e "mulher" são, ao mesmo tempo, categorias vazias e transbordantes. Vazias, porque não têm nenhum significado último, transcendente. Transbordantes, porque mesmo quanto parecem estar fixadas, ainda contêm dentro delas definições alternativas, negadas ou suprimidas. (Scott, 2017, p. 23)

Assim, analisar a experiência do feminino e da maternidade na ditadura militar também é entender a agência feminina quanto à maternidade enquanto militante, uma vez que não são papéis que parecem ser conciliatórios em um contexto de negação de sua sexualidade para adentrarem no combate à ditadura. Por isso, o processo investigativo desta pesquisa se definirá como uma pesquisa empírica, com abordagem qualitativa que, pela definição de Rebeca Igreja (2017, p. 14), é uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais.

Dessa maneira, para o desenvolvimento da pesquisa, foram escolhidas as técnicas de revisão bibliográfica e análise documental. Iniciamos o processo com a revisão de literatura, etapa em que foram selecionados trabalhos acadêmicos, principalmente em um levantamento do banco de teses e dissertações, e literaturas de referências sobre estudos de gênero durante a ditadura militar, além da utilização de palavras chaves como "mulheres", "maternidade", "ditadura militar" e "mães" em bancos de artigos, teses e dissertação e repositórios.

Paralelamente ao estudo dos referenciais teóricos, também utilizamos a pesquisa documental, considerando o uso das fontes primárias que possuam validade para o meio acadêmico (Reginato, 2017, p. 216), sendo elas os materiais encontrados no Arquivo Nacional ou Comissões Estaduais da Verdade, principalmente a de São Paulo e da Bahia.

Através da análise, entendemos que:

> As mulheres militantes, ao decidirem pela maternidade, eram advertidas de forma sistemática sobre o que poderia lhes advir caso caíssem nas garras da repressão. Havia reações negativas em relação à escolha pela maternidade. As organizações, de um modo geral, não adotavam nos seus planos de ação o enfrentamento dos problemas do cotidiano, considerados menores e que deveriam ser postergados para quando houvesse o triunfo da revolução. (São Paulo, 2015, p. 17)

Evidencia-se, dessa forma, que apesar de a maternidade ter sido utilizada como arma e como maneira de controle dos seus corpos, também foi um grande ato de resistência realizado através da escolha, ainda que rodeada de desencorajamento. Assim ao negar-se a ocupar apenas o espaço contraditório em que cabe apenas uma coisa ou outra, mas exercer seu direito escolher de ocupar o espaço público e privado, sendo mulher e militante, como refletido por Amélia Teles na escrita de parte do Relatório da Comissão da Verdade:

> Nesse contexto, as militantes políticas que decidiram ser mães, o fizeram em condições desafiadoras tanto por lutarem contra a ditadura militar como ainda pela ousadia de se engravidarem. Tomaram o caminho da descoberta do corpo, se apropriaram dele, de sua sexualidade e das próprias decisões tanto em relação à reprodução como ao exercício da sexualidade e da atividade política. (São Paulo, 2015, p. 19)

Dessa maneira, nos propomos a analisar diversos momentos da maternidade e do papel social e político ocupado por mulheres, pela lente de três experiências em diferentes pontos da maternidade: a gestação e a sua negação através do aborto, a negação da maternidade e do poder familiar de seus filhos pequenos e a perda de seus filhos para a repressão da ditadura militar. Três estágios em que o caráter da violência esteve inscrito no corpo feminino e se utilizou dele e do papel social esperado para a mulher para exercer controle e punir pelas transgressões de outrem e de si mesmas ao lutar contra a ditadura militar e se rebelar contra as estruturas e hierarquias sociais.

2 ABORTO SE TORNA UMA ARMA NA TORTURA

A ditadura militar utilizou de maneira sistematizada o controle da gestação como modo de tortura das mulheres, arrancando delas a escolha da maternidade, tomadas em um contexto de clandestinidade ou guerrilha. Implementado dentro da política de estado é possível reconhecer a denúncia sistemática de mulheres em seus depoimentos para a Comissão Nacional da Verdade, como exposto:

> Há relatos que mostram perícia distinta na tortura de grávidas, com a utilização de técnicas e cuidados específicos quando se pretendia evitar que abortassem ou quando pretendiam efetivar o aborto, ou mesmo quando esterilizar uma mulher era o objetivo. Não importava a vida que estava sendo gestada, tampouco o impacto que tamanha violência causaria à vida futura dos bebês que eventualmente conseguissem sobreviver. (Brasil, 2014, p. 411)

As mulheres sabiam que a escolha de ser militante exigiria algumas decisões que envolveriam renúncias dolorosas e com altos custos sociais (Cruz et al., 2015, p. 5). Ainda assim, trilharam um caminho que não era questionado pelos seus companheiros homens, e ao serem mães, enfrentaram a dupla ou talvez tripla opressão sem deixarem de ser "sujeitos políticos" (São Paulo, 2015, p. 06).

Um exemplo da agência de escolha de ser mulher, mãe e ser militante está presente na história de Izabel Fávero, nascida em 1949 em Caxias do Sul. Pelo seu relato transcrito pela Comissão Nacional da Verdade em 2013, começou a sua militância no movimento estudantil do Rio Grande do Sul, onde conheceu o futuro marido, Luiz Andrea Fávero. Ambos começaram a militar na VAR-Palmares por conta do contexto político ditatorial, e

por uma decisão da regional partem para a clandestinidade no Paraná com a intenção de montar um local para desenvolver trabalhos políticos para a organização.

Recém-casados e morando na fazenda do pai de Luiz, o casal se aproxima da comunidade através da educação demonstrando na prática o que é analisado por Amélia Teles na produção da Comissão Estadual da Verdade Rubens Paiva:

> Para manter uma fachada legal era conveniente destacar um casal de militantes jovens para cuidar do "aparelho". Diante de um casal com essas características as suspeitas junto à vizinhança eram bem menores. (São Paulo, 2015, p. 05)

Dessa maneira, o casal se integrou à comunidade até que os militares chegaram até eles em 1970, em um processo de colocar fim às organizações de resistência à ditadura militar. Em seu relato, Izabel Fávero conta que:

> E, no segundo dia, eles fecharam, terminaram de fechar o cerco e prenderam os outros meninos, os outros cinco companheiros e, durante os primeiros dias, nós ficamos unicamente sob o comando, nas mãos do Cerdá e do Espedito, eles que comandavam a tortura, eles levavam a gente lá para aquele pavilhão, a gente aí, o prazer deles era torturar um frente ao outro e dizer "olhe, sua vadia, ó ele está apanhando por culpa sua que você não quer colaborar", entendeu? Ou o contrário, entende? Era um jogo de tortura psicológica, física, pra desestruturar mesmo, desestabilizar a gente. Eu fui muito ofendida, como mulher, porque ser mulher e militante é um carma, a gente, além de ser torturada física e psicologicamente, a mulher é vadia, a palavra mesmo era "puta", "menina decente, olha para a sua cara, com essa idade, olha o que tu está fazendo aqui, que educação os teus pais te deram, tu é uma vadia, tu não presta". (Brasil, 2013, p. 05)

Em outro relato presente no Brasil Nunca Mais, está registrado a denúncia de Luiz Andrea Fávero: "que, a certa altura o interrogando ouviu os gritos da sua esposa e, ao pedir aos policiais que não a maltratassem, uma vez que a mesma se encontrava grávida, obteve como resposta uma risada". E ainda relata: "que ainda nesse mesmo dia teve o interrogando notícia de que sua esposa sofrera uma hemorragia, constatando-se posteriormente, que a mesma sofrera um aborto" (Arquidiocese de São Paulo, 1985, p. 50).

Desse modo, é possível entender que os militares torturavam as mulheres grávidas como uma medida para satisfazer as suas perversões e, certamente, causar danos à mulher torturada, ao esposo, que muitas vezes assistia à tortura como forma de punição, e as suas respectivas famílias (Costa Júnior, 2020, p. 08). No caso de Izabel, é

evidente que eles sabiam sobre a sua condição de gestante e assumindo a possibilidade de provocar um aborto na militante, uma vez que:

> Foi pau de arara, choques elétricos, jogo de empurrar e, no meu caso, ameaças de estupro. Dias depois, chegaram dois caras do Dops do Rio, que exibiam um emblema do Esquadrão da Morte na roupa, para 'ajudar' no interrogatório. Eu ficava horas numa sala, entre perguntas e tortura física. Dia e noite. Eu estava grávida de dois meses, e eles estavam sabendo. No quinto dia, depois de muito choque, pau de arara, ameaça de estupro e insultos, eu abortei. Depois disso, me colocaram num quarto fechado, fiquei incomunicável. (Brasil, 2010, p. 51)

Izabel ainda denuncia a negligência com a sua saúde após o aborto provocado, e como as marcas da violência a colocaram em uma posição de "suja" e por isso intocável e que a afastou de uma violência sexual, prática muito comum dentro da prática de tortura, inclusive na presença de companheiros, já que os torturadores entendiam a violação de seus corpos como uma possibilidade de humilhar os homens dos grupos políticos aos quais pertenciam (Brasil, 2014, p. 407). Esse cruzamento de violências fica exposto nesse trecho do seu relato:

> eu sangrava muito, eu não tinha como me proteger, eu usava papel higiênico, e já tinha mal cheiro, eu estava suja, e eu acho que, eu acho não eu tenho quase certeza que eu não fui estuprada, porque era constantemente ameaçada, porque eles tinham nojo de mim. E eu lembro que no dia em que nós fomos presos, exatamente no dia 4, nós tínhamos estado em Cascavel, e quando a gente saiu da ginecologista, tinha um veículo militar, mas a gente em momento nenhum pensou que eles estivessem vigiando a gente, eles já estavam no encalço da gente, eles seguiram, esse dia eles nos seguiram o dia todo. E o meu marido dizia, "por favor não façam nada com ela, pode me torturar, mas ela está grávida", e eles riam, debochavam, "isso é história, ela é suja, mas não tem nada a ver", enfim. (Brasil, 2014, p. 400)

Assim, fica evidente como o controle do corpo feminino foi atravessado pela sua negação da maternidade, como forma de punir a sua transgressão em ir além do papel social designado para ela de mãe e esposa, mas também de ser militante, e como uma forma de punir seu parceiro através do corpo feminino. Ambas as práticas, não são um caso isolado na história de Izabel, mas marcaram a experiência de outras inúmeras mulheres que se arriscaram – ou não – para denunciar as violações que passaram durante suas prisões na ditadura militar.

3 MATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE TORTURA

Como visto, a militância feminina era duplamente transgressora e ainda mais ofensiva à Ditadura Militar, a ela estava atrelada a figura da puta-comunista, caracterizada como promíscua e indigna (de Paula, 2023, Pizzi, 2023, p. 14). Essa imagem é um óbvio contraste com a sacralidade da maternidade, construída na sociedade judaico-cristã à imagem de Maria, mãe de Jesus. Esse lugar da dedicação exclusiva aos filhos e à vida doméstica, socialmente esperado para a mulher-mãe, já estava sendo progressivamente ameaçado pela revolução de costumes e a entrada das mulheres na universidade e no mercado de trabalho (Teles, 2015, p. 1005).

No entanto, a participação ativa na vida política configurava uma ruptura ainda maior. Há uma dupla transgressão envolvida no ato de escolher pela militância, um lugar tipicamente reservado aos homens, e não abrir mão do maior símbolo de feminilidade no imaginário social, a maternidade (de Paula, 2023, Pizzi, 2023, p. 8) É fundamental olhar para a violência sofrida por mulheres-mães que optaram pela militância política, ou que já tendo adentrado a vida política agitada nos anos de chumbo, escolheram viver a maternidade. Essa escolha não passou impune, muito pelo contrário, foi duramente reprimida.

A maternidade foi um dos meios de tortura utilizados pela repressão política. Foi usada para enlouquecer e fragilizar militantes, o que causou, em muitas situações, o enfraquecimento afetivo e emocional às mulheres e às crianças. As mães, por serem violentamente reprimidas pela ditadura devido à militância política, eram obrigadas a assistir suas crianças serem submetidas às mais vis torturas psicológicas ou físicas.

> As crianças foram atingidas porque suas mães, na maioria dos casos, romperam com os estereótipos femininos, saíram dos papéis impostos de submissas e frágeis e se empenharam em ações que eram consideradas "de homens", como o manejo de armas, a elaboração de estratégias políticas de enfrentamento e resistência na tentativa de obter justiça, liberdade e democracia. (Teles, 2015, p. 1017)

O tratamento reservado aos militantes políticos era, em regra, marcado por sessões de violência física. No entanto, essa não era a única técnica cruel que o Estado brasileiro empregava contra seus inimigos. A tortura psicológica era diversa e a prática de ameaçar a integridade física e a vida de amigos e entes queridos dos presos na intenção de obter informações confidenciais acerca das organizações de resistência era

corriqueira (Brasil, 2014, p. 378). No caso das presas que eram mães, esse tipo de tortura era ainda mais comum e perverso. Ameaçavam a vida e a segurança de seus filhos. Utilizavam o amor e a culpa materna contra essas mulheres que ousavam desafiar os papeis pré-estabelecidos (Teles, 2015, p. 1017).

> Eu não gosto de falar disso, mas eu vejo a importância desse momento de tratar a verdade e gênero pensando nessas desigualdades entre homens e mulheres em que esses agentes do Estado, os repressores, usaram dessa desigualdade para nos torturar mais, de uma certa forma de usar essa condição nossa, nós fomos torturadas com violência sexual, usaram a maternidade contra nós, minha irmã acabou tendo o parto, tendo o filho na prisão. Eu não sei até hoje se os meus filhos foram levados para o Cesar ver, mas levaram para a mãe ver os filhos, e nós sabemos quanto à maternidade, o ônus da maternidade que nós carregamos. (Brasil, 2014, p. 408)

Um caso de destaque que serve como exemplo para discutir a violência perpetrada contra a maternidade das militantes políticas durante a ditadura militar é o de Maria Amélia Teles. Caso esse que, há alguns anos, foi levado ao tribunal com o nome de Família Teles X Estado brasileiro, buscando o reconhecimento judicial e a reparação pela tortura sofrida por toda a família. Em 2015, o STJ considerou procedente a ação declaratória para reconhecimento judicial da responsabilidade institucional do estado ou pessoal de autores de graves violações de direitos humanos (Centro de Justiça de Transição, 2022).

Maria Amélia Teles, conhecida como Amelinha, era militante desde os 16 anos. Casada com César Augusto Teles, ambos eram filiados ao PCdoB e foram presos em 28 de dezembro de 1972 (São Paulo, 2015, p. 268). No dia seguinte, os dois filhos do casal foram sequestrados por agentes do Estado. A intenção ali era utilizar as crianças para torturar psicologicamente os pais, em especial a mãe e forçá-los a entregar os companheiros do partido.

> Meus filhos Janaina e Edson foram usados pelos bárbaros e boçais opressores, como instrumento de tortura psicológica, pois a todo tempo os "militares" diziam a mim e ao César que nossas crianças também seriam torturadas e mortas. (São Paulo, 2015, p. 269.)

Em um claro ataque aos direitos da Infância, Janaína e Edson Luiz, com 5 e 4 anos, respectivamente, foram destituídos do poder familiar sem qualquer respeito por procedimento legal – como era o normal no cenário político da época - e mantidos sob o

poder do Estado e levados até a sede do DOI-CODI SP. Lá em que era um dos maiores centros de detenção e tortura da América Latina na época, as crianças não apenas ouviam os gritos dos torturados, mas também foram forçados a ver seus próprios pais irreconhecíveis, destruídos após o tratamento desumanizante dos militares (São Paulo, 2015, p. 257).

> [...] sofri uma violência, ou várias violências sexuais. Toda tortura era feita em nós, nuas, as mulheres nuas, os homens também ficavam nus, com vários homens dentro da sala, levando choques pelo corpo todo, inclusive na vagina, no ânus, nos mamilos, na boca, nos ouvidos. E meus filhos me viram dessa forma. Eu, urinada, com fezes, com vômito, enfim, o meu filho chegou para mim e disse, mãe, por que é que você ficou azul e o pai ficou verde? Porque o pai estava saindo do estado de coma e eu estava azul, aí que eu me dei conta, de tantos hematomas no meu corpo. (São Paulo, 2015, p. 24)

Importante ressaltar que, apesar de anteceder em 18 anos a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, nessa época, desde 1959, o Brasil era signatário da Declaração dos Direitos da Criança que previa a obrigação do Estado de promover a proteção especial da segurança e do desenvolvimento da infância. Ainda assim, nada disso foi considerado por um governo que agia como se estivesse em uma guerra total contra seus cidadãos e nem mesmo crianças eram poupadas, uma vez que eram também tidas como elementos perigosos e inimigos do Estado (São Paulo, 2015, p. 14).

> PRINCÍPIO 2º A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (Nações Unidas, 1959)

Foi realizada uma dupla tortura que ao mesmo tempo em que violava a infância, deixando naquelas crianças marcas psíquicas que as acompanhariam por toda a vida adulta (São Paulo, 2015, p. 264) era especialmente cruel com Maria Amélia, a mãe. O medo e a culpa eram instrumentalizados como métodos de tortura. Além de sofrer com a violência física e sexual, ela temia pela vida e segurança das crianças (São Paulo, 2015, p. 269) Após algum tempo, familiares de César e Amelinha conseguiram que Janaína e Edson Luiz fossem retirados da sede do DOI-CODI.

No entanto, ao invés de serem restituídos ao seio familiar, foram entregues a um tio

distante, delegado de polícia e que tinha íntimas relações com a ditadura. Em Belo Horizonte, longe da família, as crianças foram submetidas a mais negligência e tortura psicológica. Só quando Crimeia de Almeida, irmã de Amelinha – que estava com as crianças quando os pais foram detidos e que foi presa, na mesma ocasião, grávida de sete meses – foi liberada é que elas foram restituídas ao poder familiar (São Paulo, 2015, p. 258).

Sob essa óptica e a partir dessa análise, é impossível ignorar a utilização da maternidade como instrumento de tortura. Assim como Maria Amélia, houveram outras mães-militantes que sofreram penalidades por ousar transgredir. De diferentes formas, essas mulheres corajosas que desafiaram a Ditadura Militar e as normas patriarcais, sendo simultaneamente, mulheres, mães e sujeitos políticos, foram duramente torturadas em seu corpo e em sua subjetividade.

4 "MÃES ÓRFÃS"

No contexto doméstico da década de 60-80, a maternidade usualmente possuía um papel bem definido: de cuidado, mediação e conciliação de conflitos. A mãe era designada ao papel de cuidar dos seus filhos, mediar diálogos em casa e resolver ocasionais conflitos entre os filhos ou entre os filhos e o pai. Era responsável, em suma, por manter a passividade do lar, resignando-se, muitas vezes, ao apolitismo. Com a inserção da ditadura militar nessa dinâmica em 1964, as famílias passaram a lidar com um novo desafio em seu funcionamento: a vida de militância de seus filhos. O papel da mãe, por sua vez, adaptou-se a esse contexto, aplicando suas características comportamentais maternas na defesa de seus filhos de modo tradicional ou não.

> A conjuntura social, as relações conjugais tradicionais e a própria socialização feminina vivenciada pelas mães em suas famílias de origem, não possibilitava que as mães de militantes expressassem tão diretamente seus posicionamentos políticos. De forma comum, as lembranças narradas demonstram que elas não tinham ações políticas na esfera pública, embora desejassem um futuro diferente aos seus filhos e filhas, demonstrando certa crítica ao que viviam. Deste modo, o próprio silêncio das mães diante de atitudes e escolha de seus filhos, pode ser visto como um suporte, pois favoreceu a continuidade das ações que contrariavam os modelos de atuação tradicionais, muitas vezes impostos no contexto familiar. (Oliveira, 2017, p. 9)

Dessa maneira, foi de grande relevância a participação das mães na trajetória política da vida de muitos militantes, atuando como uma força que impulsionou maior resistência dos presos políticos às sevícias, servindo meio de comunicação com o mundo externo das prisões, como suporte em ocasiões de clandestinidade e na luta por informações sobre a morte ou desaparecimento de seus filhos: "No Brasil há inúmeros exemplos da coragem e determinação das mães na libertação de seus filhos e filhas prisioneiros. Na defesa da vida de sua prole, as mães tornam-se militantes aguerridas que desconhecem limites. Por isso, eram temidas pela repressão" (Colling, 2015, p. 380)

A ditadura militar brasileira ao provocar fatais torturas aos filhos dessa nação, viu nascer um novo movimento de luta, o das mães que perderam seus filhos para a repressão. As mães brasileiras, independentemente de seu nulo histórico de engajamento com a luta política, empenharam-se na reivindicação do direito à vida de seus filhos:

> Durante os anos de chumbo, uma parcela da sociedade que passou a atuar politicamente de forma orgânica foram as mães e esposas de dissidentes. Elas em si não se enquadravam no modelo tradicional do militante partidário, e nem estavam na resistência através de uma escolha ideária própria, mas quando seus filhos e maridos eram atingidos, elas passavam a carregar também a luta deles. Principalmente quando eles se tornavam mortos ou desaparecidos, eram estas mulheres que passavam a portar a luta daquele que se foi. (Costa, 2021, p. 147)

Exemplo desse comportamento é Esmeraldina Carvalho de Cunha, mãe de cinco filhas, divorciada, que se viu obrigada a lutar contra a ditadura para protegê-las das consequências da militância. Dentre as duras prisões enfrentadas por suas filhas, foi a trajetória de sua filha mais nova, Nilda, que lhe levou a dar sua vida em defesa da justiça. A caçula da família foi presa em 1971 na Operação Pajussara, quando tinha 17 anos, sofrendo fortes torturas que a debilitaram gravemente, falecendo em 14 de novembro do mesmo ano (Bahia, 2016, p. 291).

> A morte de Nilda, foi unia monstruosidade igualável apenas ao sofrimento das vítimas do Holocausto ou da Inquisição, na idade média. As torturas impingidas a mesma causou-lhe um pavor e pânico intenso ao ato de dormir, sendo necessário internação psiquiátrica e consequentemente, uma morte até hoje misteriosa, em um Sanatório em Salvador. O desespero de Nilda foi relatado a suas irmãs e mãe que não conseguiram ajudá-la e ela faleceu dormindo, exatamente como temia em suas angústias após sofrer torturas. (Amaral, 1997, p. 2)

Esmeraldina é inserida, assim, para o grupo de "mães órfãs", formado dolorosamente em consequência da repressão por mães que perderam seus filhos para o regime militar. Essas mulheres se assemelham em lutas e desafios, como na busca por informações negadas pelos carcereiros e no incansável esforço em prol da verdade e justiça pelos seus filhos falecidos (Santos, 2024). A dor dessas mães é traduzida em versos escritos e cantados por Chico Buarque de Holanda, em canção intitulada de "Angélica":

> (...) Quem é essa mulher/ Que canta sempre esse lamento?/ Só queria lembrar o tormento/ Que fez o meu filho suspirar/ Quem é essa mulher/ Que canta sempre o mesmo arranjo?/ Só queria agasalhar meu anjo/ E deixar seu corpo descansar/ Quem é essa mulher/ Que canta como dobra um sino?/ Queria cantar por meu menino/ Que ele já não pode mais cantar (...) (Buarque, 1981)

O processo de tornar-se "mãe órfã" devastou Esmeraldina, mas também serviu como combustível para seu engajamento na luta contra repressão, manifestando-se em cada etapa desse processo. Quando soube de sua prisão buscou diversas autoridades para romper a incomunicabilidade do regime, enfrentou um dos carcereiros de sua filha, Major Nilton de Albuquerque Cerqueira, e quando se deparou com a notícia do falecimento de Nilda, inconformou-se, entrou em profunda depressão e foi internada no Sanatório Ana Nery. Assim que se reergueu continuou sua luta, buscando incansavelmente por justiça e mais esclarecimentos (Mortos e Desaparecidos Baianos, 2014, p. 62-64).

> Sai de lá procurando todo mundo: onde está o Dr. José Raimundo Caribe, diretor do Sanatório Bahia? Não estava mais. Onde está o Dr. Saback? Tinha viajado para a Europa. E os médicos do Amepe? Todo mundo tinha sumido. Ela não se conformava com a morte da filha, chorava, andava pelas ruas da cidade, delirava e gritava: "Eles mataram minha filha, uma criança! Eles mataram minha filha. São assassinos, do Exército, do Governo. Estão matando estudantes". Até que aparecia alguém e a levava para casa. Mas em qualquer lugar recomeçava de repente a gritar, a falar contra o Governo. Incomodava. (José, Miranda, 1980, p. 131)

A trajetória de reivindicação de Esmeraldina se assemelha com práticas do movimento das Mães da Praça de Maio (*Madres de Plaza de Mayo*), mães argentinas que a partir do luto causado pela ditadura argentina (1976-1986), dedicam-se à busca dos desaparecidos desde 1976. De maneira similar, essas eram mulheres de pouca ou nenhuma atividade política se viram designadas ao engajamento nessa luta para cumprir

um chamado maternal. Assim essas, como a mãe de Nilda, realizam suas reivindicações em praças públicas, preenchendo as ruas argentinas com denúncias exigências pela verdade, sendo chamadas até de "As loucas da Praça" e ameaçadas pela polícia.

No caso de Esmeraldina, a polícia não se limitou a ameaças, ela chegou a ser presa por tais reivindicações pelas ruas de Salvador, sendo levada à Secretaria de Segurança Pública, em que recebeu, de um estranho, um ameaçador recado: "O major [referência ao major Nilton Cerqueira] mandou avisar à senhora que, se não se calar, nós seremos obrigados a fazê-lo" (Brasil, 2014, p. 157). Como consequência da pública manifestação de sua insatisfação com os atos do regime, em 20 de outubro de 1972 Esmeraldina foi encontrada morta em sua casa, enforcada por um fio.

> O relatório da CEMDP constata que a angústia e o desespero pela morte de sua filha deixaram Esmeraldina inconsolável, ao se ver envolvida numa trama semelhante à personagem de Kafka em O Processo: cada passo voltava à primeira instância. Destaca, ainda, o relato da filha Leônia de que a mãe, um dia antes de morrer, comprara novos móveis para a casa e que, ao encontrar a mãe pendurada, pudera ver marcas de sangue no chão, que sua face não estava arroxeada, nem sua língua estava para fora, que não houvera deslocamento da carótida, e que mal trazia marca do fio no pescoço.
>
> A CEMDP considerou que a documentação confirmava que a morte de Esmeraldina Carvalho Cunha se deu em consequência de seus atos públicos contrários aos interesses da época, resultantes de seu inconformismo e conhecimento das atrocidades praticadas por agentes do poder público. (Mortos e Desaparecidos Baianos, 2014, p. 64)

A narrativa de Esmeraldina evoca um importante recorte da questão de gênero na ditadura militar. Mulheres que tiveram atuações semelhantes à dela representaram uma transgressão aos costumes da época, negando a submissão ao papel que era tradicionalmente designado a elas (Sarti, 1998). Do luto à luta, mães deixaram o lugar de apolitismo para desafiar o regime militar e batalhar pela verdade sobre sua prole, sendo taxadas de loucas pela sociedade e provocando incômodo nos repressores, a atuação política materna inticou os padrões femininos da época, causando estranhamento e cerceamento. Tal fenômeno pode ser observado e compreendido pelo movimento das *Madres*, na Argentina:

> Ao mesmo tempo em que permaneciam grávidas, numa relação às avessas, foram politicamente paridas por seus filhos. Transformaram a dor em ação. Começaram a falar das mesmas ideias e sonhos por que lutaram seus filhos. (Gonçalves, 2012, p. 3)

Chico Buarque, resume liricamente a dor dessas mulheres na música Pedaço de Mim, inspirada na triste trajetória de Zuzu Angel, que assim como Esmeraldina perdeu seu filho para a repressão militar.

> Oh, pedaço de mim/Oh, metade arrancada de mim/Leva o vulto teu/Que a saudade é o revés de um parto/A saudade é arrumar o quarto/Do filho que já morreu/Oh, pedaço de mim/Oh, metade amputada de mim/Leva o que há de ti/Que a saudade dói latejada/É assim como uma fisgada/No membro que já perdi/Oh, pedaço de mim/Oh,metade adorada de mim/Lava os olhos meus/Que a saudade é o pior castigo/E eu não quero levar comigo/A mortalha do amor/Adeus. (Buarque, 1978)

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode ser observado como as mães na ditadura pagaram um elevado preço na luta pela liberdade, seja pela perda de seu filho (antes ou depois dos seus nascimentos) seja pelo furto da inocência de seus filhos, expostos a dura imagem da tortura de suas mães. Cecília de Meireles já previa em seu livro "Escolha Seu Sonho" as consequências do sonho pela liberdade.

> São essas coisas tristes que contornam sombriamente aquele sentimento luminoso da LIBERDADE. Para alcançá-la estamos todos os dias expostos à morte. E os tímidos preferem ficar onde estão, preferem mesmo prender melhor suas correntes e não pensar em assunto tão ingrato.
>
> Mas os sonhadores vão para a frente, soltando seus papagaios, morrendo nos seus incêndios, como as crianças e os loucos. E cantando aqueles hinos que falam de asas, de raios fúlgidos – linguagem de seus antepassados, estranha linguagem humana, nestes andaimes dos construtores de Babel… (Meireles, 1964)

Sonhar pela liberdade, pelo fim da Ditadura Militar custou o feto de Izabel Fávero, a inocência dos filhos de Amélia Teles, a vida de Nilda Cunha e consequentemente de sua mãe indignada, Esmeraldina Cunha. A história dessas mulheres conta a de tantas outras que viveram situações semelhantes, mostrando como a maternidade foi utilizada como instrumento de tortura pelo regime militar, indignado com a ousadia dessas mulheres de transgredirem o espaço a elas designado pela sociedade, havia ali uma questão de alteridade, um patriarcalismo que influenciava as prisões femininas:

> No caso das presas políticas, cabe lembrar, a alteridade já existe. Foram mulheres torturadas por homens, isto é, a relação de poder e os códigos culturais patriarcais influenciaram a experiência da prisão de maneiras diversas. (De Sousa, 2019)

O presente artigo busca, assim, ressaltar a singularidade da situação feminina frente à luta contra a Ditadura Militar brasileira, em que a maternidade se configurava como agravante das torturas nos porões da repressão. Ir além do maternar, envolver-se na luta militante da oposição, foi visto com repulsa pelo regime, que as puniu severamente por tal transgressão.

> A tortura é meio de exercício de poder e dominação total, rompendo a dignidade humana. No exercício dessa violência, as mulheres eram colocadas em identidades femininas "ilegítimas", como a prostituta, a mãe incompetente, a adúltera etc. As mulheres que saem do padrão do lar e militam por uma causa não são tratadas como militantes, e sim como prostitutas e, portanto, merecedoras de todo tipo de violência física e sexual. (Brasil, 2014, p. 404 e 405)

Entender a sistemática de repressão e controle feminino é, portanto, entender como a maternidade também foi atravessada pela construção da "mulher transgressora" ou "puta comunista" (Colling, 2014, p. 07), atingido através dos corpos de mulheres e dos seus filhos a escolha a maternidade em diversos estágios. Ao atingir direitos fundamentais na sua tentativa de manter a estruturas sociais intactas, a ditadura militar também coibiu que mulheres pudessem ter o controle sobre sua própria sexualidade nos seus próprios termos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guanaíra. **Relatório à Comissão Especial da Verdade**. Recife, 1997.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais.** Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BAHIA (Estado). **Relatório da Comissão Estadual da Verdade da Bahia.** Relatório n. 1, de agosto de 2013/abril de 2016. Bahia: Comissão Estadual da Verdade, 2013/2016.

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Relatório n. 1, dez. 2014. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014.

BUARQUE, Chico. Angélica. In: **Almanaque**. Rio de Janeiro: Universal, 1981. Suporte sonoro (3:08).

BUARQUE, Chico. Pedaço de mim. In: **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Universal, 1978. Suporte

sonoro (3:17).

CENTRO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DA UFMG. **Caso Maria Amélia de Almeida Teles e César Augusto Teles - CJT/UFMG**. Disponível em: https://cjt.ufmg.br/casos/caso-maria-amelia-de-almeida-teles-e-cesar-augusto-teles/. Acesso em: 9 jun. 2025.

COLLING, Ana Maria. 50 anos da ditadura no Brasil: questões feministas e de gênero. **OPSIS**, v. 15, n. 2, p. 370–383, 2015.

COLLING, Ana Maria. As mulheres e a ditadura militar no Brasil. In: **CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**, 2004, Salvador. Anais [...]. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia, 2004.

COSTA JÚNIOR, José Veranildo Lopes da. Discursos sobre a Tortura de Mulheres Grávidas durante a Ditadura Militar**. Rev. Interd. em Cult. e Soc. (RICS)**, São Luís, v. 6, n. 1, p. 187-197, jan./jun. 2020. Disponível em: https://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/ricultsociedade/article/view/13921/7555. Acesso em: 15 maio 2025.

COSTA, C. R. "Ser mãe na ditadura" – afeto e política caminham de mãos dadas. **Revista Outras Fronteiras**, v. 7, n. 2, p. 138–162, 2021. Disponível em: https://periodicoscientificos.ufmt.br/outrasfronteiras/index.php/outrasfronteiras/article/view/420. Acesso em: 12 maio 2025.

CRUZ, J. P. D. D. et al. Gerando vida em contexto de morte: o exercício materno em situações de militância durante a Ditadura Militar no Brasil (1964–1985). **Psicologia & Sociedade**, p. 126–150, 2015.

DAUER, G. R. Las locas: as Mães da Praça de Maio e a Embaixada dos Estados Unidos em Buenos Aires na busca pelos desaparecidos da ditadura civil-militar argentina (1976–1983). **Revista Café com Sociologia**, v. 7, n. 1, p. 90–109, 2018. Disponível em: https://revistacafecomsociologia.com/revista/index.php/revista/article/view/907. Acesso em: 15 maio 2025.

GONÇALVES, Renata. De antigas e velhas loucas: Madres e Mães de maio contra a violência de Estado. **Lutas Sociais**, n. 29, p. 130–143, 2012. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18502. Acesso em: 15 maio 2025.

JOSÉ, Emiliano; MIRANDA, Oldack. **Lamarca, o capitão da guerrilha**. São Paulo: Global Editora, 1980.

MACHADO, Maíra. (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MEIRELES, Cecília. **Escolha seu sonho**. 1. ed. São Paulo: Global, 1964.

MERLINO, T.; OJEDA, I. (Org.). **Luta, substantivo feminino: direito à memória e à verdade**. Brasília/São Paulo: SEDH/PR/Editora Caros Amigos, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos da Criança**. 20 nov. 1959.

OLIVEIRA, Flaviane da Costa et al. Memórias familiares sobre as dinâmicas de socialização e apoio materno às trajetórias de militância política contra a ditadura militar no Brasil.

L'Ordinaire des Amériques, n. 222, 2017. Disponível em: URL: http://journals.openedition.org/orda/3501. Acesso em: 15 maio 2025.

PAULA, L. de; PIZZI, L. Puta e comunista: o duplo caráter da tortura feminina no regime militar brasileiro. **Revista Histórias Públicas**, v. 1, n. 1, p. 192–208, 2023.

REGINATO, Andréa Depieri de Andrade. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 191-223.

SANTOS, Dinajilas Gomes de Melo et al. "As mães órfãs" da ditadura militar: reflexões construídas a partir do filme Zuzu Angel (2006). **Anais do X CONEDU**. Campina Grande: Realize Editora, 2024. Disponível em: https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/110603. Acesso em: 15 maio 2025

SÃO PAULO (Estado). Comissão Estadual da Verdade "Rubens Paiva". **Relatório final**. São Paulo, 2015. 1912 p. Tomo I: Recomendações Gerais e Recomendações Temáticas.

SARTI, Cynthia A. O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. In: **XXI Congresso Internacional da LASA**, 1998, Chicago. Anais. Chicago, 1998. p. 1–12.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 20, n. 2, 2017. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721. Acesso em: 13 maio 2025.

SOUSA, Giulia Bianca Bacarin Fay de. **Mulheres contra a ditadura militar**: violência de gênero, subversão de papéis e representação feminina (1968–1985). 2019. Monografia (Licenciatura e Bacharelado em História) – Departamento de História do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília, Salvador, 2019.

TELES, M. A. DE A. Violações dos direitos humanos das mulheres na ditadura. **Revista Estudos Feministas**, v. 23, n. 3, p. 1001–1022, set. 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE EMPRESAS DE SERVIÇO PÚBLICO NA CIDADE DE ILHÉUS: GARANTIA DO DIREITO DOS CIDADÃOS NO ÔNIBUS COLETIVO DE ILHÉUS

CIVIL LIABILITY OF PUBLIC SERVICE COMPANIES IN THE CITY OF ILHÉUS: THE GUARANTEE OF CITIZENS' RIGHTS ON PUBLIC BUSES IN ILHÉUS

André Gabriel Alves Santos[*]
Lucas Davi Paixão Serra[*]

RESUMO: A delegação de serviços públicos tem sido cada vez mais presente no Direito Administrativo do Brasil, de modo que o estudo desse fenômeno se torna indispensável para ter o devido entendimento do que se trata e de quais as suas consequências. O presente trabalho foi elaborado de modo a estabelecer determinados questionamentos acerca deste fenômeno e tecer considerações e críticas acerca do papel e da intenção do Estado ao recorrer à concessão do serviço público, com foco no serviço de transporte público e sua não responsabilização em relação a danos causados por empresas prestadoras deste serviço.

Palavras-chave: responsabilidade; administração; estado; serviço público.

ABSTRACT: *The delegation of public services has been increasingly present in Administrative Law in Brazil, so that the study of this phenomenon becomes indispensable to have a proper understanding of what it is about and what its consequences are. The present work was prepared in order to establish certain questions about this phenomenon and to make considerations and criticisms about the role and intention of the State when resorting to the public service concession, focusing on the public transport service and its non-accountability in relation to damage caused by companies providing this service.*

Keywords: *responsibility; administration; state; public service.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO; 2.1 Responsabilidade civil do Estado; 2.2 Concessão de serviço público; 2.3 Processo de licitação e seus princípios; 2.3.1 Licitação do transporte público em Ilhéus; 3 CASO; 4 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APARENTE FUGA DA

[*] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Policial Militar. E-mail: andrealves.dir@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8783788776371495. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-4430-4188.

[*] Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Advogado. E-mail: lucasdavi16@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8994732520699001. ORCID: https://orcid.org/0009-0002-9257-7589.

RESPONSABILIDADE ESTATAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Milhões de brasileiros utilizam diariamente o transporte coletivo urbano - ônibus, trens, metrôs, entre outros - como meio essencial de mobilidade. Com o crescimento das cidades, aumentam também os riscos e desafios na prestação desse serviço, como acidentes, falhas operacionais e precariedade da frota, o que compromete a segurança dos usuários e exige uma reflexão sobre a responsabilidade dos prestadores e do Estado.

Dados da Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU, 2024, online) apontam que cerca de 40 milhões de pessoas utilizam transporte coletivo diariamente no país, evidenciando sua importância social e econômica. Nas cidades de porte médio, como Ilhéus - BA, a população depende fortemente desse serviço para o acesso a direitos fundamentais como trabalho, educação e saúde. Contudo, problemas recorrentes tornam a responsabilização civil um instrumento crucial para a proteção dos usuários.

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, prevê a responsabilidade objetiva do Estado e das concessionárias na reparação de danos causados a terceiros. Ao delegar a prestação de um serviço público por meio de concessão, o poder público não se exime de sua obrigação de zelar pela qualidade e segurança. Assim, cabe analisar os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil, tanto objetiva quanto subjetiva, nas relações entre usuários, concessionárias e Estado.

Este estudo visa compreender como se dá a responsabilização das empresas concessionárias de transporte coletivo urbano em Ilhéus diante de falhas no serviço e quais são os deveres do Estado nesse cenário. Parte-se da hipótese de que a responsabilidade das concessionárias é objetiva, e que o Estado responde subsidiariamente nos casos de omissão ou falha na fiscalização.

O objetivo geral é analisar a responsabilidade civil das concessionárias de transporte coletivo, com foco na proteção dos usuários. Os objetivos específicos incluem identificar os fundamentos jurídicos aplicáveis, investigar casos concretos em Ilhéus, avaliar a atuação da prefeitura e propor melhorias na regulação do setor.

A pesquisa adota metodologia qualitativa, com base em revisão bibliográfica através da análise documental e normativa de fontes jornalísticas, doutrinas e leis. Também será analisado um caso concreto envolvendo acidente com usuária do transporte público.

Por fim, o trabalho abordará a concessão de serviços públicos como instrumento que, embora delegue a execução à iniciativa privada, não afasta a responsabilidade estatal pelos danos causados aos usuários, ressaltando a importância do processo licitatório e do controle sobre a execução do serviço.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO

De acordo com o atual Código Civil Brasileiro, a responsabilidade contratual está prevista a partir do art. 389, que trata das consequências do inadimplemento das obrigações pactuadas em um contrato. Dentre as diversas modalidades contratuais previstas na legislação, destaca-se o contrato de adesão, notadamente aplicado no transporte de passageiros.

Neste tipo de contrato Nunes (2022, p. 122) o define, ao afirmar que o contrato de adesão é aquele "em que as cláusulas são previamente estabelecidas por uma das partes, restando à outra apenas aceitá-las ou rejeitá-las na totalidade, sem direito à modificação".

Tal modalidade contratual é regulada também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), especificamente em seu art. 54, que visa equilibrar a relação de consumo e garantir a proteção do hipossuficiente: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo." (Brasil, 1990).

Assim, ao utilizar um ônibus urbano, o passageiro firma um contrato de transporte com a concessionária ao efetuar o pagamento da tarifa, assumindo esta a obrigação de conduzi-lo com segurança ao destino contratado. Caso sobrevenha acidente ou qualquer falha na prestação do serviço, estará configurado o inadimplemento contratual, o que enseja a responsabilização civil da empresa

transportadora. Tal responsabilidade pode ser aferida em relação aos seus empregados, a terceiros e, sobretudo, aos passageiros diretamente lesados. Conforme disposto no art. 734 do Código Civil:

> Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior; é nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.
>
> Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem, a fim de fixar o limite da indenização. (Brasil, 2002)

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as empresas concessionárias de serviço público de transporte estão sujeitas à teoria do risco administrativo, devendo responder objetivamente pelos danos causados no exercício de sua atividade. Isso significa que não há necessidade de comprovação de culpa para fins de indenização, bastando a demonstração do dano e do nexo causal. Tal entendimento se baseia no já citado art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a responsabilidade objetiva da Administração Pública e de seus delegatários por danos causados a terceiros. No Resp 1.330.027/SP, o Ministro Villas Bôas Cueva reafirmou o entendimento consolidado da Corte:

> Quanto à ré, concessionária de serviço público, é de se aplicar, em um primeiro momento, as regras da responsabilidade objetiva da pessoa prestadora de serviços públicos, independentemente da demonstração da ocorrência de culpa. Isso porque a recorrida está inserta na Teoria do Risco, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo. (Brasil, STJ, 2014)

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp 1.095.575/SP, destacou que mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público já era aceita, dada a natureza de risco da atividade:

> A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as concessionárias de serviço público são civilmente responsáveis pelos danos causados aos usuários em virtude da prestação inadequada do serviço, independentemente da existência de culpa, com base na responsabilidade objetiva e na teoria do risco administrativo. (Brasil, STJ, 2011)

Cabe ressaltar que, embora exerçam atividade delegada pelo Estado, as empresas concessionárias possuem personalidade jurídica própria e respondem autonomamente por eventuais danos causados a terceiros. Como bem destaca Bandeira de Mello (2021), a responsabilidade do Estado é solidária apenas nos casos em que haja comprovada negligência na escolha ou fiscalização do concessionário por parte do Estado. Em conformidade com a jurisprudência do STJ e com os princípios do direito administrativo e civil, ainda que a atividade seja delegada, não se exime a concessionária de prestar o serviço de forma eficiente, segura e conforme os padrões de qualidade exigidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a sociedade de economia mista ou empresa privada, sob a égide de contrato administrativo, executando serviço público concedido, submete-se ao Princípio da Responsabilidade Objetiva. Todavia, quanto aos danos causados por seus agentes à esfera jurídica dos particulares, no caso concreto, sujeita-se às obrigações decorrentes de responsabilidade civil. Além disso, ainda que exerça atividade concedida pelo Estado, responde em nome próprio pelos seus atos, devendo reparar os danos ou lesões causadas a terceiros. De efeito, a existência da concessão feita pelo Estado, por si, não o aprisiona diretamente nas obrigações de direito privado, uma vez que a atividade cedida é desempenhada livremente e sob a responsabilidade da empresa concessionária.

Conquanto exerça atividade delegada pelo Estado, a sociedade anônima de economia mista ou empresa privada prestadora de serviço público tem personalidade jurídica autônoma e responde pelos danos que, mesmo nessa condição, venha a causar a terceiros. Dessa forma, não restaria caracterizada hipótese de responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da delegação de atividades administrativas pelo Estado, que transfere a execução de serviços à iniciativa privada. A concessão de serviços públicos implica na transferência de uma função essencial do Estado para empresas privadas, que, por sua vez, assumem a responsabilidade de prestar os serviços com a mesma qualidade que o Estado deveria oferecer. Neste contexto, a responsabilidade das concessionárias é, em regra, objetiva, conforme a teoria do risco administrativo.

Um ponto importante que emerge dessa responsabilidade é o conceito de “direito de regresso”. Embora a concessionária seja responsável pelo dano causado ao usuário, ela pode

exercer um direito de regresso contra o agente que provocou o dano, caso se comprove que o servidor ou colaborador da empresa agiu com dolo ou culpa (Brasil, STJ, 2015).

Além disso, o risco que envolve a operação de serviços públicos, especialmente no transporte coletivo, torna imperativo que as empresas prestadoras adotem algumas medidas preventivas, como treinamentos contínuos e a manutenção regular dos veículos, a fim de minimizar a possibilidade de danos aos usuários. O cumprimento dessas obrigações é não só uma imposição legal, mas uma forma de garantir a proteção dos direitos dos cidadãos que dependem desses serviços para a sua mobilidade cotidiana.

Logo, na delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, especialmente por meio da concessão, embora juridicamente admitida, suscita questionamentos quanto aos limites da responsabilidade estatal diante de falhas na execução da atividade delegada. Com frequência, a transferência da execução do serviço parece produzir na prática, uma aparente dissociação entre o Estado e os danos decorrentes da prestação inadequada, como se a existência de uma concessionária fosse suficiente para deslocar integralmente os encargos de responsabilização ao ente privado.

Contudo, tal percepção, revela-se errônea, pois ignora que a titularidade do serviço público permanece com o Estado, assim como seu dever permanente de regulação, fiscalização e garantia da adequada prestação aos usuários. Nesse contexto, torna-se necessário problematizar se a concessão de serviços públicos tem operado apenas como técnica de gestão administrativa ou como mecanismo de fuga da responsabilidade estatal, sobretudo quando a atuação insuficiente do poder concedente contribui para a precarização do serviço e para a fragilização da tutela dos direitos dos administrados.

2.1 Responsabilidade civil do Estado

Responsabilidade do Estado é a obrigação dos órgãos públicos e demais entes estatais de reparar os danos que seus agentes causarem no exercício da função pública. Pode ser objetiva - quando os atos praticados pelos agentes públicos resultam em prejuízos ou danos a terceiros, mesmo sem culpa - ou subjetiva, quando é necessário demonstrar também a culpa do agente do Estado, além do dano e do nexo causal.

A responsabilidade civil do Estado independe de contrato e é intrínseca de sua

atividade, traduzindo-se na obrigação de indenizar danos causados a terceiros. Nesse sentido, a responsabilidade civil do Estado trata-se da obrigação de reparar os danos causados a terceiros em virtude da atuação, omissiva ou comissiva, dos agentes públicos no exercício de suas funções. Conforme leciona Di Pietro (2022), a responsabilidade estatal visa proteger o administrado contra eventuais prejuízos advindos da atuação do poder público, em nome do princípio da legalidade e da proteção da confiança legítima.

Como preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 37, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

Nessa mesma linha de raciocínio, a doutrinadora Di Pietro (2022) define que a responsabilidade civil é de ordem patrimonial e vem do artigo 186 do Código Civil, segundo o qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. O referido artigo leciona: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (Brasil, 2002).

Tal dispositivo constitucional consagra a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja, a Administração Pública responde independentemente da demonstração de dolo ou culpa de seus agentes. O que se exige, portanto, é apenas a comprovação do dano sofrido pelo particular e do nexo causal entre a conduta administrativa e o prejuízo ocasionado.

Segundo Bandeira de Mello (2021), a adoção da responsabilidade objetiva representa uma evolução em relação ao modelo anterior, baseado na culpa administrativa, que se mostrava excessivamente oneroso ao cidadão:

> A responsabilidade objetiva significa que, comprovado o dano e o nexo de causalidade, surge o dever de indenizar, independentemente da demonstração de culpa do agente público. Essa sistemática busca proteger o particular da dificuldade de comprovar a culpa estatal, facilitando o acesso à justiça. (Bandeira de Mello, 2021, p. 423)

Ainda que objetiva, a responsabilidade do Estado não é absoluta. Existem causas excludentes de responsabilidade que afastam o dever de indenizar. Nesse sentido, Di Pietro (2022, p. 235) assevera que: "A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mas não absoluta, admitindo causas excludentes que rompem o nexo de causalidade. Entre essas, destacam-se a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e a ocorrência de força maior."

Por exemplo, se um servidor público, durante o desempenho de suas funções, é surpreendido por um evento natural absolutamente imprevisível e inevitável (como um terremoto), e este evento resulta em danos a terceiros, o Estado poderá se eximir da responsabilidade, pois se trata de força maior.

Além disso, importante diferenciar a responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão. Quando o dano é causado por uma ação estatal, aplica-se diretamente a teoria do risco administrativo. Todavia, nas hipóteses de omissão, a responsabilidade do Estado tende a ser subjetiva, exigindo a comprovação de culpa ou negligência da Administração Pública. Nesse sentido, Meirelles (2022, p. 647) explica: "Nas omissões estatais, a responsabilidade exige a demonstração da falha do serviço, que se traduz na ausência de atuação, na atuação inadequada ou na prestação insuficiente do serviço público."

Exemplo clássico da responsabilidade por omissão é o caso em que o Estado, mesmo ciente da precariedade de um prédio público, deixa de realizar as devidas manutenções, vindo o imóvel a desabar e causar danos a terceiros. Nesse caso, o ente estatal poderá ser responsabilizado civilmente.

Além disso, a teoria do risco integral representa uma vertente mais radical da responsabilidade objetiva. Segundo Di Pietro (2022, p. 236): "A teoria do risco integral impõe ao Estado o dever de indenizar em qualquer circunstância, sem que se cogite de excludentes de responsabilidade, aplicando-se apenas nos casos expressamente previstos em lei". Ou seja, mesmo em casos de caso fortuito, força maior ou culpa da vítima, subsiste o dever de indenizar.

No Brasil, a aplicação do risco integral é excepcional, ocorrendo apenas em situações específicas previstas em lei, como nos casos de danos nucleares (art. 21, XXIII, "d", da CF/88): "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa"; e danos ambientais (art. 225, §3º, da CF/88): "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou

jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Deve-se ressaltar que a responsabilidade civil do Estado, além de ter natureza jurídica de direito público, possui finalidade reparatória, buscando restabelecer o equilíbrio rompido entre o administrado e a Administração. Ao mesmo tempo, protege a confiança pública e assegura a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Portanto, a responsabilidade civil do Estado é um dos instrumentos mais importantes de controle da atividade administrativa e de proteção dos direitos individuais frente ao poder público.

Em outra análise, Di Pietro (2022) destaca que quando o dano é causado por servidor, é preciso distinguir as hipóteses em que o dano tenha sido causado ao Estado e de quando o dano for causado a terceiros. No primeiro caso, a responsabilidade é apurada pela própria Administração, por meio de um processo administrativo com respaldo em todas as garantias de defesa do servidor previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Ao se tratar de dano causado a terceiros, é aplicável o já exposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, de modo que o Estado responde objetivamente, independentemente de culpa ou dolo, no entanto tem o direito de regresso contra o agente que causou o dano, caso este tenha agido com culpa ou dolo.

No último caso, a reparação do dano pode ser feita tanto na esfera administrativa, desde que a Administração reconheça sua responsabilidade e exista uma aceitação entre as partes quanto ao valor de indenização, quanto na esfera judicial, por meio de ação proposta contra a pessoa jurídica causadora do dano. Uma vez julgada procedente a ação, cabe direito de regresso contra a pessoa jurídica que causou o dano. Em relação à pessoa jurídica, a responsabilidade é objetiva, porque independe de culpa ou dolo, ao passo que a do agente público é subjetiva.

Quando ocorre a delegação de serviço público para concessionárias, em tese, não afasta a responsabilidade do Estado, pois a atividade continua sendo de natureza pública e realizada sob sua supervisão. Assim, o ente estatal mantém o dever de fiscalização e pode ser responsabilizado por danos aos usuários, especialmente diante de falhas na

prestação ou insuficiência da concessionária para reparar prejuízos.

2.2 Concessão de serviço público

A concessão de serviço público é uma das modalidades de delegação de competências administrativas a particulares, mediante licitação, para que prestem serviços em nome do Estado, sob regime de direito público. Trata-se de uma ferramenta essencial para a Administração Pública contemporânea, em especial diante da crescente complexidade e do aumento das demandas sociais. De acordo com a definição da Lei nº 8.987/1995, que regula a concessão e permissão de serviços públicos no Brasil:

> Concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (Brasil, 1995)

Segundo Di Pietro (2022), a concessão é uma forma de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada, possibilitando que o particular explore economicamente a atividade delegada, recebendo a remuneração diretamente dos usuários ou do próprio Estado.

A concessão caracteriza-se por alguns elementos basais: (i) a existência de um contrato administrativo firmado entre a Administração Pública e o concessionário; (ii) a prestação de serviço de interesse coletivo; (iii) a remuneração do concessionário, normalmente mediante tarifa paga pelo usuário; e (iv) a submissão do serviço às normas de direito público, sobretudo os princípios da continuidade, da regularidade, da eficiência e da modicidade tarifária.

O contrato de concessão de serviço público, e no caso em análise o transporte público, tem como objeto a transferência da gestão e execução de um Serviço do Poder Público ao particular, por sua conta e risco. Cabe ao Estado acompanhar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público. O concessionário irá remunerar-se por uma tarifa módica cobrada dos usuários e fixada de acordo com o projeto apresentado. Esta tarifa deverá financiar a operação, aprimoramento tecnológico e proporcionar lucro ao concessionário.

As normas gerais sobre as concessões estão previstas no art. 175 da CF: "Incumbe ao Poder

Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (Brasil, 1988). E na Lei 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Devem ser observadas como cláusulas principais aquelas nas quais estão delimitados o objeto, modo e forma da prestação do serviço e a disposição sobre a fiscalização, reversão e encampação, sendo nestas fixadas as formas para eventual indenização.

A Administração Pública poderá alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, visando um melhor atendimento ao público. Havendo alterações que acarretam o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato deverá ser feito reajuste nas cláusulas remuneratórias da concessão, visando adequar as tarifas aos novos encargos advindos das modificações.

De acordo com o art. 29, inciso VII, da Lei 8.987/95, cabe ao Poder Público: "zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas" (Brasil, 1995). Além disso, a fiscalização do serviço concedido pode ser feita por órgão técnico da Administração concedente ou por entidade conveniada, devendo o concessionário prestar o serviço permanentemente, eficientemente e com tarifas módicas.

Para Bandeira de Mello (2021), a concessão representa um ajuste jurídico em que o particular assume obrigações típicas do Estado, mas sem se desvincular dos padrões e controles administrativos: "A concessão transfere a execução do serviço, mas não a sua titularidade. O Estado permanece como titular do serviço, exercendo função de fiscalização e regulamentação sobre a atividade delegada" (Bandeira de Mello, 2021, p. 530).

Outro aspecto fundamental da concessão é a necessidade de prévia licitação. A concorrência pública é a forma exigida para garantir a isonomia entre os interessados e a seleção da proposta mais vantajosa para o poder concedente. Meirelles (2022) afirma que a licitação é condição de validade da concessão, constituindo verdadeira exigência constitucional derivada dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

As concessões podem ser classificadas em comuns e especiais. As comuns são regidas principalmente pela Lei nº 8.987/1995, enquanto as especiais, como as patrocinadas e administrativas, são reguladas pela Lei nº 11.079/2004, que instituiu

normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privada (PPP) no âmbito da administração pública.

Nas concessões patrocinadas, há a conjugação de tarifas pagas pelos usuários com contraprestação pecuniária do poder público ao concessionário. Já na concessão administrativa, o serviço é prestado diretamente à Administração Pública, e o pagamento é integralmente feito pelo Estado, não havendo relação direta de cobrança com os usuários.

Di Pietro (2022, p. 350) ressalta que: "As Parcerias Público-Privadas foram criadas para viabilizar projetos de grande vulto ou de baixa atratividade para o setor privado, reduzindo riscos e garantindo a execução de obras e serviços de interesse público". Portanto, a concessão de serviço público, seja sob o regime tradicional ou por meio de PPPs, revela-se como instrumento estratégico para a ampliação e melhoria da prestação de serviços essenciais à população, sem que o Estado abra mão do controle e da titularidade sobre tais atividades.

Embora a concessão represente mecanismo legítimo de descentralização administrativa, sua utilização não implica renúncia estatal à titularidade do serviço nem exoneração de seus deveres de fiscalização, controle e garantia da adequada prestação. Todavia, verifica-se uma construção prática e institucional que tende a associar os problemas do serviço exclusivamente à concessionária, obscurecendo a corresponsabilidade do poder concedente e contribuindo para uma percepção de afastamento do Estado perante os danos experimentados pelos usuários.

2.3 Processo de licitação e seus princípios

A observância dos princípios licitatórios revela-se particularmente relevante no transporte público, pois eventual deficiência na escolha, fiscalização ou controle da concessionária não constitui questão meramente contratual, mas elemento potencialmente relacionado à própria responsabilidade estatal. Isso porque a precariedade do serviço pode decorrer não apenas da atuação do concessionário, mas também de falhas estruturais do poder público na condução e acompanhamento da delegação.

Nesse viés, a licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para atender ao interesse

público, de acordo com critérios previamente definidos em edital (Meirelles, 2022). Trata-se de um instrumento indispensável para garantir contratações pautadas na legalidade, economicidade e transparência, viabilizando a aquisição de bens, serviços, obras ou alienações de forma impessoal e eficiente.

O processo licitatório é regido por princípios constitucionais consagrados no art. 37 da CF e na Lei nº 14.133/2021, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A legalidade impõe obediência às normas; a impessoalidade assegura tratamento igualitário entre os concorrentes; a moralidade exige conduta ética; a publicidade garante acesso aos atos administrativos; e a eficiência busca o melhor resultado com o menor custo.

Além desses, a nova Lei de Licitações introduziu princípios como o planejamento, a transparência, a motivação, o julgamento objetivo e a segregação de funções, que devem permear todas as fases do certame - da elaboração do edital à execução contratual. Esses princípios visam não apenas garantir a lisura do procedimento, mas também fortalecer a função democrática da licitação, permitindo ampla concorrência e controle social.

A Lei nº 14.133/2021, que substituiu as legislações anteriores (Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011), organiza o processo licitatório em sete fases: preparatória, divulgação do edital, apresentação de propostas, julgamento, habilitação, recursal e homologação (art. 17). Cada uma delas é essencial para garantir a legalidade, a eficiência e a lisura do certame.

No que diz respeito às modalidades de licitação, o art. 28 da Lei nº 14.133/2021 elenca cinco principais: concorrência, concurso, leilão, pregão e diálogo competitivo, sendo esta última uma inovação relevante.

A concorrência, que foi a modalidade utilizada para o transporte público de Ilhéus, é destinada à contratação de obras, serviços e compras de grande vulto ou de alta complexidade técnica. É caracterizada pela ampla publicidade e possibilidade de participação de qualquer interessado que comprove atender às condições exigidas no edital (Brasil, 2021). Segundo Meirelles (2022, p. 360): “A concorrência é a modalidade mais formal e rigorosa, utilizada em contratações de maior valor ou importância estratégica para a Administração.”

2.3.1 Licitação do transporte público em Ilhéus

O processo de licitação para o serviço de transporte público na cidade de Ilhéus é regido pelo contrato de 30 de outubro de 2003, que apesar de antigo, é o mais atual disponível no portal da transparência da Prefeitura de Ilhéus, e versa sobre a concessão do serviço de transporte público. Tal contrato estabelece a empresa Viametro como uma das operadoras do sistema de transporte coletivo da cidade. A outra concessionária, a São Miguel, já atua desde o ano 2000. Ambas as empresas assumiram a responsabilidade pela operação das linhas de ônibus municipais sob regime de concessão pública.

O contrato com a Viametro, celebrado em 2003, prevê uma vigência inicial de cinco anos, com possibilidade de prorrogação automática por igual período, até o limite de cinco renovações consecutivas. Esse modelo contratual permite que a empresa opere por até 30 anos, desde que cumpra as cláusulas estabelecidas e mantenha a qualidade dos serviços prestados.

Na cláusula 62 (Ilhéus, 2003, p. 21) é prevista a possibilidade de aplicações de sanções para a empresa Viametro em caso de falha no serviço ao ditar:

> Cláusula 62 – Pela inobservância parcial das obrigações previstas na legislação em vigor e, em especial, das previstas no presente termo de concessão, a Concedente poderá, de acordo com a natureza da infração, aplicar à Concessionária as seguintes sanções:
>
> I. Multa;
>
> II. Apresentação de veículos;
>
> III. Afastamento do pessoal;
>
> IV. Suspensão da operação do serviço;
>
> V. Rescisão da concessão;
>
> Parágrafo 1º - A Concessionária será garantida ampla defesa.
>
> Parágrafo 2º - A aplicação de penalidades previstas neste contrato dar-se-á sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal;
>
> Parágrafo 3º - A autuação não desobriga a Concessionária de corrigir a falta que lhe deu origem. A Concessionária responde civilmente por danos causados a terceiros e ao patrimônio público, na forma estabelecida em lei.

Ao longo dos anos, o contrato enfrentou diversas críticas por parte da população e de representantes políticos. Entre as principais reclamações estão a obsolescência da frota, a inadequação das linhas e horários às necessidades atuais dos usuários e a falta de

acessibilidade em todos os veículos. Além disso, a ausência de cláusulas que prevejam atualizações tecnológicas e adaptações às mudanças na demanda tornou o contrato desatualizado em relação às exigências contemporâneas (Instituto Nossa Ilhéus, 2022, online).

A situação se agravou durante a pandemia de COVID-19, quando a redução no número de passageiros impactou significativamente a receita das concessionárias. Isso levou à assinatura de um acordo entre a Prefeitura de Ilhéus e as empresas operadoras, com intermediação da 1ª Vara da Fazenda Pública de Ilhéus, para o pagamento de auxílio financeiro visando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (Ilhéus Eventos, 2023, online).

Diante das constantes críticas e da necessidade de modernização do sistema de transporte público, a Prefeitura de Ilhéus contratou, em junho de 2023, a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe) para realizar uma análise detalhada do contrato de concessão. O objetivo foi avaliar o desequilíbrio econômico-financeiro e propor melhorias que atendam às demandas atuais da população. (Ilhéus.net, 2023, online).

Além disso, discussões em andamento debateram sobre a possibilidade de não renovação do contrato com a empresa São Miguel, que está próximo do vencimento. Alguns vereadores defendem a realização de uma nova licitação, argumentando que isso poderia trazer melhorias significativas para o transporte público da cidade (BNews, 2025, online).

O contrato de concessão do transporte público de Ilhéus, firmado em 2003, foi uma tentativa de organizar e melhorar o sistema de transporte coletivo da cidade. No entanto, ao longo dos anos, a falta de atualizações e adaptações às novas demandas tornou o contrato desatualizado, gerando insatisfação entre os usuários. A análise pela Fipe e as discussões sobre a realização de uma nova licitação indicam a busca por soluções que atendam melhor às necessidades da população e promovam um transporte público mais eficiente e de qualidade.

Logo, ainda que haja penalidades administrativas cabíveis na punição da empresa prestadora do serviço de transporte público na cidade de Ilhéus, tal observância não afasta a punibilidade civil e criminal, além de prever a correção das falhas no serviço por parte da concessionária. No entanto, não há nenhuma previsão no que diz respeito à Administração Pública como órgão titular do serviço público em questão.

3 CASO

O transporte público é um serviço essencial cuja prestação envolve riscos que demandam atenção especial do poder público e das empresas concessionárias. A falta de segurança adequada pode resultar em danos irreparáveis aos usuários, como exemplificado pelo trágico acidente ocorrido em Ilhéus (BA), em 15 de março de 2023, envolvendo a servidora pública Maria da Conceição Amorim Silva.

Neste dia, a servidora Maria da Conceição, de 58 anos, sofreu um grave atropelamento causado por um ônibus da empresa Viametro Transportes Urbanos Ltda., na Avenida Itabuna, uma das vias mais movimentadas da cidade. De acordo com informações apuradas pelo portal Pimenta (2023, online), após desembarcar do veículo, a servidora foi atingida pelo mesmo ônibus, que avançou antes de assegurar a segurança da passageira, o que resultou na amputação de sua perna esquerda. A vítima foi socorrida e encaminhada ao Hospital Regional Costa do Cacau, onde permaneceu internada em estado grave na Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

Apesar dos esforços médicos, Maria da Conceição veio a óbito em 5 de abril de 2023, cerca de três semanas após o acidente. O falecimento gerou comoção social e a Prefeitura de Ilhéus emitiu nota oficial lamentando a perda da servidora, que trabalhava há anos no serviço público municipal e era bastante conhecida pela comunidade local. (Agravo, 2023, online)

A morte de Maria da Conceição motivou mobilizações populares. Em 15 de abril de 2023, familiares, amigos e servidores públicos realizaram uma manifestação no local do acidente, exigindo melhorias no transporte coletivo, mais segurança para os passageiros e responsabilização pela tragédia (Ilhéus Informe, 2023, online). Durante o protesto, os participantes também cobraram maior fiscalização sobre as empresas concessionárias e denunciaram a precarização dos serviços de transporte prestados no município.

O caso reabriu um debate antigo sobre a qualidade do transporte público de Ilhéus, especialmente quanto à segurança dos usuários. Diversas reportagens e manifestações populares passaram a questionar a atuação da São Miguel e da Viametro, concessionárias do sistema, que atuam com base em contratos firmados em 2000 e 2003, respectivamente, o qual prevê, entre outras cláusulas, a responsabilidade da

concessionária pela segurança dos usuários.

Além disso, impulsionou a mobilização popular e política pela revisão do contrato de concessão e pela realização de nova licitação para o sistema de transporte, como forma de melhorar a qualidade do serviço prestado e prevenir novos acidentes fatais.

No caso em análise, o município de Ilhéus se absteve da responsabilidade civil estatal ao afirmar que como já analisado, apesar de exercer atividade delegada pelo Estado, a empresa privada prestadora de serviço público tem personalidade jurídica autônoma e responde pelos danos que, mesmo nessa condição, venha a causar a terceiros.

Nesse viés, como já abordado, os concessionários adotam como regra geral a teoria do risco administrativo, no que se refere à prestação de serviço público, e sobre isso, Lima (s.d., online) assevera que as empresas concessionárias geralmente operam como pessoas jurídicas com a intervenção de uma administração nacional que assume a responsabilidade usando a teoria do risco gerenciado. De acordo com esse entendimento, a CF, art. 37, parágrafo 6º, estabelece que é responsável nos mesmos casos previstos, uma vez que qualquer entidade que pretenda desenvolver uma determinada atividade é necessariamente obrigada a indenizar por eventuais danos (Brasil, 1988).

Sobre a responsabilidade ser objetiva, significa que para responder, não se exige conduta dolosa ou culposa, mas o nexo de causalidade entre a conduta, lícita ou ilícita, e o dano. Nesse viés, Bandeira de Mello (2021), leciona que o empresário fornece o serviço por sua conta e risco, portanto, ele deve responder perante o terceiro por quaisquer obrigações contratuais ou danos.

A responsabilidade por danos causados por terceiros em conexão com a prestação de serviços está incluída em uma única norma constitucional e rege-se pelas mesmas normas e princípios administrativos da responsabilidade estatal. Nesse sentido, é objetiva a responsabilidade das concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte pelos danos causados por seus agentes a terceiros, como tal compreendendo-se quaisquer pessoas, usuárias ou não, atingidas pela ação danosa.

Logo, não se discute sobre a responsabilização das concessionárias por danos a usuários ou terceiros. O ponto polêmico e de divergentes opiniões doutrinárias é se o Estado tem responsabilidade frente os atos dos concessionários públicos que provocam

prejuízos a alguém.

O caso da servidora Maria da Conceição Amorim Silva tornou-se um marco na discussão sobre a necessidade de modernização e fiscalização do transporte coletivo em Ilhéus. Além da tragédia pessoal e familiar, o acidente expôs falhas estruturais e operacionais que comprometem a segurança dos cidadãos. A mobilização social e a resposta administrativa indicam um possível ponto de inflexão nas políticas públicas de mobilidade urbana da cidade.

Em um cenário de crescente demanda por serviços públicos de qualidade, o caso reforça a importância de contratos de concessão atualizados, gestão pública eficiente e, sobretudo, respeito ao direito fundamental à vida e à segurança dos usuários do transporte coletivo.

4 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APARENTE FUGA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

A concessão de serviços públicos a empresas privadas, prática amplamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro, tem como base a ideia de descentralização administrativa e busca pela eficiência na prestação de serviços. No entanto, esse modelo, embora legitimado pela legislação vigente, suscita debates quanto ao real comprometimento do Estado com seus deveres constitucionais, especialmente diante de falhas na execução do serviço delegado. Desse modo, se revela uma "crise na noção de serviço público", pela tendência de transformar serviços públicos exclusivos do Estado em atividades concedidas a empresas privadas.

De acordo com Di Pietro (2022, p. 259), a concessão é a "transferência, mediante licitação, da prestação de um serviço público a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que assume a execução por sua conta e risco, sob a regulamentação e fiscalização do Poder Público". Essa definição reflete a busca por uma prestação mais eficiente, mas também evidencia um distanciamento do Estado da atividade cotidiana dos serviços essenciais.

A Constituição Federal de 1988, no art. 175, prevê a possibilidade de delegação dos serviços públicos mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação

(Brasil, 1988). Apesar disso, a responsabilidade estatal não se extingue. O §6º, do art. 37, da CF determina que pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Entretanto, na prática, a concessão dos serviços tem sido, muitas vezes, percebida como uma tentativa do Estado de "fugir" de sua responsabilidade direta pela má qualidade ou pela falha dos serviços públicos. Como observa Mazza (2022, p. 484): "o Poder Público tende a deslocar a responsabilização para a concessionária, minimizando sua própria responsabilidade perante o cidadão". Essa dinâmica gera insegurança jurídica e dificulta a efetividade da proteção dos usuários, que, por vezes, enfrentam obstáculos para obter reparação de danos.

Exemplos concretos, como o transporte público em diversas cidades brasileiras, revelam que, apesar de concedida a execução do serviço, a omissão do Estado na fiscalização e no controle contratual pode configurar falha própria da Administração, gerando a sua responsabilização solidária. Nesses casos, como afirma Di Pietro (2022, p. 263): "a má prestação do serviço público pelo concessionário não exime o Poder Concedente de sua responsabilidade perante os usuários". Assim, embora o regime jurídico das concessões estabeleça obrigações claras para as concessionárias, a concepção de que a delegação afasta a responsabilidade estatal é contrária aos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os princípios da eficiência, da legalidade e da supremacia do interesse público.

A consequência de conceder uma atividade, colocando-a nas mãos de quem visa apenas o lucro, é que o particular não tem o dever de prestá-la. Quando o direito francês elaborou o conceito de serviço público foi exatamente pela ideia de que somente o Estado tem o dever de assumir atividades essenciais, ainda que com prejuízo ou inteiramente às custas do dinheiro público. Além disso, sendo o serviço prestado pelo particular, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Daí a Corte Europeia ter retrocedido um pouco e passado a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras), a imposição de obrigações de serviço público, especialmente a universalidade e continuidade (Morand-Deviller, 2012).

Posteriormente, retrocedeu ainda mais quando substituiu a expressão “serviço de interesse econômico geral” por “serviço de interesse geral”. Vale dizer que retirou da expressão o vocábulo “econômico”, tendo em vista que a União Europeia evoluiu de sua posição original, voltada fundamentalmente para fins econômicos, para prestigiar também os serviços sociais. Em decorrência disso, Morand-Deviller (2012) mostra a aproximação que ocorreu entre o que ela mesma chama de “serviço público à francesa” e o “serviço de interesse geral”.

No direito brasileiro, parte da doutrina entende que a mesma crise do serviço público ocorrida na União Europeia existe no direito brasileiro. O que vem ocorrendo é uma “privatização parcial”, feita pela legislação ordinária, ao arrepio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios e portos, em que uma parte da atividade atribuída à União para ser exercida diretamente ou por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada.

Nesse sentido, a concessão do serviço público essencial feita para empresas privadas evidencia a insuficiência estatal em prover serviços básicos para a coletividade. Di Pietro (2022) trata de uma suposta fuga que a Administração Pública tende a fazer de modo a delegar a prestação de serviços públicos a empresas privadas, se excluindo da responsabilidade dos danos provenientes desta, ainda que seja a titular da prestação. Portanto, tal medida não deveria servir como óbice para a responsabilização do Estado no caso de danos a terceiros.

O Estado é o titular do serviço, entretanto exime-se de todas as suas responsabilidades, sob a justificativa de que por conta da concessão, o mesmo não seria responsável pelos danos causados. Logo, recai sobre a empresa privada a prestação do serviço e a responsabilidade, o que retira a responsabilização estatal, que não responde nem solidariamente, apesar de ser a titular. Deste modo, Morand-Deviller (2012) ressalta que essa concessão nada mais é do que uma fuga estatal do direito administrativo, ou fuga para o direito privado.

Dessa maneira, como já vimos anteriormente, a única possibilidade de responsabilização estatal solidariamente à empresa privada, seria no caso de o Poder Público faltar no seu dever de fiscalizar o serviço prestado pelo ente privado, e em decorrência dessa falta de fiscalização a empresa privada causar danos a terceiros. Tal

fato se deve pela omissão do Poder Público em relação a obrigação de fazer que é a fiscalização e a garantia da qualidade do serviço público ofertado, ainda que de maneira concedida, e em relação à segurança pública.

O que, de certa forma, parece ser uma forma de eximir-se da possibilidade de encarregar-se da parcela que lhe seria devida. Pois, é o Estado o titular no que concerne a prestação de serviço público, e existe uma ingerência lógica de que a ele seja imputada parcela da responsabilidade por eventuais danos advindos desta prestação, ainda que de maneira delegada.

5 CONCLUSÃO

A análise da responsabilidade civil das empresas concessionárias de transporte público na cidade de Ilhéus evidencia a importância de garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos usuários. O transporte coletivo, como serviço público essencial, deve ser prestado de forma eficiente, segura e contínua, conforme determina a Carta Magna.

Embora o serviço seja delegado a particulares mediante concessão, o Estado não se exime de sua responsabilidade. Conforme previsto no art. 37, § 6º, da Constituição, tanto a concessionária quanto o ente público concedente respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros no exercício da atividade delegada. Como bem observa Di Pietro (2022, p. 263): “a transferência da execução do serviço não afasta a responsabilidade do poder público, que deve zelar pela fiscalização e pela qualidade do serviço prestado”.

Eventos recentes, como o trágico acidente que vitimou a servidora Maria da Conceição Amorim Silva em março de 2023, revelam falhas graves na prestação do serviço e na fiscalização administrativa. Tais fatos demonstram a necessidade de uma gestão pública mais rigorosa e de contratos de concessão que efetivamente prevejam mecanismos de responsabilização e garantam a proteção integral dos usuários.

A concessão de serviço público deve ser entendida como uma forma de viabilizar a eficiência administrativa, e não como um instrumento de afastamento da responsabilidade estatal. O cidadão que utiliza o transporte coletivo tem direito a um

serviço digno, seguro e eficiente, e o descumprimento dessas garantias implica violação de direitos fundamentais.

Dessa maneira, o passageiro que for lesado em razão do seu transporte, que tenha sofrido algum acidente, que tenha sofrido algum dano, seja pessoalmente ou por sua bagagem, tem o direito de ser indenizado pelos prejuízos sofridos, sem precisar provar a culpa do transportador. Esses danos podem ser de ordem material, e/ou moral, conforme o caso. A legislação não excepciona o tipo de transporte, o que significa que todo transportador, seja particular (taxi, uber, avião), seja público (ônibus, metrô, trem) deve transportar o passageiro com segurança, respondendo objetivamente em caso de danos ocorridos em razão do transporte.

Vale ressalvar que a regra da responsabilidade objetiva não se aplica quando o transporte é feito gratuitamente, por amizade ou cortesia, como por exemplo a carona. Nestes casos, salvo se o transportador auferir vantagens indiretas, deve haver prova de que o dano foi causado por culpa ou dolo grave, seguindo a Súmula 145 do STJ, que assim dispõe: "No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

Logo, a responsabilidade das concessionárias de transportes públicos por danos a usuários ou terceiros é objetiva. Já um ponto que ainda não é comum na doutrina é se o Estado tem responsabilidade frente aos atos dos concessionários públicos que provocam prejuízos a alguém, existindo julgados que afastam a responsabilidade civil estatal sob o argumento de que a empresa privada prestadora de serviço público tem personalidade jurídica autônoma, e ela mesma responde pelos danos que venha a causar a terceiros.

A crítica exposta neste trabalho é de que no que pese a tendência atual do Estado de delegar a prestação de determinados serviços, dos quais a Administração Pública é a titular, as empresas privadas se tornam meras prestadoras de serviços e não titulares do serviço público que continua sendo obrigação estatal. Tal fato demonstra um padrão de fuga constante de uma possível responsabilização por danos causados a terceiros decorrentes da falha desses serviços. Nesse ínterim, se torna cômodo e conveniente ao Estado que essa prestação não seja feita por ele, uma vez que, ao conceder esta função, ele se exime das possíveis responsabilidades, porém, continua desfrutando dos lucros

provenientes dessa concessão.

A responsabilidade civil na concessão do transporte público exige compreender que a delegação do serviço a concessionárias não afasta os deveres do Estado, que permanece responsável pela fiscalização e garantia da adequada prestação do serviço. Nesse contexto, a transferência da execução não deve justificar a imputação exclusiva dos danos às concessionárias, sob pena de produzir uma aparente mitigação da responsabilidade estatal. As teorias da responsabilidade do Estado reforçam que o dever de proteção aos usuários decorre da titularidade e do controle do serviço público, tornando relevante a análise feita acerca da licitação e da atuação do poder concedente no caso do transporte público em Ilhéus, para verificar em que medida eventuais falhas ou omissões estatais contribuem para os prejuízos suportados pelos administrados.

Portanto, após todo o exposto, é imprescindível que o Município de Ilhéus reforce a fiscalização sobre as concessionárias, promova a atualização dos contratos de concessão conforme as exigências atuais e assegure a responsabilização de todos os agentes envolvidos em falhas que resultem em danos aos usuários. Somente dessa forma será possível consolidar um sistema de transporte público que respeite e proteja os direitos da coletividade, em consonância com os princípios constitucionais da Administração Pública. Diante desse contexto, recomenda-se ainda que o Município promova um novo procedimento licitatório, aberto e competitivo, visando a seleção de empresas que se comprometam com padrões modernos de qualidade, acessibilidade e segurança. Adicionalmente, é essencial a implementação de políticas públicas de mobilidade urbana que contemplem o planejamento integrado dos transportes, a valorização do transporte coletivo e a participação social no acompanhamento da execução dos serviços, como formas de assegurar efetivamente o direito à cidade e à mobilidade digna para todos os cidadãos de Ilhéus.

REFERÊNCIAS

AGRAVO. Morre servidora do município que perdeu a perna em acidente com ônibus**. Agravo**, Ilhéus, BA, 6 abr. 2023. Disponível em: https://www.agravo.com.br/2023/04/06/morre-servidora-do-municipio-que-perdeu-a-perna-em-acidente-com-onibus/. Acesso em: 26 abr. 2025.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 35. ed. São Paulo:

Malheiros, 2021.

BNEWS. Vereador de Ilhéus detona transporte público e pede que contrato não seja renovado**. BNews**, Ilhéus, BA, 19 mar. 2025. Disponível em: https://www.bnews.com.br/noticias/politica/vereador-de-ilheus-detona-transporte-publico-e-pede-que-contrato-nao-seja-renovado.html. Acesso em: 26 abr. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL**. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União***,** Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos*. Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.095.575/SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 20 out. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 3 nov. 2011. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21051631/inteiro-teor-21051632. Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.330.027/SP.** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 4 set. 2014. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22751187/inteiro-teor-22751188. Acesso em: 25 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 145**, de 17 de junho de 1995. Impõe-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Sumulas/Sumula-145.aspx. Acesso em: 27 abr. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 35. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ILHÉUS EVENTOS. Prefeitura de Ilhéus contrata FIPE para análise do contrato de transporte coletivo. **Ilhéus Eventos**, Ilhéus, BA, 13 jun. 2023. Disponível em: https://ilheuseventos.com.br/noticias/ilheus/prefeitura-de-ilheus-contrata-fipe-para-analise-do-contrato-de-transporte-coletivo/. Acesso em: 26 abr. 2025.

ILHÉUS INFORME. Servidora atropelada por ônibus em Ilhéus morre após complicações. **Ilhéus Informe**, Ilhéus, BA, 6 abr. 2023. Disponível em:

https://www.ilheusinforme.com.br/2023/04/servidora-atropelada-por-onibus-em.html. Acesso em: 26 abr. 2025.

ILHÉUS. Prefeitura Municipal. Contrato de Concessão do Serviço de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros**. Ilhéus**, BA, 30 out. 2003. 32 p. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Contrato_Concess%C3%A3o_%C3%B4nibus_ViaMetro_Ilh%C3%A9us_2003.pdf. Acesso em: 26 abr. 2025.

ILHÉUS.NET. Prefeitura contrata empresa para analisar o contrato de concessão do transporte coletivo de Ilhéus. **Ilhéus.net**, Ilhéus, BA, 13 jun. 2023. Disponível em: https://www.ilheus.net/2023/06/prefeitura-contrata-empresa-para-analisar-o-contrato-de-concessao-do-transporte-coletivo-de-ilheus.html. Acesso em: 26 abr. 2025.

INSTITUTO NOSSA ILHÉUS. 6 passos para requalificar o transporte público em Ilhéus. Nossa **Ilhéus**, Ilhéus, BA, 14 fev. 2022. Disponível em: https://nossailheus.org.br/6-passos-para-requalificar-o-transporte-publico-em-ilheus/. Acesso em: 26 abr. 2025.

LIMA, Henrique. Quais os direitos das vítimas em acidentes no transporte público? **Henrique Lima Advogados**. Disponível em: https://henriquelima.com.br/direitos-das-vitimas-em-acidentes-no-transporte-publico. Acesso em: 2 jun. 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 49. ed. atual. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2022.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. Tradução de Daniel Wunder Hachem. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.

NTU – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. **Anuário NTU 2023-2024.** Brasília: NTU, 2024. Disponível em: https://ntu.org.br. Acesso em: 25 abr. 2025.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

PIMENTA BLOG. Morre Conceição, servidora atropelada por ônibus em Ilhéus. **Pimenta Blog**, Ilhéus, BA, 6 abr. 2023. Disponível em: https://pimenta.blog.br/2023/04/06/morre-conceicao-servidora-atropelada-por-onibus-em-ilheus/. Acesso em: 26 abr. 2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos**. Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 19 nov. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticiasantigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicos-publicos.aspx. Acesso em: 2 jun. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDFT). **Responsabilidade civil do Estado nas condutas omissiva e comissiva - requisitos.** TJDFT – Jurisprudência em Temas, Brasília, DF, 27 ago. 2022. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/responsabilidade-civil-do-estado-nas-condutas-omissiva-e-comissiva-2013 requisitos. Acesso em: 31 maio 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDFT).

Responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado. TJDFT – Direito Fácil, Brasília, DF, 8 abr. 2022. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/responsabilidade-objetiva-e-subjetiva-do-estado. Acesso em: 30 maio 2023.

A MORAL COMO PARÂMETRO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO: TENSÕES CONSTITUCIONAIS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

MORALITY AS A PARAMETER FOR THE VALIDITY OF LEGAL TRANSACTIONS: CONSTITUTIONAL TENSIONS UNDER THE CIVIL CODE OF 2002

Rafael Ferraz Pereira Oliveira[*]

RESUMO: Este artigo analisa a cláusula de bons costumes como parâmetro de validade dos negócios jurídicos, interpretando a abrangência da expressão "objeto lícito", prevista no art. 104, II, do Código Civil. Verificou-se que a doutrina predominante adota o critério sociológico, segundo o qual os bons costumes correspondem à moral social. Tal critério, contudo, revela-se obscuro, por se apoiar em dados extrajurídicos de difícil verificação, além de apresentar uma constitucionalidade questionável, diante do princípio da legalidade e do direito à liberdade de consciência. Como diretriz alternativa, concluiu-se ser mais adequada a noção de moralidade constitucional, proposta por Thamis de Castro (teoria tríplice da autonomia existencial), segundo a qual os atos de eficácia pessoal não devem ser submetidos ao juízo moral de licitude. Tais atos são aqueles cujos efeitos se restringem à esfera jurídica de quem os pratica, sem causar danos diretos e imediatos a terceiros. Para ilustrar a tese, analisou-se a validade do contrato de prestação de serviços sexuais, concluindo-se, em princípio, pela sua licitude. Sustenta-se que o intérprete deve avaliar a licitude moral do objeto considerando apenas a proteção das esferas jurídicas alheias e os valores protegidos pela Constituição.

Palavras-chave: negócio jurídico; validade; licitude; moralidade; bons costumes.

ABSTRACT: *This article analyzes the moral clause as a parameter for assessing the validity of legal transactions, interpreting the scope of the expression "lawful object" as provided in Article 104, II, of the Brazilian Civil Code. It was observed that the predominant legal doctrine adopts the sociological criterion, according to which good morals correspond to social morality. However, this criterion proves to be vague, as it relies on extralegal data that are difficult to verify, and it raises constitutional concerns in light of the principle of legality and the right to freedom of conscience. As an alternative guideline, the article argues that is more appropriate the concept of constitutional morality, proposed by Thamis de Castro (tripartite theory of existential autonomy). According to this theory, acts of personal efficacy should not be subjected to moral scrutiny, as their effects are confined to the legal sphere of the individual who performs them and do not cause direct and immediate harm to third parties. To illustrate the thesis, the article examines the validity of contracts for the provision of sexual services, concluding, in principle, that they are lawful. It is argued that the interpreter should assess the moral lawfulness of the object solely in light of the protection of the legal spheres of others and the values safeguarded by the Constitution.*

Keywords: *legal transaction; validity; lawfulness; morality; good morals.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 AS POSIÇÕES DA DOUTRINA SOBRE A LICITUDE DO OBJETO; 3

[*] Graduando em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa em Teoria do Delito (G.TeD) e do Núcleo de Estudos em Direito e Processo Penal (NEDPP). Estagiário no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. E-mail: r.ferraz@ufba.br. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-5996-8889.

AS IMPLICAÇÕES DAS PERSPECTIVAS SOBRE A LICITUDE DO OBJETO; 4 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA LICITUDE DO OBJETO; 5 A LICITUDE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEXUAIS; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O juízo de validade dos negócios jurídicos se reveste de especial relevância, haja vista que a nulidade desses atos implica sua ineficácia absoluta (arts. 166, II, e 169, do CC), e, consequentemente, a inexigibilidade das prestações pactuadas. Ao tratar dos requisitos, o art. 104 do CC estabelece que será válido o negócio que, dentre outros critérios, tenha por objeto algo lícito, possível e determinado ou determinável (inciso II). Entretanto, no que se refere à licitude, a redação do dispositivo é genérica: o legislador se limitou a exigir que o objeto seja lícito, sem indicar se essa licitude diz respeito exclusivamente à legalidade (isto é, à conformidade do ato com as normas da lei positivada) ou se também abrange a moralidade (relacionada à observância da cláusula de bons costumes, quando a regra moral não está incorporada ao ordenamento).

A par dessa omissão, a maioria dos civilistas mais relevantes da doutrina brasileira prefere uma interpretação extensiva desse dispositivo. Os autores parecem encará-lo sob uma perspectiva acentuadamente moralizante, sem a devida ponderação sobre o alcance semântico da expressão "lícito". Na maioria das obras consultadas para esta pesquisa, a atenção aos valores da Constituição e do Código Civil mostra-se ainda limitada.

A licitude moral do objeto à luz da Constituição é exatamente o tema deste artigo. Pretende-se responder a seguinte questão: diante do teor do art. 104, II, do CC, qual seria a fronteira hermenêutica do juízo de licitude moral dos atos negociais? Em outras palavras, como o julgador deve decidir nas situações em que o objeto do negócio não viola a lei, mas é moralmente questionável segundo determinados pontos de vista?

A hipótese inicial era a seguinte: se a moralidade do objeto realmente importa à validade dos negócios, esse juízo encontra sua fronteira no princípio da legalidade (art. 5.º, II, da CF) e nos direitos à liberdade de consciência e de ofício (art. 5.º, VI e XIII, da CF). Por conseguinte, a cláusula de bons costumes só poderia servir como limite ao

princípio da autonomia da vontade se o objeto do ato negocial for capaz de causar dano a outros sujeitos, conforme proíbe o art. 927 do CC.

Para ilustrar o problema, o contrato de prestação de serviços sexuais foi escolhido como exemplo. Questiona-se a possibilidade jurídica de pleitear indenização por responsabilidade civil contratual diante de uma dívida de programa. Poderiam os profissionais do sexo exigir esse crédito em juízo? Como se verá adiante, a doutrina majoritária responde que não. Essa não parece ser, em regra, a solução mais razoável, caso se proceda a uma interpretação sistemática.

Convém advertir que este trabalho não se propõe a discutir a legitimidade da influência da moral sobre as normas jurídicas. O artigo restringe-se à análise, de lege lata, dos critérios que devem orientar a aplicação da cláusula de bons costumes.

Além disso, também não se pretende versar sobre as causas imorais. Pelo menos sob a perspectiva causalista, o objeto de um negócio e a sua causa (ou motivo) não se confundem (Azevedo, 2010, p. 137). Entende-se por objeto do negócio apenas o bem jurídico sobre o qual recai o interesse das partes[1], ou, no conceito de Bernardes de Mello (2022a, p. 74), aquilo que os sujeitos desejam como resultado do ato negocial.

A revisão de literatura se concentrou na doutrina pátria, e o exame dos principais civilistas brasileiros foi dividido em dois recortes temporais: primeiro, os autores clássicos, que escreveram antes e durante a vigência do Código Civil de 1916; e segundo os contemporâneos, cujos trabalhos fazem referência ao Código Civil de 2002. Consultou-se ainda um pouco da doutrina portuguesa (Antonio Menezes Cordeiro e Jorge Morais Carvalho) e francesa (Georges Ripert). Por razões metodológicas, esta pesquisa não examina a jurisprudência dos tribunais superiores, embora tal análise pudesse contribuir para compreender como o tema tem sido enfrentado na prática forense.

Concluiu-se que, de fato, a moralidade importa à valoração da licitude dos objetos. No entanto, o critério ideal não é aquele que recorre à opinião majoritária – moral social ou critério sociológico –, visto que sua adoção implicaria transgredir o dogma da

[1] Conforme Azevedo (2010, p. 109), é possível que um negócio jurídico tenha um objeto lícito e uma causa ilícita ao mesmo tempo. Portanto, são conceitos que não se confundem. No Brasil, a compreensão da causa imoral parece ainda mais obscura, visto que a licitude do motivo não é indicada no art. 104, II, e há uma única referência a ela em todo o Código Civil, no dispositivo que trata do "motivo determinante" como hipótese de nulidade (art. 166, III).

completude do ordenamento. A diretriz mais adequada é a que se baseia no exame do quanto o exercício da autonomia existencial pode repercutir na esfera jurídica de terceiros. Trata-se da moral constitucional, critério proposto por Thamis de Castro (2016, p. 124), para quem não se deve censurar os atos de mera eficácia pessoal (os que geram possibilidade de dano direto e imediato apenas ao sujeito que o pratica).

Castro (2016, p. 110) entende que o critério sociológico é inconveniente, porque os padrões morais do povo nem sempre possuem respaldo constitucional, como as ideias discriminatórias. De modo diverso, a sua interpretação se fundamenta na supremacia da lei, na valorização da diversidade, na defesa das liberdades públicas e na incolumidade das esferas jurídicas. Essa abordagem confirma a hipótese inicial, embora algumas questões ainda permaneçam em aberto.

2 AS POSIÇÕES DA DOUTRINA SOBRE A LICITUDE DO OBJETO

No período anterior à vigência do Código Civil de 1916, Teixeira de Freitas (2003, p. 96) já afirmava que são ilícitos os negócios jurídicos que atentam contra a moral (boni mores), e propôs dispositivo proibitivo expresso em seu Esboço (Freitas, 1983, p. 279). No mesmo sentido escreveu Eduardo Espínola (1912, p. 63), numa época em que o projeto de lei estava tramitando. Mais tarde, ao comentar o Código promulgado – que não qualificou a ilicitude do objeto no seu art. 82[2]–, Clóvis Beviláqua (1979, p. 329) seguiu posicionamento idêntico, assim como San Tiago Dantas (1977, p. 269) e Washington de Barros Monteiro (2016, p. 229). Dentre os clássicos consultados, apenas Caio Mário da Silva Pereira (2024, p. 415) foi omisso quanto à licitude moral: o autor qualificou como inválido somente o negócio cujo objeto é contrário à lei. Neste recorte temporal, destacam-se as contribuições de Pontes de Miranda, de Orlando Gomes e de Antônio Junqueira Azevedo, que se aprofundaram sobre essa questão.

Da perspectiva de Pontes de Miranda (2004, p. 150), o ato é contrário à moral "se a opinião mais generalizada o não tolera", o que inclui "todo negócio jurídico pelo qual alguém assume dever de praticar ou de se abster de algum ato para o qual, segundo a concepção da vida, tal como se revela, por exemplo, na Constituição, há de estar livre de

[2] Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n.º I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

toda imposição ou coagibilidade jurídica" (Pontes de Miranda, 2004, p. 147). Um de seus exemplos é a promessa de mudar de domicílio.

Segundo o autor, embora a lei não qualifique a licitude do objeto nos requisitos do negócio jurídico (Pontes de Miranda, 2004, p. 144), há que se concluir que a moralidade precisa ser considerada nessa análise. O seu fundamento é o art. 971 do CC/16 (correspondente ao art. 883, caput, do CC/02), que proíbe a repetição do indébito daquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. "Se não se pode repetir, seria contraditório que se pudesse pedir, ou, mais radicalmente, fazer objeto de negócio jurídico" (Pontes de Miranda, 2004, p. 148). Entretanto, ele afirma que esse juízo não deve se basear na subjetividade do julgador, nem das partes do litígio, tampouco na ética de determinada religião ou filosofia, mas apenas no pensamento social dominante (Pontes de Miranda, 2004, p. 153). No mesmo viés, Silvio Rodrigues (2003, p. 174) sustentou que é imoral – e, portanto, inválido – todo negócio cujo objeto ou causa seja conflitante com os interesses da sociedade.

Orlando Gomes (2019, p. 266) fez distinção entre o objeto e o conteúdo do negócio jurídico, e observou que esses elementos são coincidentes nas relações jurídicas obrigacionais. Segundo o seu conceito, são imorais os negócios contrários aos "princípios comuns a todos os povos civilizados, admitidos e observados pelos homens de bem", como a usura, os jogos de azar e a exploração de casas de tolerância (Gomes, 2019, p. 267). Para ele, essa moralidade é, em regra, objetiva. A moral subjetiva – isto é, aquela pertencente às partes – seria juridicamente irrelevante.

Por sua vez, Antônio Junqueira Azevedo (2010, p. 108) defendia que não há fundamento legal para declarar a nulidade de atos negociais em razão da imoralidade do objeto, e considerava inconveniente que a validade dependesse "de elementos inteiramente alheios ao próprio negócio" (Azevedo, 2010, p. 109). Para o autor, seria mais adequado que o dispositivo previsse a ilicitude por ofensa aos bons costumes, como no Código Civil alemão[3], ou que se "editassem tantas regras quantas necessárias, proibindo certos tipos de convenção e, portanto, nulificando-as por ilicitude de objeto" (Azevedo, 2010, p. 110). Ele expressava o seguinte receio:

[3] §138, I, do BGB.

> O perigo de ver um moralista vestido de juiz não é hipótese das mais atraentes para um jurista. Corre-se o risco de ver surgir a religião, ou, o que é pior, o preconceito religioso, sob a capa da moral. [...] Muito pior, porém não será essa invasão da religião, mas sim a possível invasão de ideologias substitutivas da religião. (Azevedo, 2010, p. 110)

Sob a vigência do atual Código Civil, que também não qualifica a licitude[4], Álvaro Azevedo (2019, p. 64), Fábio Coelho (2020, p. 347), Paulo Lôbo (2025, p. 212), Anderson Schreiber (2025, p. 93), Gustavo Tepedino[5] e Milena Oliva (2024, p. 243) não enfrentam a questão moral. Por outro lado, Maria Helena Diniz (2025, p. 502), Francisco Amaral (2018, p. 503) e Arnaldo Rizzardo (2016, p. 515) defendem que os bons costumes são, de fato, parâmetro de validade dos atos negociais, embora não discutam a dimensão do vocábulo escolhido pelo legislador.

Outros autores contemporâneos assumem o mesmo viés, mas com fundamentos mais explícitos. É o caso de Marcos Bernardes de Mello (2022b, p. 49), para quem a ilicitude moral do objeto como requisito de validade do negócio é consequência de uma interpretação do art. 883 do CC/02, como propunha Pontes de Miranda (2004, p. 148). Para Mello (2022b, p. 55), o critério a ser adotado é o juízo de valor que se espera de uma determinada comunidade jurídica. Entretanto, o autor ressalva que essa valoração não deve restringir-se às concepções de vida de determinadas camadas sociais, nem se confunde com a tolerância social a determinados comportamentos.

Silvio Venosa (2025, p. 426), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2025, p. 317), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021, p. 702) e Paulo Nader (2018, p. 631) também afirmam que a ilicitude do objeto por violação dos bons costumes é aquela que fere as normas morais de uma sociedade em um dado momento histórico. Conforme Miragem (2021, p. 404), o julgador também deve verificar se o negócio resulta em violação direta ou indireta aos direitos fundamentais. Para Carlos Roberto Gonçalves (2025, p. 345), o objeto imoral consiste naquele que, no caso concreto, mostra-se "manifestamente injusto" e contrário ao "interesse social".

[4] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...]
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

[5] No entanto, em obra anterior, escrita em coautoria com Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Moraes, Tepedino afirmou que o objeto ilícito "é aquele contrário [...] não somente à lei, mas também aos bons costumes" (Tepedino; Barboza; Moraes, 2014, p. 314).

Em obra mais recente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2024, p. 427), citando Pontes de Miranda (2004, p. 150), qualificam como ilícitos os atos negociais que atentam contra a autodeterminação do homem. Segundo os autores, a ideia de autodeterminação está relacionada ao "projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa", o qual deve ser respeitado e protegido pelo Estado.

Flávio Tartuce (2025, p. 392), por sua vez, faz referência à justiça distributiva e aos fins sociais da norma como critérios para estabelecer o que seria um objeto imoral.

Thamis Viveiros de Castro dedicou vários trabalhos ao tema dos bons costumes. Dentre eles, um paper sobre os limites e as funções dessa cláusula, com base na sua teoria tríplice da autonomia existencial. Ela se afasta das concepções sociológicas da doutrina majoritária, e prefere o que chama de moralidade constitucional. Do seu ponto de vista, um valor moral se torna juridicamente relevante quando encontra respaldo axiológico na Constituição, e não por simples adesão da sociedade (Castro, 2016, p. 109). Considerando que a Constituição vigente está fundada no pluralismo e na democracia, não seria razoável, em regra, limitar a autonomia nos atos de mera eficácia pessoal, entendidos como os que geram danos diretos e imediatos somente para o sujeito que pratica a conduta, sem repercussão para terceiros (Castro, 2016, p. 103). Se outras pessoas são atingidas, há eficácia de ordem interpessoal ou social, e somente nessas hipóteses poderia se cogitar a imposição de limites (Castro, 2016, p. 111).

Castro (2016, p. 104) entende que, numa ordem dominada pela legalidade constitucional, a ofensa a padrões sociais não constitui um problema jurídico per se. Ora, as ideias de cunho discriminatório, embora sejam compartilhadas por grande parte do povo, não encontram respaldo na Constituição, e, por esse motivo, não servem de parâmetro para juízes. Todo projeto de vida que produza efeitos restritos ao patrimônio jurídico de quem o adota é irrepreensível e merece reconhecimento legal (Castro, 2016, p. 110). Consequentemente, não seria apropriado declarar nulo um contrato cujo objeto seja moralmente questionável do ponto de vista da sociedade, mas que não cause danos diretos a terceiros, limitando-se à esfera dos sujeitos que – dotados de plena capacidade civil e por livre vontade – decidiram aderir ao pacto.

Fábio Pereira, Mariana Lara e Daniel Andrade (2019, p. 168) são mais radicais, e consideram insuficiente a adoção do critério de Thamis de Castro. Segundo os autores,

> esse cenário de constitucionalização aumenta as incertezas no desfecho de casos concretos e possibilita que o conservadorismo de alguns magistrados continue imperando para afastar comportamentos tidos como desviantes e indesejáveis. Estabelecer que 'a postura criativa do magistrado deve ser limitada pelos valores constitucionais sempre' e pelo dever de fundamentação de suas decisões [...] não resolve o problema da vagueza da cláusula, da insegurança jurídica e dos riscos de limitação indevida da autonomia privada em razão da má aplicação de uma cláusula de conteúdo moralizante [...]

Desse ponto de vista, a cláusula de bons costumes hoje se revelaria totalmente inaceitável, porque sempre se concretiza com a sujeição dos indivíduos a uma determinada moral. Isso não seria admitido num contexto de pluralismo e laicidade (Andrade; Lara; Pereira, 2019, p. 170). Os autores também afirmam que os fins perseguidos com a censura da ilicitude moral seriam perfeitamente alcançáveis pela aplicação das cláusulas da boa-fé objetiva e da ordem pública (Pereira; Lara; Andrade, 2019, p. 171).

Conclui-se que a doutrina nacional é majoritariamente inclinada à perspectiva sociológica da moralidade, diante da lacuna do art. 104, II, do Código Civil brasileiro.

Em situação um pouco distinta, o Código Civil português é expresso quanto à proibição do negócio de objeto imoral (art. 280.º, n. 2)[6]. Da doutrina lusitana, aqui se destacam as contribuições de Antônio Menezes Cordeiro e de Jorge Morais Carvalho.

Cordeiro (2021, p. 597), em seu Tratado, pontua que, no juízo de licitude dos objetos, "apenas uma área bem circunscrita da moral social poderá estar em causa". Segundo o autor, embora os bons costumes desempenhem hoje um papel moralizador bastante reduzido, ainda subsiste um "círculo mínimo" (Cordeiro, 2021, p. 596). Por sua vez, Carvalho (2017, p. 199), em sua obra Os Limites à Liberdade Contratual, admite a moral social como parâmetro para o juízo de licitude dos objetos, mas ressalva que "o aplicador do direito deve [...] verificar se e em que medida algum princípio ético ou moral concreto é afetado pelo acordo". Além disso, o autor considera que a cláusula de bons costumes só deve ser invocada como última razão, ou seja, quando nem a lei nem outras cláusulas gerais – a boa-fé objetiva e a ordem pública – foram capazes de qualificar o ato negocial como ilícito (Carvalho, 2017, p. 117).

Na doutrina francesa[7], Georges Ripert se dedicou ao assunto na sua obra A Regra Moral nas Obrigações Civis (tradução de La Règle Morale dans les Obligations Civiles),

[6] "2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes."
[7] O Código Civil francês também proíbe expressamente o negócio de objeto moral (art. 6º).

em que criticou a corrente sociológica da concepção dos bons costumes. Para Ripert (2000, p. 84), a licitude moral não deve se basear na opinião pública – que, no mais das vezes, tolera comportamentos qualificados por ele como repugnantes –, mas numa ética transcendente. Trata-se da aplicação de regras de fundo religioso (Ripert, 2000, p. 44). O autor também afirmava que a restrição da liberdade humana só se justifica para "fins louváveis", a saber, aqueles que não implicam lesão dos valores do Cristianismo, a exemplo dos que são relativos à vida sexual (Ripert, 2000, p. 62).

3 AS IMPLICAÇÕES DAS PERSPECTIVAS SOBRE A LICITUDE DO OBJETO

De *lege lata*, a negação da cláusula de bons costumes é uma posição inconsistente. A interpretação da primeira parte do art. 104, II, quando feita à luz do art. 883, caput, leva a concluir que a lei brasileira não admite a eficácia de negócios jurídicos com objeto imoral. Caso contrário, a repetição do indébito nessas obrigações não seria proibida (Pontes de Miranda, 2004, p. 148). Se o legislador não utiliza palavras vãs, e considerando o ordenamento em seu conjunto, conclui-se que deve existir uma diferença entre fim imoral e fim proibido por lei – ambas como espécies de fim ilícito –, tanto no Código Civil quanto no art. 17 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42)[8].

Pela mesma razão, o domínio dos bons costumes não se confunde com o de outras cláusulas gerais. A cláusula da boa-fé objetiva impõe um padrão de comportamento esperado das partes, fundado na confiança recíproca (Farias; Rosenvald, 2021, p. 702), e a cláusula da ordem pública proíbe a violação de princípios gerais do ordenamento jurídico (Cordeiro, 2021, p. 604). Embora a existência de áreas de sobreposição seja discutível (Cordeiro, 2021, p. 600), a distinção feita pelo legislador sugere que a moralidade possui um domínio exclusivo de incidência fática.

Assim, não é plausível afirmar que os bons costumes são irrelevantes para o juízo de validade dos negócios jurídicos. Em contrapartida, uma interpretação extensiva do art. 104, II, do Código Civil, também é inadequada. A imposição de uma moral cristã, como defendia Ripert (2000, p. 44), é incompatível com a ordem constitucional

[8] "Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."

brasileira, que consagra o Estado laico e protege as liberdades de consciência e de religião (art. 5.º, VI, da CF). Da mesma forma, o critério da moral social não oferece um limite hermenêutico muito oportuno, por mais objetiva que a doutrina tente concebê-la. Isso porque se trata de uma diretriz pouco funcional e que parece violar a Constituição.

A inutilidade do critério sociológico deriva da sua obscuridade. Ainda que as cláusulas gerais se caracterizem por seu conteúdo indeterminado, o imperativo da segurança jurídica impõe a fixação de alguns parâmetros gerais. No caso da boa-fé objetiva, por exemplo, uma gama de postulados (como o venire contra factum proprium) e de deveres anexos (como o dever de informação) foram concebidos como suas diretrizes. Por outro lado, a cláusula de bons costumes ainda não goza da mesma finesse.

Em geral, a doutrina oferece noções muito vagas. Um conjunto de partidários da moral social a identifica como o conjunto de "preceitos fundamentais que, em determinada época e lugar, governam a vida social" (Gomes, 2019, p. 266). Outros preferem afirmar que se trata da "opinião mais generalizada" (Pontes de Miranda, 2004, p. 150). Há ainda quem prefira descrevê-la como reflexo do "interesse social" (Gonçalves, 2025, p. 345).

As sugestões da doutrina majoritária são frágeis porque se apoiam em dados extrajurídicos de verificação difícil. Pontes de Miranda (2004, p. 153) afirmava que o juiz precisa auscultar o pensamento do povo. Essa é uma missão desafiadora, uma vez que os preceitos morais tendem à volatilidade (Cordeiro, 2021, p. 593). Ainda que o direito posto também se transforme com rapidez, sua apreensão é mais acessível, considerando que, diverso do que ocorre com as normas jurídicas, as regras de bons costumes não estão sistematizadas em códigos. Mais que isso, a "sua projeção exata e as condições em que o Direito para ela remete são soluções sem dogmática própria" (Andrade; Lara; Pereira, 2019, p. 166). Em suma, o critério da moral social traz obstáculos intransponíveis à certeza sobre o conteúdo dos *boni mores*. A segurança jurídica estará comprometida enquanto ele for invocado na prática forense.

Além de imprecisa, a noção de moral social é de duvidosa constitucionalidade. Mesmo que seja possível identificar algumas convenções sociais predominantes, declarar a invalidade de um negócio jurídico apenas com base nos preceitos de uma cosmovisão específica parece resultar na ofensa ao princípio da legalidade (art. 5.º, II, da CF). Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei,

apenas o ordenamento[9] pode criar preceitos legítimos, "no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora" (Mendes, 2023, p. 199). Nesse âmbito, encontram-se neutralizadas a opinião pública, a religião e a filosofia, a menos que suas razões sejam incorporadas ao ordenamento jurídico[10].

Logo, não é correto exigir que um sujeito se adeque a determinada concepção de vida para que seus atos negociais sejam reconhecidos pelo Estado, a menos que essa exigência encontre fundamento em norma jurídica vigente. Do ponto de vista normativo, o Poder Judiciário não reprime o homicida porque matar é imoral – embora, de fato, seja imoral –, mas em razão de prescrições jurídicas que proíbem essa conduta[11], e é por esse fundamento que o juiz deve declarar a nulidade de um acordo pelo qual se convencionou um assassinato em troca de prestação em dinheiro.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 218) explica que não é possível aceitar um preceito moral em detrimento do positivado se o próprio sistema veda a adoção de diretrizes alheias a ele. Não seria o caso do ordenamento brasileiro, que autoriza o uso de fontes suplementares[12]. De todo modo, o direito positivo pressupõe um estreitamento do campo de atuação do exegeta, em respeito aos valores da certeza e da segurança (Ferraz Júnior, 2018, p. 333). Por esse motivo, o critério para determinar a noção de licitude moral precisa derivar da *ratio* do próprio ordenamento jurídico.

[9] "O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar-se então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma." (Mendes, 2023, p. 199)

[10] Conforme advertido na introdução, a discussão de *lege ferenda* foge ao escopo deste trabalho.

[11] A legitimidade dessas regras decorre da autoridade conferida pelo povo ao legislador. A essa autoridade deve vincular-se o juiz, em respeito ao princípio da separação de poderes (art. 2.º da CF). As razões morais que motivaram a edição da norma não se confundem com as razões jurídicas que fundamentam sua aplicação pelo julgador.

[12] Conforme o art. 4.º da LINDB, se a lei for omissa, o juiz "decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Pela analogia, o exegeta estende a aplicação de uma norma a uma situação com pressuposto fático similar, para o qual não existe regra específica (Ferraz Júnior, 2018, p. 326). Os princípios gerais de direito, a grosso modo, constituem as regras de coesão do ordenamento (Ferraz Júnior, 2018, p. 256). A analogia e os princípios apontam para o conteúdo da própria lei positiva. Os costumes, por sua vez, consistem em práticas reiteradas no tempo e tratadas como vinculantes pela sociedade (Ferraz Júnior, 2018, p. 249). Ainda que façam remissão a imperativos distintos das normas jurídicas, as regras consuetudinárias somente são consideradas como parte do ordenamento se não forem contra legem, conforme se deduz do art. 2.º da LINDB (Ferraz Júnior, 2018, p. 332). Além disso, no caso dos costumes secundum legem, o intérprete deve suplementar o texto legal sem apartá-lo do seu "espírito" (Machado Neto, 1998, p. 211).

Embora diversos dispositivos mencionem os bons costumes de forma expressa (como os arts. 13, caput, 112, 187, 883, caput, e 1.336, IV, todos do Código Civil), a legalidade constitucional impede que o juiz busque seu critério de subsunção em fontes estranhas ao direito. Conforme escreve Ferraz Júnior (2018, p. 344), o magistrado não possui licença para decidir como quiser diante de conceitos jurídicos indeterminados, mas deve se balizar pelo próprio sistema. Essas razões levam a concluir que não basta a referência à moral no corpo do texto da lei. As diretrizes de valoração dos fatos ainda devem se submeter à axiologia do arcabouço normativo, e o apelo à moralidade média da população certamente não atende a essa necessidade.

Nem mesmo o apelo à principiologia seria suficiente, pois o ordenamento jurídico brasileiro tutela determinados interesses por serem indispensáveis à dignidade de todas as pessoas, e não porque são valores da maioria do povo. O princípio do estado democrático de direito (art. 1.º, caput, da CF) impõe os direitos fundamentais como limites aos consensos majoritários (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 220). A propósito, o art. 5.º da LINDB estabelece que, na aplicação da lei, o juiz deve atender os fins sociais que a ela se dirigem e as exigências do bem comum. Essa regra eleva o intérprete à posição de agente eficaz no progresso das instituições jurídicas e na aplicação dos princípios da democracia social (Nader, 2025, p. 244).

Até aqui, constatou-se que a cláusula de bons costumes não pode ser rejeitada, mas também não deve ser confundida com a boa-fé objetiva ou com a ordem pública, e tampouco empregada com base no critério sociológico. Diante disso, o que os juízes devem entender por ilicitude moral do objeto? Mediante uma interpretação sistemática, parece mais adequado o critério da moral constitucional, proposto por Thamis Viveiros de Castro, baseado em sua teoria tríplice da autonomia existencial.

4 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA LICITUDE DO OBJETO

Nos negócios puramente patrimoniais, a autonomia privada não é um fim em si mesmo, mas está orientada à promoção de interesses socialmente úteis. O mesmo não se pode afirmar sobre o exercício da autonomia existencial, conforme Farias e Rosenvald (2017, p. 158). Nos atos de disposição de direitos da personalidade, o fundamento da

liberdade para contratar não reside na satisfação de interesses coletivos, mas na autoafirmação do indivíduo, como reflexo do seu valor imanente. A prática de tais atos constitui, por si só, a realização de sua função (Farias; Rosenvald, 2017, p. 159).

A proteção da dignidade humana implica impossibilidade de reduzir qualquer pessoa "à condição de mero objeto da ação alheia" (Sarlet, 2023, p. 75). Por conseguinte, o reconhecimento de alguém como sujeito de direito pressupõe poder de autodeterminação, isto é, a capacidade de orientar a própria vida sem ser constrangido pela vontade de outras pessoas (Sarlet; Vale, 2023, p. 165). No exercício da autonomia existencial, a restrição da liberdade somente se justifica para a proteção dos direitos de terceiros e para defender o homem de suas próprias fraquezas, garantindo-se um mínimo de indisponibilidade (Farias; Rosenvald, 2017, p. 159).

O art. 5.º, VI, da Constituição Federal, estabelece que a liberdade de consciência é inviolável. Esse direito se traduz "na autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais" (Weingartner Neto, 2023, p. 227). No *forum externum*, confere ao sujeito o poder de agir conforme suas próprias convicções, das mais diversas maneiras e nos limites do ordenamento (Weingartner Neto, 2023, p. 229). Dessa forma, o recurso à moral social na aplicação da cláusula de bons costumes constitui violação do direito à liberdade de consciência. Tais conceitos seriam utilizados pelos juízes como atalhos (shortcuts) para a restrição irrefletida de direitos fundamentais (Weingartner Neto, 2023, p. 231).

Pautada no regime de liberdades da Constituição Federal de 1988, Thamis Viveiros de Castro propõe a sua teoria tríplice da autonomia existencial. A autora afirma que o exercício da personalidade humana só admite limites externos, visto que não está voltada à satisfação de interesses alheios aos do seu titular (Castro, 2016, p. 102). Para avaliar a legitimidade da intervenção do Estado nos atos de exercício da autonomia existencial, ela os classifica conforme os seus efeitos potenciais: a eficácia da conduta pode ser de ordem pessoal, interpessoal ou social. A eficácia pessoal é aquela restrita à esfera jurídica do sujeito que pratica o ato (p. ex., prática de body modification em si mesmo). A eficácia interpessoal irradia consequências para terceiros determinados (p. ex., abuso de poder familiar). A eficácia social, por fim, é aquela que alcança um número indeterminado de pessoas (p. ex., consumo de cigarro em local fechado).

Castro (2016, p. 103) exclui a incidência dos bons costumes nos atos de eficácia pessoal, mesmo se a conduta for prejudicial àquele que decide agir de tal maneira[13]. Consequentemente, a cláusula deve incidir somente nos atos de eficácia interpessoal e social (Castro, 2016, p. 104). Mas a relatividade do ato não é a única condição. Para que a imposição de limites seja legítima, exige-se ainda que os efeitos sejam capazes de gerar dano direto e imediato em desfavor de duas ou mais pessoas. Caso contrário, o ato ainda será qualificado como de eficácia pessoal (Castro, 2016, p. 111).

Todo ato pode produzir repercussões indiretas, mas essas consequências são juridicamente irrelevantes, na medida em que não modificam, extinguem ou constituem o campo de titularidade de outras pessoas (Castro, 2016, p. 104). As implicações remotas devem ser toleradas, porque não configuram lesão ou ameaça de lesão concreta a direitos alheios (Castro, 2016, p. 105). Se o ato se funda em circunstâncias afastáveis, existe mero receio de lesão, o que não merece tutela jurídica (Castro, 2016, p. 107).

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que todos os negócios jurídicos (inclusive os bilaterais) que não geram risco de dano direto e imediato às partes ou a terceiros devem ser classificados como atos de eficácia pessoal. No que diz respeito aos atos negociais, Castro (2016, p. 118) afirma que a cláusula de bons costumes impõe o dever de não instrumentalização. Há dano juridicamente relevante sempre que um interesse existencial for sacrificado para obter o conteúdo patrimonial de um negócio destinado apenas à satisfação de interesses alheios. O sujeito é tratado como um instrumento de outra pessoa, invertendo-se a lógica de preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais. O exemplo dado pela autora é o contrato de doação compartilhada de óvulos, atualmente permitido pelo Conselho Federal de Medicina[14].

[13] A restrição seria legítima no caso de pessoas com acentuado grau de vulnerabilidade (Castro, 2016, p. 103).

[14] "Trata-se de contrato de prestação de serviços médicos para a realização de técnica de reprodução humana assistida que possui cláusula dispondo sobre a gratuidade dos serviços prestados caso a paciente aceite o encargo de doar seus óvulos para a clínica realizadora ao término dos procedimentos. Evidentemente, o tratamento inicial que induz a ovulação não traz a segurança de que haverá sucesso na produção de óvulos, o que poderá acontecer como consequência dos procedimentos utilizados ou não. Caso haja óvulos disponíveis para a doação, a doadora seria beneficiada com a ausência de cobrança sobre os valores dos procedimentos realizados. A vantagem oferecida representa uma condição restritiva da autonomia, pelo que a mulher sem recursos que deseja engravidar por esses meios aceitará a restrição da sua autonomia existencial em prol da vantagem de ordem econômica que é oferecida pela clínica para fins de viabilizar o tratamento médico de outras pacientes que desejam engravidar por meio de técnicas reprodutivas." (Castro, 2016, p. 119).

Diante de todas essas nuances, o critério proposto por Thamis de Castro, em vez de se fundar na adesão majoritária a determinados valores, impõe ao intérprete a tarefa de analisar a correspondência axiológica desses interesses ao espírito da lei (Castro, 2016, p. 109). Portanto, o julgador deve entender por imoral todo negócio jurídico cujo objeto seja apto a gerar danos diretos e imediatos contra terceiros, atentando contra os valores protegidos pela Constituição. Cumpre notar que, ao contrário do que pode parecer, esse critério não confunde imoralidade com ilegalidade. Nesse contexto, um objeto ilegal é aquele que ofende regras expressas, e cujo resultado pode ou não causar dano. A princípio, sua avaliação não suscita maiores dificuldades. Um objeto imoral, por outro lado, é aquele que tem potencial de causar prejuízo a terceiros, ofendendo princípios constitucionais. Nesse caso, a análise precisa ser mais cuidadosa.

A compreensão de Thamis Viveiros de Castro parece remeter à teoria do mínimo ético, formulada por Georg Jellinek. Segundo o autor, o direito não deve absorver integralmente o conteúdo da moral, mas apenas os preceitos indispensáveis à preservação da convivência coletiva pacífica (Nader, 2025, p. 43). Nos atos de exercício da autonomia existencial – cuja razão de ser é a realização do próprio indivíduo e não a satisfação de interesses alheios –, a intervenção somente se justifica se houver necessidade de proteger direitos de terceiros ou valores fundamentais da ordem constitucional. Portanto, não se justifica restringir essas escolhas com base em concepções morais que, embora majoritárias, não são necessárias à tutela desses interesses mínimos.

5 A LICITUDE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEXUAIS

O caso dos serviços de prostituição é um exemplo recorrente na literatura jurídica. Dentre os autores contemporâneos visitados nesta pesquisa, esse contrato foi utilizado como exemplo por Diniz (2025, p. 502), Gagliano e Pamplona Filho (2025, p. 318) e Nader (2018, p. 631). Todos eles afirmam que se trataria de negócio jurídico nulo em razão da proibição moral do objeto.

Imagine-se um contrato dessa natureza, celebrado entre duas pessoas plenamente capazes, sem vícios de vontade, nem vícios sociais, sem caráter de relação

de emprego (ou seja, o serviço é eventual e não há subordinação entre os sujeitos) e destituído de qualquer cláusula de disposição permanente de direitos da personalidade. Acrescente-se, ainda, o fato de que o contrato de prestação de serviços, em geral, não possui forma prescrita em lei. Seria esse um negócio válido?

Não há dúvidas quanto à legalidade da prostituição, desde que não caracterize algum tipo penal de lenocínio (arts. 227 a 230 do CP) ou de exploração sexual de vulneráveis (arts. 217-A a 218-C do CP). O negócio jurídico celebrado entre uma garota de programa e o seu agenciador é manifestamente ilegal. Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto à relação estabelecida com um sujeito que a contrata ocasionalmente[15]. Não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo que proíba o oferecimento ou a contratação desses serviços. Em verdade, o Ministério do Trabalho já incluiu o meretrício no rol da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO)[16].

Se a ilicitude não decorre da lei, a objeção só pode ser de natureza moral. Seria o estigma associado à prostituição fundamento adequado para negar validade aos contratos de prestação de serviços sexuais? No regime constitucional em vigor, certamente não. Segundo a classificação de Castro (2016, p. 103), a simples disposição do próprio corpo para a prática de meretrício reside no perímetro dos atos de eficácia pessoal, visto que não gera possibilidade de dano direto e imediato a nenhuma das partes do negócio, e tampouco a outras pessoas; além disso, não há violação do dever de não instrumentalização, porque o ato satisfaz os interesses de ambos os sujeitos.

Schreiber (2013, p. 236) afirma que o direito à vida sexual reside no âmbito de realização da personalidade humana, o que impede qualquer intervenção proibitiva do direito (embora ele afirme que o debate se torna mais delicado quando há finalidade lucrativa)[17]. Diante do que se sustentou neste trabalho sobre a autonomia privada, infere-se que, a princípio, a prestação de serviços sexuais não se qualifica como objeto

[15] Não se pretende aqui tratar da hipótese de atendimento não eventual, que poderia caracterizar uma relação de emprego (art. 3.º, caput, da CLT). O exemplo acima é de um contrato de prestação de serviços nos moldes dos arts. 593 a 609 do CC.

[16] Sob o código 5198-05 (Portaria MTE n. 397, de 9 de outubro de 2002).

[17] O autor menciona o episódio de Catarina Migliorini, jovem brasileira que colocou à venda sua virgindade no contexto de um reality show estrangeiro. Nesse caso, embora o ordenamento jurídico brasileiro pudesse eventualmente impor obstáculos à atuação dos organizadores do programa, não haveria regra específica incidindo sobre a conduta da própria participante, que, em princípio, pode dispor de sua sexualidade da forma que desejar. Ainda assim, segundo Schreiber (2013, p. 236 e 237), caberia discutir a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

ilícito. Assim, uma dívida de programa não pode ser considerada como obrigação meramente natural. Se não se trata de negócio inválido em razão da ilicitude do objeto, a exigência da prestação em juízo configura pretensão juridicamente possível.

Dessa forma, quando o Poder Judiciário nega a um profissional do sexo o direito de receber o seu crédito, tendo por único fundamento a opinião pública sobre a sua ocupação, prejudica-se o exercício da autonomia existencial desse trabalhador e promove-se o enriquecimento sem causa do sujeito inadimplente (Andrade; Lara; Pereira, 2019, p. 170). Já que se trata de atividade lícita, seu exercício deve ser abrangido na proteção da liberdade de ofício (art. 5.º, XIII, da CF)[18].

6 CONCLUSÃO

Em relação à licitude do objeto, a omissão do art. 104, II, do CC não autoriza o intérprete a desprezar a incidência da cláusula de bons costumes, visto que o art. 883 proíbe a repetição do indébito nessas hipóteses. Além disso, a distinção feita pelo legislador leva a concluir que essa cláusula possui um domínio de incidência distinto das demais. Por outro lado, o critério sociológico não é o mais adequado, por se tratar de uma diretriz vaga e de duvidosa constitucionalidade.

A noção de moral social é obscura porque aponta para dados alheios ao direito, que são de difícil verificação. Isso decorre da volatilidade e da difusão das regras morais. Já a sua inconstitucionalidade resulta da violação do princípio da legalidade, uma vez que a valoração passa a depender de critérios normativos externos ao ordenamento. A lei protege determinados interesses por serem indispensáveis à dignidade humana, e não porque derivam de uma vontade majoritária.

Por conseguinte, é necessário que o critério de valoração da cláusula de bons costumes derive do próprio arcabouço normativo. À luz da proteção constitucional da liberdade de consciência e das particularidades da autonomia privada em matéria de direitos da personalidade, a proposta de Thamis Viveiros de Castro – a teoria tríplice da

[18] O profissional do sexo inadimplente também poderia ser demandado em juízo. Neste caso, contudo, a possibilidade do pedido se restringe à indenização por perdas e danos (art. 247 do CC). A tutela específica não é cabível, porque a disposição de direito da personalidade é ato revogável a qualquer tempo (Farias; Rosenvald, 2017, p. 161).

autonomia existencial – revela-se a mais adequada. Para a autora, em regra, a incidência dessa cláusula não alcança os atos de eficácia pessoal. Tais premissas levam a concluir que o contrato de prestação de serviços sexuais, em princípio, não configura negócio jurídico de objeto ilícito, uma vez que a disposição do próprio corpo para a prática de relações sexuais remuneradas se insere nesse âmbito legítimo de autorrealização. Assim, o crédito decorrente desse negócio revela-se judicialmente exigível.

Em síntese, o critério da moralidade constitucional impõe a proteção da esfera jurídica de terceiros e os valores constitucionais como fronteiras hermenêuticas da licitude moral do objeto dos negócios jurídicos.

Dessa conclusão decorre uma dificuldade que deve ser reconhecida: a ausência de critérios capazes de orientar os julgadores na identificação de violações da cláusula dos bons costumes, tal como já se verifica em relação à cláusula da boa-fé objetiva. Aclassificação dos atos de exercício da autonomia existencial proposta por Thamis de Castro mostra-se intuitivamente correta, mas ainda demanda maior refinamento dogmático. Essa dificuldade, contudo, não afasta a conclusão de que o art. 104, II, do CC, é incompatível com uma interpretação fundada na noção de moral social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 10. ed. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2018.

ANDRADE, Daniel de Pádua; LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade da sociedade contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua.** Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, DF, 5 jan. 1916.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria n. 397, de 10 de outubro de 2002. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 11 out. 2002.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os Limites à Liberdade Contratual.** Lisboa: Almedina, 2017.

CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, n. 1, 2016, p. 89-112.

COELHO, Fábio. **Curso de Direito Civil: Parte Geral.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

CORDEIRO, António M. **Tratado de Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Almedina, 2021. v. 2.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945): Parte Geral**.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 42. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do Direito Civil Brasileiro**: Theoria Geral das Relações Jurídicas de Obrigação. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912. v. 2. t. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil.** Brasília: Fundação UnB, 1983. v. 2.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis.** Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. v. 1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Atualizado por Edivaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 23. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. v. 1.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 23. ed. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Validade. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. In: CANOTILHO, José Joaquim et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 198-204.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim et al. (coord.)**. Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 88-91.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2004. v. 4.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis.** Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 70-76.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 161-166.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Dos negócios jurídicos. In: SCHREIBER, Anderson et al. **Código Civil Comentado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. p. 91-142.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil**: Teoria Geral do Direito Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. 1.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. v. 1.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Art. 5.º VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. In: CANOTILHO, José Joaquim et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 223-2

TRIBUNAL DO JÚRI E O EFEITO "MENOS É MAIS": RESSIGNIFICAÇÃO GARANTISTA DE UMA DECISÃO POLÍTICA PROFERIDA PELO STF

THE JURY TRIAL AND THE "LESS IS MORE" EFFECT: A RIGHTS-ORIENTED REINTERPRETATION OF A POLITICAL DECISION HANDED DOWN BY THE SUPREME FEDERAL COURT (STF)

João Victor Lima Vasconcelos*

RESUMO: O texto aborda as implicações da decisão proferida pelo STF que possibilitou a execução imediata da pena no júri, sob o fundamento do princípio da soberania dos veredictos. Com base nesse julgado, visualiza-se o enfraquecimento do tribunal do júri como instituição de garantia, passando a servir como mecanismo legitimador da crença inquisitiva que persiste no Brasil. Assim, o presente artigo tece argumentos na busca de conferir racionalidade ao poder punitivo e ratificar as diretrizes de um sistema processual penal verdadeiramente acusatório.

Palavras-chave: tribunal do júri; STF; soberania dos veredictos; direitos e garantias fundamentais; processo penal.

ABSTRACT: *The text addresses the implications of the decision handed down by the STF that allowed the immediate execution of the sentence by the jury, based on the principle of sovereignty of verdicts. Based on this ruling, we can see the weakening of the jury court as a guarantee institution, starting to serve as a legitimizing mechanism for the inquisitive belief that persists in Brazil. Thus, this article weaves arguments in the search to give rationality to punitive power and ratify the guidelines of a truly accusatory criminal procedural system.*

Keywords: *jury court; STF; sovereignty of verdicts; fundamental rights and guarantees; criminal procedure.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO TRIBUNAL DO JÚRI: O ALCANCE DA SOBERANIA POPULAR; 3 EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA; 4 TEMA Nº 1068 DO STF E O ESVAZIAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI: RESSIGNIFICAÇÃO GARANTISTA DE UMA DECISÃO POLÍTICA; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

* Advogado criminalista. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Nobre (UNIFAN). Membro do Grupo de Pesquisa de Culpabilidade e Responsabilidade no Direito Penal Econômico do PPGD da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). E-mail: joaovictorlimavasconcelos34@gmail.com. ORCID: 0009-0002-2225-280.

1 INTRODUÇÃO

"Não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução imediata da condenação pelo Tribunal do júri independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. É que, diferentemente do que se passa em relação aos demais crimes, nenhum tribunal tem o poder de substituir a decisão do júri." (Brasil, 2024). O trecho transcrito consta na ementa do RE de nº 1.235.340 (tema 1068 do STF), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que consignou a possibilidade de execução imediata da pena durante a fase plenária do tribunal do júri. A decisão do Supremo, embora deva ser respeitada diante da sua legitimidade democrática, foi alvo de severas críticas no âmbito doutrinário.

As principais ponderações feitas foram a sua incompatibilidade com as diretrizes do processo penal fincado em um sistema acusatório, a partir da inobservância do princípio da presunção de inocência, bem como pela malversação conceitual do princípio da soberania dos veredictos, expressamente previsto na Constituição por meio do Art.5º, inciso XXXVII, alínea c), dando uma interpretação dissonante da sua real finalidade.

Outro ponto digno de crítica foi a incongruência do Supremo em ir de encontro com as ADC´s 43,44 e 54, julgadas pelo mesmo tribunal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nas referidas ações, foi declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, incluído pelo "pacote anticrime" (Lei nº 13.964/2019), vedando a possibilidade de execução imediata da pena após a condenação em segunda instância em razão da ausência de exaurimento das vias recursais, uma vez que a culpa somente seria selada em virtude de título precluso na via da recorribilidade, não admitindo a forma provisória por ser incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Durante a ementa do recurso, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso destacou que a morosidade do trânsito em julgado "violaria sentimentos mínimos de justiça e a credibilidade do Poder Judiciário", pois permitiria que o homicida condenado permanecesse livre após o julgamento, convivendo com a família da vítima. Para respaldar sua afirmação, apresentou-se dados estatísticos que indicaram que foram

praticados 62.517 homicídios em 2016, enquanto o número de ações penais registradas beirava as 27.881.

Diante disso, considerando que o Ministro Luís Roberto Barroso já havia se manifestado em outra oportunidade de que "as instituições têm o dever de levar em conta a voz das ruas e procurar atender as demandas sociais", nos parece que o STF utilizou uma garantia fundamental como instrumento de "luta contra o crime", atendendo ao clamor popular de uma sociedade que clama pelo encarceramento em massa como mecanismo de justiça imediata. Tal constatação alimenta a crença eficientista que assola o poder judiciário, acarretando na supervalorização de interesses genéricos em detrimento do direito de liberdade concreta do indivíduo submetido ao peso arraigado do poder punitivo.

Dessa maneira, a mesma cultura eficientista que identifica direitos e garantias como óbices para suas satisfações pessoais, deturpam instrumentos de garantia como mecanismos legitimadores da sua crença, mesmo que se mostrem dissonantes com a própria natureza epistemológica do instituto utilizado como "arma". Assim, nos parece que uma contenção virou um subterfúgio que alimenta uma suposição, gerando uma expansão desarrazoada do poder punitivo estatal.

O entendimento deste cenário que assola as instituições democráticas deve servir como ponto de partida para a presente pesquisa. Em um processo penal democrático, deve-se levar como referência o formalismo protetivo conferido as regras e aos princípios, considerando que o processo penal serve como salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, não sendo compreendido apenas como uma mera solenidade para se chegar a uma pena eminente.

Neste estudo busca-se, diante de todas as peculiaridades envoltas, compreender como a Suprema Corte, guardiã precípua do texto constitucional, aplicou o princípio da soberania dos veredictos como um mero recurso argumentativo vazio e carente de qualquer conteúdo axiológico capaz de demonstrar a legitimidade democrática conferida ao referido princípio constitucional, mostrando o seu descompasso com a sua própria razão de ser.

Diante das indagações acima delineadas, o presente estudo propõe a discussão do tema a partir de uma revisão de literatura, bem como análise do julgado emblemáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal que dá azo ao presente

trabalho. Para tanto, como técnicas de pesquisa, serão utilizadas a revisão de literatura, análise de argumentos jurídico-doutrinários de autores nacionais e também a apreciação da legislação brasileira sobre o tema.

2 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO TRIBUNAL DO JÚRI: O ALCANCE DA SOBERANIA POPULAR

De origem secular, o tribunal do júri foi instituído como mecanismo capaz de proporcionar uma maior participação da população perante a administração da justiça, conferindo aos jurados a função jurisdicional para julgar determinados tipos de crimes, emitindo os seus pronunciamentos com base na sua convicção íntima acerca do caso penal submetido a sua apreciação. Destarte, conferiu-se aos pronunciamentos dos jurados força e segurança materializadas no princípio da soberania dos veredictos.

Neste sentido, alerta Pacelli que a instituição do júri permite que o "sentimento pessoal do jurado sobre a justiça ou não da ação praticada pelo réu(...) Fala-se em democracia no júri por essa razão: a substituição do direito positivo a cargo do juiz pelo sentimento de justiça do júri popular "(Oliveira, 2017, p. 753-754). O forte conteúdo democrático do júri possui relação direta com a sua própria raiz histórica ligada ao processo penal inglês submetido ao sistema da *commow law*, uma vez que nesse contexto era imprescindível que o estado soberano tivesse o povo ao seu lado contra os barões e a igreja, se materializando a relação de simbiose entre o estado (representado pelo rei) e o povo.

No que tange a sua implementação no Brasil, foi o Decreto Imperial nº 18-6 de 1822 que disciplinou o referido rito pela primeira vez, inicialmente com competência estabelecida para julgar crimes de imprensa com jurados eleitos. Com a Constituição de 1891, primeira constituição promulgada do Brasil, o júri se tornou uma garantia individual, permanecendo assim na Constituição de 1934.

Com o advento da Constituição de 1937, não houve o enfrentamento da matéria, somente voltando a ser disciplinada pelo Decreto-Lei nº 167 de 1938. Segundo as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2023, p. 806), "o referido ato normativo previu que a instituição haveria de julgar os crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou

auxílio ao suicídio, duelo com resultado morte ou lesão corporal seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada". Vale a pena frisar que, sob a nova regulamentação, o número de jurados integrantes do conselho de sentença passou a ser de 07 (sete) membros, sendo retirada a sua soberania ao estabelecer a possibilidade de revisão total de sua decisão por parte do Tribunal de Apelação.

A partir da redemocratização de 1946, o júri retornou a ter dignidade constitucional sendo disciplinada pelo art. 141, §° 28 em que portava a seguinte redação:

> É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Serão obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1946, s.p.)

Ainda continuando a tecer as ponderações acerca da regulamentação constitucional do tribunal do júri ao longo da história, as constituições de 1967 e 1969 mantiveram a sua estrutura quase na integralidade a disposta na ordem jurídica pretérita. Em relação a Constituição de 1988, o júri foi inserido expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais juntamente com os seus princípios estruturantes, quais sejam a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII), detendo natureza jurídica de cláusula pétrea, sendo uma das espécies de limitações materiais ao poder de emenda à constituição, como se depreende a partir da leitura do §4º, inciso IV do art. 60 do texto constitucional.

Em relação ao princípio da soberania dos veredictos, Antônio Roberto Machado dispõe que "a soberania dos veredictos significa que os jurados têm o poder de decidir sobre a procedência ou improcedência da acusação nos casos de crimes dolosos contra a vida; e suas decisões não poderão ser modificadas pelo juiz togado nem pelos tribunais superiores" (Machado, 202, p.). Em sentido semelhante, Fabiano Pimentel esclarece que "o tribunal do júri é soberano, ou seja, as suas decisões não podem ser modificadas, no mérito, pelo Tribunal, em sede de recurso, mas apenas remeter a novo júri" (Pimentel, 2024, p. 784).

Para Rafael Schwez Kurkowski, "a Constituição não utilizou a expressão "soberania" de modo gratuito, tendo como finalidade precípua conferir legitimidade e

prestígio às decisões prolatadas pelos jurados perante todos, especialmente pelos Poderes Legislativos e Judiciário" (Kurkowski, 2021, p.). Aliás, se depreende que a "autonomia dos veredictos" se orienta na intangibilidade da reavaliação dos critérios utilizados pelos jurados, preservando a sua competência material.

A essa força conferida aos veredictos se dá diante da própria Constituição ter elencado a competência do tribunal do júri para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, conferindo aos jurados componentes do conselho de sentença o respaldo de que os seus pronunciamentos meritórios acerca da viabilidade ou não da tese acusatória serão respeitados por qualquer autoridade judicial, seja o juiz-presidente durante a sessão plenária, tribunal de justiça ou as instâncias extraordinárias.

Em que pese haja a possibilidade de manejar o recurso de apelação das decisões proferidas pelos jurados, Jacinto Coutinho alerta que "o princípio constitucional da soberania dos veredictos mitiga as hipóteses de cabimento de recurso em face de decisões do conselho de sentença" (Coutinho; Berti, 2022, p. 179). Isto posto, alerta-se que a apelação contra a decisão do júri tem natureza restritiva, não devolvendo ao tribunal todo o conhecimento da causa e se limitando as hipóteses contidas no art. 594 do CPP.

Dessa forma, considerando o status constitucional, caso haja a inobservância do veredicto formulado pelos jurados, a decisão prolatada nasce eivada de nulidade absoluta na forma do inciso I do art. 564 do CPP, podendo ser reconhecida em qualquer grau ou tempo de jurisdição, uma vez que a competência material para julgar os crimes dolosos contra a vida pertence ao povo e não ao juiz togado. A opção por conferir aos jurados a função de apreciar e julgar a tragédia humana se dá diante da pureza necessária para a melhor compreensão da matéria posta a julgamento, tendo a prerrogativa de emitir um pronunciamento sem a necessidade de fundamenta-lo, representando a exceção ao dever de fundamentação das decisões judiciais prescrito expressamente no inciso IX do art. 93 da CRFB.

Isto posto, Daniel Ribeiro Surdi Avelar e Rodrigo Faucz Pereira e Silva entendem o seguinte:

> (I) o jurado tem o direito de absolver por suas próprias razões (clemência, piedade, compaixão, entre outros), mesmo que elas não encontrem eco nas provas dos autos;e (II) a absolvição não seria uma decisão contrária à prova dos autos por não espelhar ela a resposta a um quesito de fato, ao contrário, seria

> uma maneira de exercício do seu livre convencimento. (Pereira e Silva; Avelar, 2020. p. 458)

Feita essas digressões, denota-se que a finalidade da soberania dos veredictos se revela na impossibilidade de supressão da decisão proferida pelo conselho de sentença, devendo ser legítima e respeitada perante toda a estrutura do poder judiciário, mesmo que haja a possibilidade de manejo do recurso de apelação para atacar vícios estruturais que acometem o procedimento, bem como em hipóteses que a decisão se reveste manifestamente contrária à prova dos autos. Embora a prerrogativa vise respaldar os pronunciamentos dos jurados, nos termos da própria competência material do júri, o STF tem interpretado o princípio da soberania dos veredictos de forma a reduzir o seu alcance, tendo como principal exemplo desta atividade hermenêutica, a ADPF 779 que vetou a possibilidade de manejar a legítima defesa da honra como matéria de defesa durante a sessão plenária, entendendo que tal pronunciamento defensivo se manifesta como um viés que a sociedade não acolhe.

Dessa forma, observa-se que o júri se configura como um instrumento essencial do regime democrático, funcionando como mecanismo de participação popular dentro do poder judiciário. Como principais características, Walfredo Cunha Campos afirma que:

> (...) é um órgão que integra o Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum, colegiado e heterogêneo – formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 cidadãos –, que tem competência mínima para julgar os crimes dolosos contra a vida, temporário (porque constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido), dotado de soberania quanto às suas decisões, tomadas de maneira sigilosa e inspiradas pela íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (Campos, 2010, p. 1.)

Nesse ínterim, considerando a composição fracionada e plural do órgão, coube a ele apreciar e julgar a tragédia humana praticada por seus pares, considerando que o juiz togado seria impossibilitado de exercer o juízo meritório do caso penal diante de um inevitável "calo profissional" que o acometeria, retirando a pureza essencial para o julgamento do fato.

3 EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status de supralegalidade, preconiza que "*os Estados Partes se comprometem a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso"*. Através da interpretação extensiva do presente dispositivo, depreende-se ser dever imposto ao Estado cumprir a sanção estatal imposta mediante a observância das balizas do devido processo legal.

Para além da observância de questões formais, impõe-se que a pena fixada guarde correspondência direta com a natureza do crime praticado, se coadunando com o princípio da proporcionalidade, e de todas as circunstâncias existentes no momento da prática da ação ou omissão por parte do agente.

Dando concretude ao disciplinado na normativa internacional, o aparato normativo interno pressupõe que a pena privativa de liberdade só pode ser executada após o réu exaurir todas as instâncias recursais, devendo sua liberdade ser preservada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo este corolário do princípio da presunção de inocência e principal marca do sistema acusatório. No que tange ao referido princípio, Renato Brasileiro prescreve que:

> No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do art. 5º: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (Lima, 2020, p. 47)

Em relação a extensão conceitual do princípio ora comentado, reforça-se que a presunção de inocência possui duas formas diferentes de manifestação, podendo se apresentar como uma norma de tratamento e julgamento.

Como regra de julgamento, impõe-se que o Magistrado só poderá desconstituir o estado de inocência do réu, característica inata ao próprio indivíduo dotado de dignidade,

se houver elementos, colhidos em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que inclinem o julgador para além da dúvida razoável, exigindo um grau de suficiência probatório robusto e coeso capaz de incliná-lo a acatar a hipótese apresentada pela acusação. Ademais, caso padeça dúvida em relação ao caso penal, deve-se absolver o acusado por meio da aplicação da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, expressamente prevista no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

No que tange a regra de tratamento, deve-se garantir que o réu seja tratado pelo estado e pela sociedade como inocente até o exaurimento das espécies recursais. Assim, até o trânsito em julgado, o réu deve ser considerado inocente e ter a sua liberdade resguardada, somente cerceando o seu direito de ir e vir após o trânsito em julgado. Em relação a regra de tratamento, esta possui duas dimensões: Uma dimensão endoprocessual/interna e uma dimensão extraprocessual/externa.

Por dimensão endoprocessual/interna, entenda-se que o Magistrado deve resguardar a liberdade plena do réu durante toda persecução penal, apenas deferindo medidas cautelares de maneira excepcional e mediante a devida demonstração, de modo contemporâneo, o estado de risco causado pelo estado de liberdade do réu, bem como a materialidade e indícios de autoria. Ademais, a dimensão endoprocessual também se manifesta pela distribuição do ônus da prova conferido a acusação de modo exclusivo, cabendo a ele provar os fatos constitutivos da prática do fato típico, antijurídico e culpável.

Já em relação a dimensão extraprocessual/externa, impõe-se um encargo da sociedade em tratar aquele indivíduo como inocente, pouco importando a gravidade do ilícito supostamente praticado e da vida pregressa do autor. Nessa dimensão, como corolário do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, é imprescindível a preservação da honra, imagem, privacidade e inviolabilidade da vida do réu, protegendo-o da publicidade abusiva e sensacionalista que visa colocar um estigma no acusado a fim de angariar engajamento. Sob esse manto, Bauman aduz que “a batalha contra o crime é apresentada como um excitante espectáculo midiático-burocrático” (Bauman, 2008, p. 97).

Diante do explicitado, a presunção de inocência se reveste como um princípio fundamental no sistema acusatório, protegendo o indivíduo de estigmas e abusos praticados pela sociedade e pelo estado. Todavia, embora a dimensão endoprocessual

impeça o imediato cumprimento da pena fixada, o STF passou a dar o entendimento diverso sobre a temática nos últimos anos, apresentando argumentos de cunho social e político para justificar a mitigação dessa garantia.

Em relação a execução imediata da pena, o STF enfrentou no ano de 2019 a discussão acerca da constitucionalidade do art. 283 do CPP, inserido no código através da Lei nº 13.964/2019, em que porta a seguinte redação: "*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.*"

Discutia-se, inicialmente, se a execução imediata da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de 2ª instância violaria ou não as diretrizes do princípio da presunção de inocência. Embora o texto constitucional e convencional seja claro e não estabeleça qualquer exceção no sentido de estabelecer a impossibilidade de cumprimento de pena enquanto não se exaurir as vias recursais, o STF, no HC nº 126.292, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, permitiu a execução imediata da pena após confirmação em 2ª instância, argumentando que as instâncias extraordinárias têm cognição limitada ao direito.

Diante de todas as controvérsias, o Partido Comunista do Brasil (PCB) manejou as ADC´s de nº 43,44 e 54, visando obter a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal supracitado. Ao final do julgamento, o STF chegou-se à conclusão de que a execução imediata da pena violaria os pressupostos constitucionais e convencionais materializados no princípio da presunção de inocência. Para fins de melhor percepção, analisa-se o trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio (Brasil, 2019):

> A Carta Federal consagrou excepcionalmente a custódia no sistema brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender (...)

Portanto, após o julgamento, foi consignada a impossibilidade de execução imediata da pena enquanto ainda pendente de impugnação por qualquer via recursal considerando que, segundo a lição do princípio da presunção de inocência, ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em linhas gerais, enquanto houver a possibilidade de discussão da decisão judicial, o réu deve ser considerado inocente, devendo ter o seu direito de ir e vir resguardado.

Assim, a partir do momento em que se estabeleceu a constitucionalidade do art. 283, retomou-se ao entendimento proferido pelo STF no HC 84.078/MG, de relatoria do então Ministro Eros Grau, em que afirmou claramente que "a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar". Portanto, a prisão durante o processo deve ser decretada apenas como medida cautelar, devendo ser cumprindo os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, de forma concomitante e objetiva, não sendo enxergada como mera antecipação de pena.

4 TEMA Nº 1068 DO STF E O ESVAZIAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI: RESSIGNIFICAÇÃO GARANTISTA DE UMA DECISÃO POLÍTICA

Uma vez estabelecido que a função da soberania dos veredictos é resguardar o teor da decisão proferida pelo conselho de sentença e que a execução imediata da pena, sem exaurir todas as instâncias recursais, atenta diretamente com a dimensão endoprocessual do princípio constitucional da presunção de inocência, cumpre investigar, a partir da tese fixada no tema de nº 1068, como o STF deu legitimidade a execução imediata da pena utilizando como substrato jurídico ao princípio da soberania dos veredictos. No que tange ao RE 1235340/SC debatido no presente artigo, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, acompanhado dos Ministros Edson Fachin e Luiz Fux, fixou a tese de que "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada."

Na fundamentação do Ministro relator, nota-se que sua conclusão se baseou nas seguintes premissas: (1) O bem jurídico "vida" tutelado pelos crimes dolosos contra a vida; (2) O descompasso estatístico entre o número de homicídios praticados e de ações penais deflagradas; (3) inexpressivo percentual de modificação das decisões condenatórias do Júri, tudo recomenda que se confira máxima efetividade à garantia constitucional da soberania dos veredictos do Júri, mediante a imediata execução das suas decisões. Notadamente porque as raríssimas situações de êxito das apelações da defesa resultam, quando muito, apenas o retorno do caso ao Tribunal do Júri para uma

nova deliberação, não significando, portanto, absolvição do réu; (4) O art. 283 do CPP, declarado constitucional pelas ADC´s 43,44 e 54, se revela compatível com a execução imediata da pena imposta pelo tribunal do júri.

A tese fixada pelo Supremo não poderia ser mais preocupante. Além de se basear em elementos metajurídicos (e de cunho abstrato), limitou-se a dar ao princípio da soberania dos veredictos entendimento contrário à sua finalidade, considerando que está se limita na intangibilidade relativa dos pronunciamentos do povo e não um mecanismo legitimador do encarceramento imediato.

Embora o procedimento do tribunal do júri detenha suas peculiaridades que os diferem dos demais casos penais, o julgamento da tragédia humana pelo povo não induz a uma "carta branca" utilizada pelos tribunais superiores para legitimar atos arbitrários que remetam a uma cultura inquisitiva. Além do mais, não nos parece crível que uma garantia fundamental explicitamente prevista no texto constitucional se sobreponha e vá de encontro de modo cabal a uma outra garantia detentora da mesma natureza jurídica.

Tais ponderações foram alertadas durante o julgamento do recurso em comento. Nesse sentido, faz-se mister analisar trechos da fundamentação do então ministro do STF e atual Ministro da Justiça, Ricardo Lewandowski (Brasil, 2024):

> O citado autor, inclusive, em abono dessa tese, traz à colação o seguinte julgado desta Suprema Corte: "A soberania dos vereditos não é um princípio intangível que não admita relativização. A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta em arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal, nos termos do art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal" (RHC 107250/SP, 1ª. Turma, rel. Min. Rosa Weber) (...) Como se vê, a sindicabilidade - embora limitada - das decisões do Tribunal do Júri está legalmente autorizada, dentre outras hipóteses, quando elas forem carentes de fundamentação. Ora, se o princípio da presunção da inocência se aplica – e tem ascendência - sobre sentenças e acórdãos condenatórios devidamente motivados, não há qualquer razão lógica ou jurídica que autorize a execução imediata de condenações emanadas daquele órgão judiciário quando desprovidas de adequada fundamentação. É firme, diga-se, o entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a interposição de apelação, na hipótese de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, não viola a soberania dos veredictos (...) Assim, não há como se dar início à execução da pena imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, inclusive em se tratando de crimes da competência do Tribunal do Júri, mesmo porque não há como deixar-se de aplicar prontamente o precedente fixado nas ADCs 43, 44 e 54, o qual, como visto, assegurou a primazia da presunção de inocência nos processos julgados por quaisquer juízes, sejam eles togados ou leigos.

Compulsando o voto vencedor, a realidade é apenas uma: O STF se valeu de argumentos de cunho abstrato e fincado em dados estatísticos que remetem a um suposto combate à criminalidade, função que não cabe a corte e que exorbita o real objetivo do processo penal, para se legitimar a antecipação imediata da pena daqueles indivíduos acusados da prática de homicídio, indo de encontro com a razão de ser do princípio manejado como "arma". Como próprio de uma cultura inquisitorial que infelizmente persiste no Brasil, o processo penal é visto como um instrumento de pacificação social e combate à criminalidade, sendo este um dos principais mitos que assolam a ciência processual penal.

A manutenção da ideia da execução imediata da pena no rito do júri representa um rompimento da relação visceral das balizas que existe no processo penal de cunho acusatório, uma vez que este pressupõe o fomento do direito de ir e vir, originalidade cognitiva ao magistrado, imparcialidade e respaldo ao duplo grau de jurisdição. No entanto, diante da decisão de cunho político prolatada pelo Supremo, parece complicado chamar de acusatório o nosso sistema, embora haja inúmeros mecanismos garantistas que integram a nossa cultura jurídica e a própria redação do art. 3º-A do Código de Processo Penal ("*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*").

Como consequência desse processo, os atores que integram a estrutura do poder judiciário acabam utilizando regras e princípios que servem como aparatos responsáveis em racionalizar o processo para dar azo a práticas de cunho inquisitorial, atendendo aos clamores sociais. Como bem pontuou Nereu Giacomolli, "o eventual erro na escolha da profissão não justifica o exercício ideológico de outra atividade" (Giacomoli,2008, p. 86), ou seja, considerando que o juiz criminal se notabiliza por sua imparcialidade e equidistância dos casos penais submetidos a sua apreciação, não cabe a ele se transverti de agente de segurança pública para ir de encontro a sua função judicante, materializada no menosprezo da forma instituída; condutas proativas; decisões carentes de fundamentação judicial e demais medidas arbitrárias, justificando-as pela busca da verdade real.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se a grave transgressão a direitos e garantias fundamentais perpetradas pelo próprio "guardião" do texto constitucional, denotando o seu descompasso com o ordenamento jurídico. Por meio desta análise, fica clara a finalidade do princípio da soberania dos veredictos, sendo adstrita a intangibilidade relativa dos pronunciamentos proferidos pelo conselho de sentença durante a sessão plenária, possuindo natureza jurídica de direito e garantia fundamental.

Conforme demonstrado, não há que se falar de legitimação da execução imediata da pena com base no referido princípio. Além de dissonante com a sua própria razão de ser, reveste-se arbitrária, abusiva e atentatória a estrutura de um processo penal democrático. O tribunal do júri é uma instituição de garantia e sempre será identificada desta forma, sendo a sua principiologia um forte indicativo do seu caráter de salvaguarda.

Isto posto, o objetivo geral do presente trabalho restou atendido de maneira efetiva, qual seja: Verificar como o entendimento proferido pelo Supremo deturpou todo conteúdo democrático conferido a instituição do tribunal do júri, aplicando o princípio da soberania dos veredictos como uma arma populista.

Percebe-se a relevância para as ciências criminais do estudo em questão. Inicialmente, foi abordado um breve histórico acerca do instituto do tribunal do júri, em especial a sua regulamentação no Brasil, elencando o real conteúdo por trás do princípio da soberania dos veredictos. Em seguida, apresentou-se as controvérsias por traz da possibilidade (ou não) de execução imediata da pena e os seus contornos com o princípio da presunção de inocência, analisando as interpretações efetuadas pelo Supremo sobre a sua possibilidade. Por fim, analisou-se a *ratio decidendi* por trás do RE 1235340/SC, reforçando o seu caráter metajurídico e abstrato, carecendo de legitimidade jurídica.

Ante o exposto, embora o presente artigo não tenha a finalidade de exaurir a matéria, novos estudos acerca dessa temática não são apenas válidos, como também se revestem de notória essencialidade democrática na busca de se aprimorar o sistema de justiça criminal Brasileiro. A partir do descompasso jurídico do Supremo, busca-se

reforçar as diretrizes de um sistema processual penal verdadeiramente acusatório, apesar dos grandes desafios a serem enfrentados durante o caminho.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário de nº 1.235.340. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF. Data do julgamento: 12/09/2024. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=782128039. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 43. Relator: Min. Marco Aurelio. Brasília, DF. Data do julgamento: 17/11/2019. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNOTICIAstf/anexo/ADC 434454.pdf. Acesso em: 20 jan. 2025.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu. **Reformas do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev.,ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Prisão no plenário do júri e o 'fator Julia Roberts': quando o STF resvala**. Conjur, 13 de setembro de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-13/prisao-no-plenario-do-juri-e-o-fator-julia-roberts-quando-o-stf-resvala/. Acesso em: 3 de jan. 2025.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi De. **Manual Do Tribunal do Júri**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2024.

SILVA, Rodrigo; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi De. **Estudos em Homenagem aos 200 Anos de Tribunal do Júri no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

RESENHAS

PLURALISMO JURÍDICO E SUJEITOS COLETIVOS DE DIREITO SOB CRÍTICA

LEGAL PLURALISM AND COLLECTIVE SUBJECTS OF LAW UNDER CRITIQUE

José Roberto Nogueira de Sousa Carvalho*

NOLETO, Mauro Almeida. **Sujeitos de direito**: ensaios críticos de Introdução ao Direito. São Paulo: Dialética, 2021. 176 p. ISBN 978-65-252-1864-6.

RESUMO: Esta resenha analisa a obra "Sujeitos de Direito: ensaios críticos de Introdução ao Direito" (2021), de Mauro Almeida Noleto, situada na tradição do Direito Achado na Rua e na influência de Roberto Lyra Filho. A obra critica o ensino jurídico brasileiro, marcado pelo "positivismo como ideologia", que reduz o Direito à norma estatal e o aparta da Filosofia e da Sociologia. A partir de uma reconstrução crítica da história da subjetividade jurídica, Noleto fundamenta a categoria emancipadora de Sujeito Coletivo de Direito, face jurídica dos "novos" movimentos sociais. A resenha aponta duas lacunas: a ausência de diálogo com Evguiéni Pachukanis, cuja crítica radical à forma jurídica conduz a conclusões opostas, e a desconsideração das objeções de Marcelo Neves, que questiona a importação do pluralismo jurídico para a Modernidade Periférica.

Palavras-chave: subjetividade jurídica; ensino jurídico; pluralismo jurídico; sujeito coletivo de direito.

ABSTRACT: *This review examines the work "Sujeitos de Direito: ensaios críticos de Introdução ao Direito" (2021), by Mauro Almeida Noleto, situated within the tradition of Direito Achado na Rua and the influence of Roberto Lyra Filho. The book critiques Brazilian legal education, shaped by "positivism as ideology," which reduces law to state-issued norms and severs it from Philosophy and Sociology. Through a critical reconstruction of the history of legal subjectivity, Noleto grounds the emancipatory category of the Collective Subject of Law, the juridical face of the "new" social movements. The review identifies two gaps: the absence of engagement with Evgeny Pashukanis, whose radical critique of the legal form leads to opposite conclusions, and the neglect of Marcelo Neves's objections, which question the importation of legal pluralism into Peripheral Modernity.*

Keywords: *legal subjectivity; legal education; legal pluralism; collective subject of law.*

SUMÁRIO: 1 APRESENTAÇÃO DO AUTOR; 2 PERSPECTIVA TEÓRICA E BREVE SÍNTESE DA OBRA; 3 PRINCIPAIS TESES DESENVOLVIDAS E REFLEXÃO CRÍTICA; REFERÊNCIAS.

* Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa "Constituição e Democracia". Pós-graduado (especialização) em Direito Constitucional pela UNINTER. E-mail: jrnogueira.scarvalho@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5345541325455205. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6280-9783.

1 APRESENTAÇÃO DO AUTOR

Mauro Almeida Noleto é professor de Direito Constitucional e Eleitoral cuja *alma mater* é a Universidade de Brasília (UnB). Em razão disso, pode-se perceber que seu pensamento e suas contribuições são fortemente marcados pela influência do Direito Achado na Rua em sua formação.

2 PERSPECTIVA TEÓRICA E BREVE SÍNTESE DA OBRA

O livro intitulado "Sujeitos de Direito: ensaios críticos de Introdução ao Direito", de Mauro Noleto, foi publicado em 2021 pela Editora Dialética, enriquecendo os debates acerca da subjetividade jurídica no Brasil. Na linha do Direito Achado na Rua e sob a influência teórica de Roberto Lyra Filho, a obra se propõe a fazer uma crítica do ensino jurídico e seus "dogmas" a partir de categorias jurídicas como "Sujeito de Direito".

A obra segue as preocupações do autor presentes noutros textos (Noleto, 2022; Apostolova; Noleto; Porto, 1992) denotando mais um passo de sua tomada de posição crítica em relação ao "positivismo como ideologia" e às categorias de um Direito que, em seu ensino, se tornou dogmático e incompleto. Assim, a obra se serve de uma história crítica da subjetividade jurídica para propor um diagnóstico do ensino jurídico brasileiro.

3 PRINCIPAIS TESES DESENVOLVIDAS E REFLEXÃO CRÍTICA

O autor apresenta inicialmente uma retomada dos argumentos de Roberto Lyra Filho para apresentar o que seria a principal preocupação da obra: o estado do ensino jurídico brasileiro. Noleto, na linha de Lyra Filho, faz uma crítica ao que se convencionou chamar de "positivismo como ideologia", amplamente presente no ensino jurídico brasileiro. No bojo dessa ideologia, o Direito, no ensino jurídico universitário, além de ser reduzido à norma positivada, se mostra unicamente como fruto do processo estatal de produção normativa, excluindo, desse modo, do aprendizado do jurista a política e a sociologia. Assim, há, entre Noleto e Lyra Filho (1980; 2006), um sentimento de aflição em relação ao crescente tecnicismo na formação do jurista que justifica acriticamente a

realidade política vigente. Nesse escopo, o alheamento do Direito frente à Filosofia e à Sociologia é algo que contamina suas categorias e argumentos, sendo um exemplo importante a categoria central debatida pela obra: a subjetividade jurídica. A partir disso, Noleto constrói uma história filosófica, sociológica e jurídica do Sujeito de Direito, passando do Direito Comum Europeu e do Direito Romano para o jusnaturalismo, e desse para o juspositivismo; elaborando em seguida as contribuições de Hans Kelsen culminando na contribuição da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer para a questão do sujeito. O autor se pauta na noção comum a Evguiéni Pachukanis (2017) de que o Sujeito de Direito tal como o observamos hoje é fruto de um processo histórico cujo ponto alto é a Modernidade capitalista.

A história do Sujeito de Direito contada por Noleto se escora em autores e momentos considerados como muito importantes para o ensino jurídico brasileiro. O autor, inclusive, amplia a análise que fez em conjunto com colegas décadas antes (Apostolova; Noleto; Porto, 1992). Tanto em seu texto de juventude, quanto no texto resenhado, há a presença de autores essenciais, como Michel Miaille e Michel Villey, que propõem uma crítica à subjetividade jurídica baseada em suas condições modernas de origem, ou seja, as relações de troca e o modo de produção capitalista. Assim, a historiografia acerca do Sujeito de Direito proposta por Noleto, nas duas obras, fornece um parecer que condena as desigualdades decorrentes do modo de produção capitalista, bem como a ilusão de igualdade e liberdade que as análises meramente formais da subjetividade jurídica oferecem.

Apesar de a crítica seguir, em diversos momentos (especialmente naqueles fundamentados em Miaille), uma linha parecida com a de Pachukanis, o autor soviético não é citado em momento algum. Entende-se que, sendo Pachukanis o maior crítico da subjetividade jurídica e do direito burguês, deveria ser abordado quando o assunto vem à tona, especialmente pela similaridade do caminho crítico que toma Mauro Noleto em seu livro, como se pode observar no excerto que traz de Miaille:

> Vale lembrar então as lições de Michel Miaille, para quem: "A noção de sujeito de direito é bem pois uma noção histórica, com todas as consequências que esta afirmação acarreta. Ouçam-nos bem: não se trata de lamentar ou de recusar que os indivíduos sejam sujeitos de direito. Em um dado sentido esta aquisição é portadora de uma libertação já que postula a destruição das relações tradicionais bem constrangentes (...). Nessa medida, a burguesia revela-se

> revolucionária, mas nessa medida apenas. É preciso compreender que, ao fazer isso, o novo sistema jurídico não cria *ex nihilo* uma pessoa nova. Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica." (Noleto, 2021, p. 89)

Tal trecho é bem próximo das ideias que tem Pachukanis em "Teoria Geral do Direito e Marxismo" sobre o caráter ilusório decorrente da mera formalidade da subjetividade jurídica, dado que "Ela qualifica todas as pessoas como igualmente 'dignas' de ser proprietárias, mas por nenhum meio o faz delas proprietárias" (Pachukanis, 2017, p. 132-133). Assim,

> A pessoa do proletário é "igual em princípio" à pessoa do capitalista; o que encontra sua expressão no "livre" contrato de emprego. Mas é a partir dessa mesma "liberdade materializada" que surge para o proletário a possibilidade de tranquilamente morrer de fome. (Pachukanis, 2017, p. 158)

A ausência de Pachukanis na história crítica que compõe o argumento de Noleto não só demonstra a falta de um pensador essencial sobre o assunto como também a carência de um possível debate. Se a primeira etapa das críticas de Noleto e de Pachukanis se parecem, as consequências últimas são radicalmente distintas: Pachukanis (2017) considera que todo Direito moderno é burguês por excelência, dado que, em razão do Sujeito de Direito, reproduz em seu âmago a forma mercadoria e permite a exploração do homem; já Noleto acredita que é possível, na linha de Roberto Lyra Filho (2006), um direito como "legítima organização social da liberdade", que demandaria, portanto, uma alteração nas categorias e teorias presentes no ensino jurídico, dentre elas, a subjetividade jurídica.

Assim, Pachukanis acabaria por descartar o Sujeito de Direito (e o próprio Direito, como um todo), enquanto Noleto revela, a partir de sua crítica à Modernidade capitalista e às suas promessas não cumpridas, que é possível um Direito dotado de categorias emancipadoras, dentre elas, a de Sujeito Coletivo de Direito.

A ausência de um debate direto com a obra de Pachukanis[1], contudo, não ofusca o brilho do trabalho de Noleto que, por sua vez, propõe, a partir de suas críticas, a prática de um ensino jurídico emancipador. Assim, o autor faz uma crítica ao jusnaturalismo que justifica os Direitos Humanos, pautando, na linha de Lyra Filho (2006), a necessidade de basear a fundamentação de tais direitos em um pano de fundo dialético e histórico, e não metafísico ou religioso. Nesse sentido, Noleto menciona também a crítica de Norberto Bobbio, que diverge da noção comum de situar os direitos humanos a-historicamente (como advindos de uma "natureza humana" ideal), e os coloca em um espaço de necessidades históricas. É nesse contexto de apropriação crítica dos conceitos jurídicos e filosóficos que o Sujeito Coletivo de Direito, como face jurídica da categoria sociológica de "Sujeitos Coletivos", ganha força.

Noleto se baseia no texto seminal de Eder Sader (1988), "Quando novos personagens entraram em cena", para trazer a caracterização sociológica dos Sujeitos Coletivos de Direito: os "novos" movimentos sociais. Noleto ressalta que, embora o texto de Sader seja baseado em um recorte dos anos 70 do século XX, se restringindo ao caso dos movimentos de trabalhadores na Grande São Paulo, a obra tem um valor paradigmático. Dessa forma, Noleto indica que são demandadas atualizações e considerações acerca das lutas igualitárias para uma visão holística do contexto atual[2]. De toda maneira, Noleto se ancora em Sader para apontar que tais agentes do jogo político têm por sua novidade (em relação aos movimentos sociais anteriores): sua autodeterminação e autoidentificação, tal como a visão compartilhada de instituir direitos a partir de caminhos cotidianos diferentes do tradicionalmente almejado (a tomada de poder). Para Noleto, estabilizou-se na população uma descrença frente ao aparelho do Estado como espaço e via de reivindicação política, que viabilizou uma legitimação de meios distintos, ou seja, pela afirmação de uma identidade baseada na ação coletiva não-tutelada:

> A identidade desses novos sujeitos não pode ser, entretanto, vista como algo inerente, essencial à moda idealista, como adverte Céli Regina, pois ela se constitui na ação coletiva, nas lutas que são travadas pela melhoria das condições de existência e na afirmação e criação de novos direitos. Por isso,

[1] Carvalho (2023) constrói um debate entre o Direito Achado na Rua e a herança crítica de Pachukanis, especialmente no que tange ao Sujeito Coletivo de Direitos, de forma que uma possível saída seria a concepção de "superação" do Direito a partir do Humanismo Dialético de Roberto Lyra Filho.

[2] Traçando um esforço nessa linha, Antônio Carlos Wolkmer (2022, p. 33) chega a falar em "novíssimos movimentos sociais" para descrever os fenômenos de massas do século XXI.

> outro traço característico dessas práticas é percebido como sua autonomia em relação às tutelas de partidos, igreja ou sindicatos. (Noleto, 2021, p. 152)

É dessa forma que os novos movimentos sociais, compostos por indivíduos que, ao compartilhar uma experiência de vida marcada pela ausência de direitos que deveriam ser garantidos ou reconhecidos pelo Estado (como o direito à terra ou à alimentação), se enxergam mutuamente como parte de um grupo que reivindica e institui/materializa direitos. A categoria jurídica de Sujeitos Coletivos de Direito não só reveste os "novos" movimentos sociais com uma teoria e personalidade jurídicas, como também oferece ao próprio Direito conceitos que abrem sua perspectiva para a Filosofia e a Política, resgatando-o das ideologias condenadas por Lyra Filho (2006).

O esforço de Noleto em desenvolver o conceito de Sujeito Coletivo de Direito, cunhado por José Geraldo de Sousa Júnior (Sousa Júnior, 1991) e posteriormente aprofundado por Noleto (Apostolova; Noleto; Porto, 1992) é sumarizado pela urgente "necessidade da procura por alternativas epistemológicas no modo de conhecer o Direito, e especialmente seu 'elemento' humano, os sujeitos, as pessoas concretas" (Noleto, 2022, p. 403). Dessa maneira, o esforço tem por fundamento posições pluralistas e alternativistas que enxergam o atuar cotidiano dos movimentos sociais como uma prática instituinte e materializadora de direito, indo além do meramente legal e procedimental. Logo, entende-se que

> Reconhecer grupos e movimentos sociais como sujeitos de direito exige uma compreensão do fenômeno jurídico para além de suas enunciações legais e jurisprudenciais, reencontrando sua matriz política e social para entendê-los como processo histórico de legítima organização social da liberdade, tal como propusera Roberto Lyra Filho. Uma teoria jurídica não-legalista e pluralista que permita enxergar a experiência social instaurada pelos movimentos sociais como momentos instituintes de novos direitos. (Noleto, 2022, p. 410)

Nesse diapasão, Noleto forja uma teoria jurídica a partir da reconstrução de uma história da subjetividade jurídica com um viés crítico; bem como contextualizando os Direitos Humanos como um fenômeno historicamente situado, fundamentando-o nas carências e necessidades humanas. É com este ímpeto antidogmático marcado pelo Humanismo Dialético e pela Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), de Roberto Lyra Filho, que o livro de Noleto cumpre um papel importante no ensino jurídico: nele está

proposta não só uma tomada crítica da história dos conceitos jurídicos como também novos conceitos emancipadores, em especial, o Sujeito Coletivo de Direito.

Noleto pauta, portanto, um modelo de educação jurídica baseado em uma percepção transgressora da ciência jurídica tradicional. Assim, a construção de novas categorias, ancoradas em um pluralismo jurídico sociológico (Neves, 2024), cumpre o papel de fundar uma nova ciência do Direito. Moldar um saber jurídico emancipador e antidogmático é um objetivo que a obra desvela conforme dialoga com Roberto Lyra Filho, sendo legado pelo último o protagonismo da Sociologia do Direito nesse processo de reformulação. Assim, a criação de uma categoria como Sujeito Coletivo de Direito passa, invariavelmente, por um caminho sociológico que, dentro de uma perspectiva pluralista, recusa as estruturas epistemológicas da antiga ciência do Direito, aquela que, para Lyra Filho (1980), foi apartada da Filosofia (e, por consequência, da Sociologia) por Immanuel Kant.

O fundamento pluralista, tão caro ao argumento, de Noleto passa pelo livro sem considerar possíveis críticas, ainda que vindas do campo sociológico-jurídico. Um contraponto pode surgir da Teoria dos Sistemas, que tem em Marcelo Neves um de seus grandes representantes, sendo um pensador que promove uma tomada crítica do legado luhmanniano em um contexto periférico.

Sob a perspectiva de Marcelo Neves, o pluralismo jurídico é fruto de reflexões euro-norte-americanas, ou seja, se desenvolveu em países em que a Sociedade Mundial se diferenciou como Modernidade Central (Neves, 2024). Dessa forma, nesses Estados, o Direito seria um sistema autopoiético, fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente, de maneira que as influências de outros sistemas (como a economia e a política) seriam filtradas a partir de critérios desenvolvidos dentro do próprio âmbito do Direito. Outrossim, a Modernidade Central seria marcada pela ampla inclusão, ou seja, pela integração política e jurídica dos indivíduos, contudo, o mesmo não ocorre no que Neves chama de Modernidade Periférica. Na contraparte periférica da Modernidade, a regra é a exclusão, e isso se dá pela falta de autonomia dos sistemas do Direito e da Política (Neves, 2024). Nesses países, a moral comum típica do medievo foi destronada, mas ao contrário da Modernidade Central, que deu à luz instituições sólidas e procedimentos fortes, a Periférica resultou em interações sistêmicas destrutivas.

Assim, para Neves (2024), importar o pluralismo para o contexto latino-americano, no caso específico, o pluralismo sociológico[3], seria trazer para a realidade da Modernidade Periférica algo que só faz sentido na Central. Isso se dá em razão de que os sistemas têm as fronteiras operacionais bem definidas na Modernidade Central, contudo, na Modernidade Periférica, há, na verdade, uma miscelânea social, dado que o Direito, enquanto sistema, não se diferencia dos diferentes programas "jurídicos" difusos pela sociedade civil (que seria uma "miscelânea jurídica"), bem como se mostra como um alvo de intromissões destrutivas de outros sistemas.

Para Neves (2024), o que o pluralismo sociológico considera como uma manifestação jurídica, na realidade, é uma tática de sobrevivência daqueles que são subcidadãos, ou seja, daqueles que estão excluídos das garantias fundamentais, mas incluídos nos deveres e cálculos repressivos do Estado. Em um contexto de indiferenciação do Direito em relação à atuação de outros sistemas, bem como de programas e critérios jurídicos difusos socialmente, não há que se falar em alternativismo ou pluralismo, dado que, na realidade, há uma miscelânea decorrente de tal totalidade caótica e do enfraquecimento do binômio sob o qual opera o Direito, ou seja, o código jurídico (lícito/ilícito).

Assim, uma crítica possível ao trabalho de Noleto é que ele parte de premissas importadas que não se adequam bem à realidade social brasileira/periférica. Em outras palavras, tratar-se-ia de "ideias fora de lugar" (Schwarz, 1977), ou seja, ideias que, alheias às bases materiais que lhes deram origem, acabam tendo uma aplicabilidade distorcida. Para Marcelo Neves, uma saída para tal questão seria a negação da mútua exclusão entre pluralismo e monismo. Na perspectiva de Neves, há, na verdade, um monismo em relação ao código e um pluralismo em relação aos programas e critérios. Em outras palavras, levando-se em consideração que todo sistema funciona sob um código dicotômico, o Direito opera, a despeito de positivação ou não das normas, unicamente mediante o código lícito/ilícito. Não obstante tal monismo, o Direito enquanto sistema permite uma pluralidade de programas e critérios, permitindo a existência de ordenamentos diferenciados, sem se restringir ao monopólio estatal de produção normativa.

[3] Neves faz uma distinção entre quatro tipos de pluralismo: o institucionalista italiano, que se opõe ao monismo formalista germânico; o antropológico, que se debate com o imperialismo da metrópole; o sociológico, contraposto ao legalismo estatal; e o pós-moderno (Neves, 2024, p. 58).

Nas palavras de Neves, a coexistência entre monismo e pluralismo seria condição para um bom funcionamento do Direito enquanto sistema no mundo moderno, sendo uma questão indissociável da cidadania:

> Ao equívoco empírico de interpretação da realidade jurídica latino-americana a partir do modelo pluralista subjaz o dilema "monismo *versus* pluralismo", a crença de que unidade e pluralidade excluem-se necessariamente. Trata-se de avaliações distorcidas do papel do direito na sociedade moderna. (...)
>
> Em suma: unidade generalizada do código "lícito/ilícito" ("legalidade orientada para inclusão") e pluralidade de programas e critérios normativos ("democratização jurídica") são condições indissociáveis da identidade/autonomia e da funcionalidade do sistema jurídico na sociedade moderna mundial. (Neves, 2024, p. 90-93)

Assim, pode-se concluir que o texto de Noleto se mostra como uma importante obra de ensino e sociologia jurídica, contudo, apresenta lacunas em relação a possíveis objeções à sua fundamentação. Dessa maneira, sua construção argumentativa acaba por desconsiderar o teórico revolucionário mais virulento e mordaz em relação ao Direito, Pachukanis, que sacrifica a forma jurídica em razão da subjetividade que a fundamenta. Ademais, o texto não abarca uma possível crítica advinda de Neves, que não rechaça o pluralismo jurídico como um todo (o que implicaria a defesa do monopólio estatal da produção normativa), mas somente (a) sua aplicabilidade indiscriminada em um contexto distinto de sua origem; e (b) a falsa dicotomia entre pluralismo e monismo.

REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; NOLETO, Mauro Almeida; PORTO, Inês da Fonseca. Sujeito de direito coletivo. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA NA GRADUAÇÃO, 1., 1991, Brasília. **Anais [...]**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. p. 145-159.

CARVALHO, José Roberto Nogueira de Sousa. Três décadas do sujeito coletivo de direito: um panorama crítico. *In:* SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de *et al.* (org.). **O direito achado na rua**: sujeitos coletivos: só a luta garante os direitos do povo!. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. v. 1, p. 45-68.

LYRA FILHO, Roberto. **Direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina.

In: MOITA, Edvaldo (org.). **A força simbólica dos direitos humanos**: textos escolhidos de Marcelo Neves, volume II. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2024. p. 57-106.

NOLETO, Mauro Almeida. O problema da subjetividade jurídica no direito que se ensina errado. *In:* CARVALHO, Salo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Criminologia dialética, 50 anos**: um diálogo com o legado de Roberto Lyra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 383-413.

NOLETO, Mauro Almeida. **Sujeitos de direito**: ensaios críticos de Introdução ao Direito. São Paulo: Dialética, 2021. 176 p.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena**: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo, 1970-80. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades, 1977.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. *In:* ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. A legitimidade dos sujeitos sociais e a construção plural de direitos. **Revista de Direito da Universidade de Brasília – Direito.Un**B, Brasília, v. 6, n. 2, 2022. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/44787. Acesso em: 10 ago. 2024.