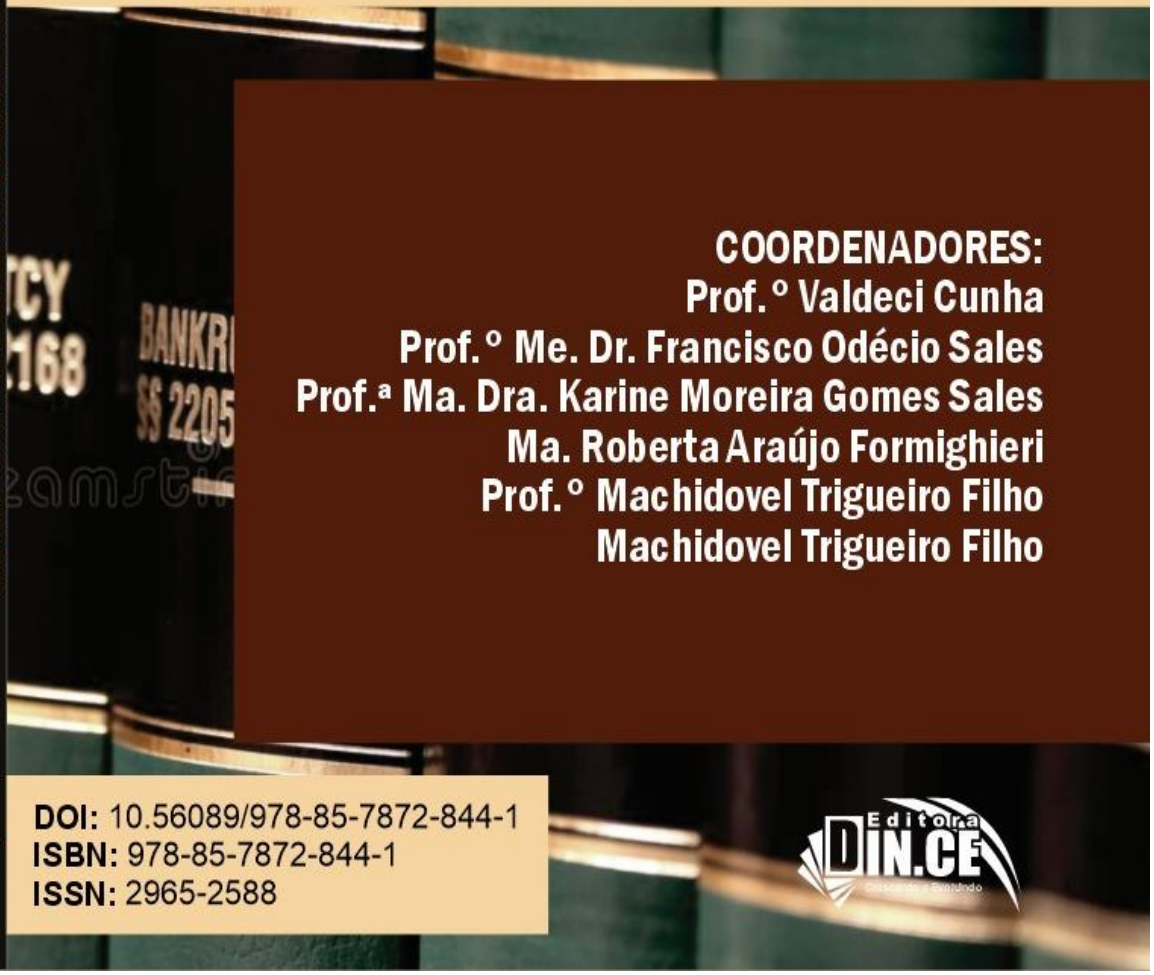
REVISTA DIGITAL DECIÊNCIAS JURÍDICAS
Ano IV. Nº 14. Jan / Mar 2026

# REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Ano IV. Nº 14. Jan / Mar 2026



**COORDENADORES:**
**Prof.º Valdeci Cunha**
**Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales**
**Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales**
**Ma. Roberta Araújo Formighieri**
**Prof.º Machidovel Trigueiro Filho**
**Machidovel Trigueiro Filho**

**DOI:** 10.56089/978-85-7872-844-1
**ISBN:** 978-85-7872-844-1
**ISSN:** 2965-2588

Editora DIN.CE

## AUTORES

Aline dos Santos Natal
Bianca Ferreira Martins Gomes
Felipe Carré da Rosa
Gabriela Calábria Araújo Moraes dos Santos
Igor Pedroso Monte Santo
Juliana de Oliveira Souza Alves
Luara Cristina dos Santos Reis
Mariana Luiza de Faria
Rogaciano Bezerra Leite Neto

## COORDENADORES

Prof.° Valdeci Cunha
Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Jacob
Prof.° Machidovel Trigueiro Filho

# RDCJ

# REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**Vol. 14**

**Ano IV. Nº 14. Jan / Mar 2026**

**Fortaleza-CE**
**2026**

Esta obra está licenciada com uma Licença
Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



**CONSELHO EDITORIAL:**
Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. E Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Jacob
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Valdeci Cunha
Machidovel Trigueiro Filho

**FICHA TÉCNICA:**
**Editor-chefe:** Vanques de Melo
**Diagramação**: Vanques Emanoel
**Capa:** Vanderson Xavier
**Produção Editorial**: Editora DINCE
**Revisão:** Autores

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**
Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 14. Jan / Mar. 2026 - Trimestral
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2026 – 318p. Digital

**DOI: 10.56089/978-85-7872-844-1**
**ISBN: 978-85-7872-844-1**
**ISSN: 2965-2588**

Consulta ISSN: https://portal.issn.org/
Consulta DOI: https://dx.doi.org/
Consulta ISBN: https://www.cblservicos.org.br/isbn/pesquisa/

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

**NOTA DA EDITORA**
As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.
A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

**Impresso no Brasil**
Impressão gráfica: **DIN.CE**

**CENTRAL DE ATENDIMENTO:**
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

# *Coordenadores*

**Roberta Araújo de Souza**

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872- 844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

**Machidovel Trigueiro Filho**

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-São Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandado em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos 15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduou-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cun Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB

de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

**Brenda Albuquerque de Souza**

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

**Jacqueson Ferreira Alves dos Santos**

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

**Karine Moreira Gomes Sales**

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

# *Apresentação*

**A Revista Digital de Ciências Jurídicas – RDCJ** surgiu com uma proposta ousada e inovadora: apresentar temáticas de elevada relevância para o universo jurídico, voltadas aos operadores do Direito e às diversas correntes do pensamento jurídico e social. Seu objetivo é estabelecer uma comunicação acessível, expressa em linguagem clara e cotidiana, por meio de artigos, entrevistas, análises legislativas, comentários jurisprudenciais, opiniões especializadas e demais publicações pertinentes ao campo jurídico. Essa proposta é especialmente voltada àqueles que se dedicam ao estudo, à pesquisa e ao debate das questões relacionadas ao Direito e à Justiça, sob as perspectivas da legalidade, legitimidade e licitude que regem o ordenamento jurídico e a vida em sociedade.

É, portanto, com imensa satisfação que apresentamos a todos os leitores, autores e ao público em geral mais uma edição desta relevante e enriquecedora **Revista Digital de Ciências Jurídicas**. Sua missão vai além da pluralidade temática: ao promover discussões que transitam pela filosofia, pelas ciências jurídicas e pela prática profissional do Direito no ambiente digital, a RDCJ fomenta reflexões profundas entre aqueles que vislumbram e constroem uma sociedade livre, democrática, desenvolvida e constitucionalmente orientada, alicerçada nos princípios da igualdade, da justiça e da não discriminação.

Trata-se de uma publicação eletrônica, de periodicidade trimestral, disponibilizada por meio da plataforma https://dinceeditora.com/revistas. Seu conteúdo contempla abordagens técnicas e científicas sobre os mais diversos temas relacionados à realidade jurídica nacional e internacional, refletindo os paradigmas contemporâneos que fundamentam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como sua filosofia aplicada, especialmente no contexto do Direito brasileiro.

Sob a coordenação de destacados profissionais do Direito e da Educação – Prof. Valdeci Cunha, Prof. Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Jacob –, entre outros renomados colaboradores, a **RDCJ** se propõe a preencher uma lacuna ainda presente no cenário editorial do Ceará e do Brasil. Busca atender às demandas de estudantes, docentes, escritórios jurídicos, candidatos a concursos públicos que exigem a elaboração de trabalhos técnicos, magistrados, membros do Ministério Público e demais profissionais da área, os quais carecem, atualmente, de uma plataforma periódica adequada para a divulgação de suas produções científicas, como artigos, teses, monografias e estudos afins.

Assim, reafirmamos o compromisso da **Revista Digital de Ciências Jurídicas** com a promoção do conhecimento, a valorização do pensamento crítico e o fortalecimento da comunidade jurídica por meio da publicação de conteúdos relevantes, acessíveis e comprometidos com os ideais do Direito e da Justiça.

# *Editorial*

**Vol. 14 – 2026**

A Revista Digital de Ciências Jurídicas tem a honra de anunciar o lançamento de seu 14º volume, referente ao 1º trimestre de 2026, reafirmando seu comprometimento institucional com a promoção do ensino jurídico, a difusão do conhecimento científico e o fortalecimento da pesquisa aplicada no campo do Direito.

Esta edição reúne artigos fundamentados em referenciais teóricos consistentes e metodologias analíticas rigorosas, que exploram, sob perspectivas críticas e interdisciplinares, temas emergentes e relevantes na contemporaneidade jurídica, elaborados por pesquisadores e profissionais de notória especialização e reconhecida competência acadêmica.

Desde sua fundação, a Revista tem se mantido fiel à sua missão editorial de fomentar a reflexão científica e acompanhar, de forma criteriosa, as transformações sociais, políticas e econômicas que impactam o ordenamento jurídico, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento das práticas acadêmicas e institucionais. Sua trajetória é marcada pela busca permanente da excelência científica, pela valorização da pesquisa empírica e teórica, e pela consolidação de um espaço de diálogo crítico e plural.

O Corpo Editorial, composto por juristas e pesquisadores de notório saber, reafirma seu compromisso com a integridade científica, a qualidade editorial e a disseminação de conhecimento validado, conduzindo esta publicação com base nos princípios éticos e metodológicos que orientam a ciência jurídica contemporânea. Destaca-se, ainda, a relevante contribuição dos autores e coordenadores desta edição, cuja dedicação e rigor acadêmico, sob a orientação de avaliadores e pareceristas experientes, conferem à coletânea um elevado padrão de qualidade científica e editorial.

Publicada semestralmente em formato digital, a Revista Digital de Ciências Jurídicas tem como objetivo ampliar o acesso, a visibilidade e a circulação do conhecimento jurídico de excelência, alcançando um público diversificado e comprometido com a consolidação de uma cultura científica sólida e crítica no Direito.

Por fim, convidamos a comunidade acadêmica e os profissionais do setor jurídico a participarem ativamente desta trajetória editorial, não apenas como leitores, mas como coautores e protagonistas na construção coletiva e reflexiva do pensamento jurídico contemporâneo.

Vanques de Melo
Editor-chefe

# *Sumário*

**Aline dos Santos Natal**

ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME UM ESTUDO SOBRE A ABORDAGEM ECONÔMICA DO CRIME SOB A ÓTICA DE ALGUMAS DAS MUITAS VARIÁVEIS SOCIOECONÔMICAS DA CRIMINALIDADE ..... **245**

**Bianca Ferreira Martins Gomes**

A POSSE DOS BENS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA ..... **267**

**Felipe Carré da Rosa**

O DIREITO À IGUALDADE E O ENCARCERAMENTO FEMININO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: UM ESTUDO SOBRE GÊNERO NA ANÁLISE DA CULPABILIDADE PENAL ..... **121**

**Felipe Carré da Rosa**

DIVÓRCIO DIRETO: UMA EXPRESSÃO DA MODERNIDADE LÍQUIDA NO DIREITO BRASILEIRO. ..... **87**

**Gabriela Calábria Araújo Moraes dos Santos**

O DIREITO E A DECOLONIALIDADE NA AMÉRICA LATINA ..... **209**

**Igor Pedroso Monte Santo**

CRUZAMENTO DE INFRAESTRUTURAS EM FAIXAS DE RODOVIAS ..... **229**

**Juliana de Oliveira Souza Alves**

A TUTELA JURÍDICA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, ATUAÇÃO ESTATAL E DESAFIOS DE EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA ..... **133**

**DOI**: 10.56089/978-85-7872- 844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588 

**Juliana de Oliveira Souza Alves**

AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO CPC/2015 E SUA EFETIVIDADE APÓS MAIS DE UMA DÉCADA DE VIGÊNCIA ..... **151**

**Juliana de Oliveira Souza Alves**

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA VALORAÇÃO DO AFETO À LUZ DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..... **167**

**Juliana de Oliveira Souza Alves**

ECROPOLÍTICA, RACISMO ESTRUTURAL E ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE: A DISTRIBUIÇÃO SELETIVA DA MORTE E OS DESAFIOS DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL ..... **191**

**Luara Cristina dos Santos Reis**

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E SEUS IMPACTOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS ..... **17**

**Mariana Luiza de Faria**

A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CPC/2015: ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL ..... **101**

**Rogaciano Bezerra Leite Neto**

IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS ..... **43**

**Rogaciano Bezerra Leite Neto**

EROSÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICAS NA ESLOVÊNIA: O POPULISMO AUTORITÁRIO DE JANEZ JANŠA E O CONTRAPONTO BRASILEIRO (2020-2026) ..... **79**

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E SEUS IMPACTOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

*BRAZILIAN CASE LAW ON EXTRAJUDICIAL SERVICES AND ITS IMPACTS ON REAL ESTATE REGISTRY*

**Luara Cristina dos Santos Reis**[1]

**Área do Direito:** Direito Notarial; Direito Registral; Direito Imobiliário; Direito Constitucional; Direito Administrativo.

**Resumo:** O presente artigo analisa a jurisprudência brasileira sobre serventias extrajudiciais e seus impactos no Registro de Imóveis. Parte-se do art. 236 da Constituição Federal, que consagra a execução privada, por delegação do Poder Público, dos serviços notariais e de registro, submetendo-os a concurso público, fiscalização judicial, regime legal próprio e responsabilidade por danos decorrentes da atividade. O problema investigado consiste em identificar de que modo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm delimitado a tensão entre gestão privada, função pública, controle de legalidade e segurança jurídica registral. A pesquisa adota método dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de análise bibliográfica, normativa e jurisprudencial. Examina-se, especialmente, a competência legislativa, o provimento das serventias, a responsabilidade civil, os emolumentos, o procedimento de dúvida, a atuação do Ministério Público perante o Registro de Imóveis, o protesto extrajudicial e os efeitos da desjudicialização. Conclui-se que a jurisprudência tem consolidado um modelo institucional híbrido: reconhece a autonomia técnica e administrativa

[1] E-mail: luaracristinadireito@gmail.com
Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Ceará. Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale e em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Adelmar Rosado, em parceria com a Escola do Legislativo do Piauí.

dos delegatários, mas reforça a sujeição das serventias a parâmetros constitucionais de impessoalidade, legalidade, publicidade, eficiência, proteção da confiança e controle judicial.

**Palavras-chave:** serventias extrajudiciais; registro de imóveis; direito notarial e registral; jurisprudência; segurança jurídica.

**Abstract:** This article analyzes Brazilian case law on extrajudicial services and its impacts on the Real Estate Registry. It starts from article 236 of the Federal Constitution, which establishes the private performance, by delegation of public authority, of notarial and registry services, subjecting them to public examinations, judicial oversight, a specific legal regime and liability for damages arising from the activity. The research problem is to identify how the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice have delimited the tension between private management, public function, legality control and registry legal certainty. The research adopts a deductive method, with a qualitative approach and bibliographical, normative and case law analysis. It especially examines legislative competence, appointment to extrajudicial services, civil liability, fees, registry doubt proceedings, the Public Prosecutor's Office activity before the Real Estate Registry, extrajudicial protest and the effects of dejudicialization. It concludes that case law has consolidated a hybrid institutional model: it recognizes the technical and administrative autonomy of delegates, while strengthening the subjection of extrajudicial services to constitutional standards of impersonality, legality, publicity, efficiency, protection of legitimate expectations and judicial oversight.

**Keywords:** extrajudicial services; real estate registry; notarial and registry law; case law; legal certainty.

**Sumário:** Introdução. 1. Metodologia. 2. O regime constitucional das serventias extrajudiciais. 3. Provimento, concurso público e estabilidade institucional do Registro de Imóveis. 4. Competência legislativa e fiscalização judicial. 5. Responsabilidade civil, fé pública e proteção da confiança registral. 6. Emolumentos, custeio do sistema e gratuidade. 7. Procedimento de dúvida, qualificação registral e controle de legalidade. 8. Registro de Imóveis, urbanismo e atuação institucional do Ministério Público. 9. Protesto,

extrajudicialidade e desjudicialização. 10. Registro de imóveis e a Função Social da Propriedade. 11. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

O Direito Notarial e Registral ocupa posição estratégica no sistema jurídico brasileiro, sobretudo quando examinado a partir do Registro de Imóveis. A publicidade registral, a qualificação dos títulos, a continuidade das matrículas, a especialidade objetiva e subjetiva e a presunção de legitimidade dos assentos não constituem meras técnicas formais. São instrumentos de estabilização de relações jurídicas, de prevenção de litígios e de proteção da confiança nas transações imobiliárias.

O tema ganha densidade constitucional porque os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, nos termos do art. 236 da Constituição Federal. A fórmula constitucional é singular: o delegatário não é servidor público, mas exerce função pública; a serventia não é repartição estatal clássica, mas integra a estrutura pública de segurança jurídica; a gestão é privada, mas a atividade permanece submetida à fiscalização do Poder Judiciário e a intenso regime legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem sido decisiva para definir os limites desse modelo. Questões como concurso público, competência legislativa, responsabilidade civil, emolumentos, teto remuneratório de interinos, procedimento de dúvida registral, atuação do Ministério Público, protesto extrajudicial e registro de loteamento demonstram que o sistema extrajudicial é constantemente reconstruído pela interpretação dos tribunais superiores.

O problema central deste artigo consiste em verificar de que modo a jurisprudência brasileira sobre serventias extrajudiciais impacta o Registro de Imóveis, especialmente na tensão entre autonomia técnica do registrador, controle de legalidade, eficiência

administrativa, proteção de terceiros e segurança jurídica. A hipótese é a de que os tribunais vêm consolidando um modelo de equilíbrio: preservam a delegação privada e a independência técnica do registrador, mas reafirmam a sujeição da atividade a parâmetros constitucionais de impessoalidade, legalidade, publicidade e fiscalização judicial.

A pesquisa é qualitativa, de método dedutivo, fundada em revisão normativa, doutrinária e jurisprudencial. O recorte jurisprudencial privilegia decisões do STF e do STJ que repercutem diretamente no regime das serventias e, de modo especial, no Registro de Imóveis.

## 1.METODOLOGIA

A pesquisa adota abordagem qualitativa, de natureza bibliográfica e jurisprudencial, com método dedutivo. Parte-se do regime constitucional das serventias extrajudiciais, especialmente do art. 236 da Constituição Federal, para examinar como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm concretizado, em precedentes paradigmáticos, os limites e as potencialidades da atividade notarial e registral no Brasil.

O recorte jurisprudencial adotado privilegia decisões que apresentam impacto direto ou indireto sobre o Registro de Imóveis. Embora o Direito Notarial e Registral compreenda diversos ramos, como Registro Civil das Pessoas Naturais, Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos, Tabelionato de Notas, Tabelionato de Protesto e Registro de Imóveis , o presente estudo concentra-se na forma como a jurisprudência sobre serventias extrajudiciais influencia a segurança imobiliária, a qualificação registral, a publicidade jurídica, o procedimento de dúvida, os emolumentos, a responsabilidade civil e a fiscalização da atividade delegada.

A escolha desse recorte justifica-se por duas razões principais. A primeira é a centralidade do Registro de Imóveis para a circulação da propriedade imobiliária, para o crédito, para o planejamento urbano e para a tutela de terceiros de boa-fé. A segunda é a crescente valorização da via extrajudicial como mecanismo de desjudicialização, prevenção de litígios e concretização de direitos patrimoniais e existenciais.

A análise jurisprudencial não se limita à descrição dos julgados. Busca-se identificar os fundamentos normativos recorrentes, as tensões institucionais presentes nas decisões e os efeitos concretos dos precedentes sobre a atividade registral. Nesse sentido, os julgados são examinados não apenas como respostas a casos individuais, mas como vetores de construção de um sistema registral mais previsível, impessoal e funcionalmente orientado à segurança jurídica.

Foram considerados, especialmente, precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à natureza constitucional das serventias extrajudiciais, à exigência de concurso público, à responsabilidade civil do Estado, aos limites da competência legislativa estadual, aos emolumentos e à fiscalização judicial. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram examinadas decisões sobre procedimento de dúvida registral, protesto extrajudicial, registro de loteamento, cancelamento de atos registrais, competência para julgamento de dúvida envolvendo bens federais, retificação de registros e deveres de qualificação registral.

Essa delimitação permite compreender a jurisprudência como fonte de estabilização do Direito Notarial e Registral. Em matéria imobiliária, a previsibilidade decisória é especialmente relevante, pois os efeitos de um registro não se esgotam na relação entre apresentante e oficial. Eles alcançam adquirentes futuros, credores, entes públicos, vizinhos, sucessores, incorporadores, loteadores e a própria coletividade urbana.

Assim, o artigo parte da seguinte premissa metodológica: a jurisprudência brasileira não apenas interpreta normas notariais e registrais, mas também participa da conformação institucional do modelo brasileiro de segurança jurídica preventiva. O Registro de

Imóveis, nesse contexto, revela-se espaço de interseção entre propriedade privada, função social, legalidade urbanística, confiança pública e controle estatal.

## 2. O REGIME CONSTITUCIONAL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

O art. 236 da Constituição Federal consagrou que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A mesma norma remete à lei a disciplina da responsabilidade civil e criminal dos notários, oficiais de registro e prepostos, bem como a definição da fiscalização dos atos pelo Poder Judiciário. O § 3º do dispositivo impõe, ainda, que o ingresso na atividade notarial e registral depende de concurso público de provas e títulos.

A jurisprudência constitucional reconhece que essa disciplina não pode ser lida de forma fragmentária. A delegação privada não elimina a natureza pública do serviço; a fiscalização judicial não transforma o delegatário em servidor; e a remuneração por emolumentos não desnatura a função pública desempenhada. Essa compreensão explica a posição do STF nas ADIs 4.639/GO e 4.641/SC, nas quais se afirmou que titulares de serventias extrajudiciais não ocupam cargo público efetivo nem se submetem ao regime próprio de previdência dos servidores públicos, embora exerçam atividade estatal por delegação.

A distinção também foi relevante no RE 808.202/RS, Tema 779 da repercussão geral, em que o STF assentou que substitutos ou interinos designados para responder por serventias vagas não se equiparam aos titulares concursados, submetendo-se ao teto remuneratório constitucional enquanto agentes estatais provisórios. A conclusão preserva a centralidade do concurso público como critério de legitimação da titularidade plena da delegação.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.935/1994 organiza o regime dos notários e registradores, estabelecendo direitos, deveres, formas de ingresso, responsabilidade, substituição, intervenção e extinção da delegação. A constitucionalidade de diversos dispositivos dessa lei foi reafirmada pelo STF na ADI 1.183/DF, especialmente quanto à disciplina da substituição, da aposentadoria compulsória e da transição entre cartórios oficializados e privatizados.

Para o Registro de Imóveis, esse regime constitucional possui consequência direta. A segurança do tráfego imobiliário depende da estabilidade institucional da delegação, da independência técnica do registrador e da previsibilidade das regras de provimento, fiscalização e responsabilidade.

## 3. PROVIMENTO, CONCURSO PÚBLICO E ESTABILIDADE INSTITUCIONAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS

O concurso público é uma das garantias estruturais do sistema extrajudicial brasileiro. A exigência constitucional do art. 236, § 3º, impede que serventias notariais e registrais sejam apropriadas por mecanismos de transmissão familiar, indicação política, remoção sem concurso ou perpetuação irregular de delegações. No MS 29.415/DF, o STF afirmou que a regra constitucional é autoaplicável e que atos de investidura posteriores à Constituição de 1988, sem concurso público, não são protegidos por decadência administrativa, direito adquirido ou segurança jurídica.

A mesma orientação aparece na Rcl 31.937 AgR/ES, em que o STF preservou a autoridade de decisão anterior que reconhecera a vacância de serventia extrajudicial por violação à regra do concurso público. O julgamento reforça que a discussão sobre a validade da delegação não pode ser reaberta em vias ordinárias para burlar decisão já consolidada pelo Supremo.

No campo dos concursos, a jurisprudência também equilibra isonomia e segurança jurídica. Na ADPF 209/SP, o STF declarou

inconstitucional lei estadual que regulamentava a forma de provimento de serventias e criava regras de avaliação de títulos em benefício de grupo específico de candidatos, por violação à competência legislativa da União e ao princípio da isonomia. O entendimento interessa diretamente ao Registro de Imóveis porque evita assimetrias estaduais capazes de comprometer a qualidade e a imparcialidade do provimento das serventias.

O STF também enfrentou controvérsias sobre a fase de títulos. No MS 33.094/ES e no MS 33.406/DF, a Corte rechaçou a aplicação retroativa da Resolução CNJ nº 187/2014 a concursos já em andamento, protegendo a confiança legítima dos candidatos.

Em outro sentido, no MS 35.992/RS e no MS 36.218/DF, admitiu-se a atuação do CNJ para impedir contagem duplicada de títulos de magistério superior quando a orientação já havia sido previamente firmada no âmbito administrativo.

No STJ, o RMS 50.366/RS reconheceu que, em concurso de remoção, titulares de serventias de natureza específica podem concorrer a serventias de natureza mista, quando preenchida a exigência de titularidade por mais de dois anos prevista na Lei nº 8.935/1994 e na Resolução CNJ nº 81/2009. Já o RMS 67.654/PB admitiu a competência subsidiária dos Tribunais de Justiça para fixar prazo de aquisição de títulos quando inexistente disciplina expressa do CNJ.

Esses precedentes revelam que a jurisprudência não trata o concurso de cartórios como questão meramente administrativa. O provimento regular das serventias é pressuposto da confiança nos atos registrais. No Registro de Imóveis, a irregularidade da titularidade pode afetar a legitimidade institucional da serventia, ainda que os atos praticados devam ser preservados sempre que necessário à proteção de terceiros de boa-fé e da segurança jurídica.

## 4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E FISCALIZAÇÃO JUDICIAL

A Constituição atribui à União competência privativa para legislar sobre registros públicos, nos termos do art. 22, XXV. Essa competência se articula com o art. 236, que reserva à lei federal a disciplina geral das atividades notariais e registrais e das normas gerais de emolumentos. A jurisprudência do STF tem sido rigorosa na invalidação de leis estaduais que invadem esse núcleo normativo.

Na ADI 3.723, o STF declarou inconstitucional lei estadual que determinava a microfilmagem de documentos arquivados em cartórios extrajudiciais, por compreender que o tema envolve registros públicos e responsabilidade civil de notários e registradores, matéria de competência privativa da União. Na ADPF 209/SP, a Corte igualmente invalidou disciplina estadual sobre provimento e concurso de serventias, reforçando que os Estados não podem alterar os princípios básicos do regime nacional.

Isso não significa ausência de competências estaduais. A organização judiciária, a fiscalização administrativa e a estrutura local das serventias mantêm relação com os Tribunais de Justiça. Na ADI 3.498, o STF reconheceu a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para apresentar projeto de lei ao Congresso Nacional sobre organização, funcionamento e provimento de serventias extrajudiciais no Distrito Federal, por se tratar de matéria afeta à organização judiciária.

A fiscalização judicial é elemento indispensável do modelo constitucional. No Registro de Imóveis, essa fiscalização se manifesta na atividade correcional das Corregedorias, na disciplina das normas de serviço, na apreciação de procedimentos de dúvida e na supervisão de atos praticados por oficiais e prepostos. O STJ, no REsp 1.370.524/DF, afirmou que recurso contra decisão em impugnação ao registro de loteamento urbano deve ser apreciado pela Corregedoria ou pelo Conselho Superior da Magistratura, e não por órgão jurisdicional de segunda instância, pois se trata de atividade administrativa de controle de legalidade registral.

A autoridade competente para declarar a vacância de serventia também foi objeto de definição jurisprudencial. No RE 336.739/SC, o STF assentou que cabe ao Presidente do Tribunal de Justiça declarar a vacância da serventia extrajudicial, justamente porque o Poder Judiciário é o órgão constitucionalmente incumbido da fiscalização das atividades notariais e registrais.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL, FÉ PÚBLICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA REGISTRAL

A fé pública notarial e registral é pressuposto da confiança depositada pelos usuários nos atos praticados pelas serventias. No Registro de Imóveis, essa confiança é particularmente sensível, pois as matrículas orientam investimentos, financiamentos, transmissão de propriedade, garantias reais, regularização fundiária e planejamento urbano.

No RE 842.846/RJ, Tema 777 da repercussão geral, o STF fixou tese segundo a qual o Estado responde objetivamente pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assegurado o dever de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. A decisão harmoniza o art. 37, § 6º, da Constituição com o art. 236, reconhecendo que o serviço é público, ainda que exercido em caráter privado.

Esse precedente possui impacto direto no Registro de Imóveis. Erros de registro, omissões, falhas de qualificação, indevidas averbações ou cancelamentos podem gerar danos patrimoniais expressivos. A responsabilidade objetiva do Estado funciona como mecanismo de proteção do usuário e de reforço da confiança institucional, sem excluir a responsabilidade regressiva do delegatário quando demonstrada culpa ou dolo.

A jurisprudência, contudo, não confunde responsabilidade estatal com diminuição da independência técnica do registrador. A

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

qualificação registral é atividade jurídica própria, vinculada à legalidade, mas exercida com autonomia funcional. O oficial deve recusar títulos incompatíveis com a lei, formular exigências por nota devolutiva e, havendo discordância do apresentante, suscitar dúvida ao juízo competente.

A proteção da confiança, portanto, opera em dupla dimensão: protege o usuário contra danos decorrentes do mau funcionamento do serviço e protege o sistema registral contra a prática de atos sem qualificação técnica suficiente.

## 6. EMOLUMENTOS, CUSTEIO DO SISTEMA E GRATUIDADE

Os emolumentos constituem elemento essencial do regime econômico das serventias extrajudiciais. Possuem natureza tributária de taxa, vinculada à prestação de serviço público específico e divisível ou ao exercício do poder de polícia. A Constituição, no art. 236, § 2º, prevê que lei federal estabelecerá normas gerais para sua fixação, papel desempenhado pela Lei nº 10.169/2000.

No REsp 1.142.006/MG, o STJ decidiu que, na cobrança pelo registro de cédula de crédito rural, não se aplica o art. 34 do Decreto-Lei nº 167/1967, mas a lei estadual editada em conformidade com a Lei nº 10.169/2000. O precedente evidencia que a disciplina dos emolumentos registrais deve respeitar o regime constitucional posterior à Constituição de 1988 e a competência dos Estados para fixação concreta dos valores, dentro das normas gerais federais.

O STF, na ADI 3.704/RJ, considerou constitucionais normas estaduais que destinam parte da arrecadação obtida com emolumentos a fundos de financiamento da estrutura do Poder Judiciário e de funções essenciais à Justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública. A Corte entendeu que se trata de taxa, não de imposto, de modo que não incide a vedação constitucional de vinculação de impostos.

O limite definido pela jurisprudência é relevante: a destinação deve possuir finalidade pública e não pode favorecer entidades privadas ou corporativas estranhas à estrutura estatal. Para o Registro de Imóveis, esse entendimento confirma que o custo do sistema registral pode contribuir para o financiamento da infraestrutura pública de fiscalização e acesso à justiça, desde que preservados razoabilidade, transparência e proporcionalidade.

No campo da gratuidade, o STJ reconheceu, no AgRg no RMS 24.557/MT, que a concessão da justiça gratuita obsta a cobrança de emolumentos por atos notariais e registrais indispensáveis ao cumprimento de decisão judicial.

O Código de Processo Civil reforçou essa lógica no art. 98, § 1º, IX, e § 8º, permitindo que o notário ou registrador, diante de dúvida fundada sobre os pressupostos da gratuidade, pratique o ato e requeira ao juízo competente a revogação ou modulação do benefício.

Esse equilíbrio é especialmente importante no Registro de Imóveis, em que o custo de atos registrais pode representar barreira ao acesso à regularização patrimonial, à moradia formal e à efetivação de decisões judiciais.

## 7. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA, QUALIFICAÇÃO REGISTRAL E CONTROLE DE LEGALIDADE

O procedimento de dúvida registral é um dos principais mecanismos de controle da legalidade no Registro de Imóveis. Previsto nos arts. 198 a 207 da Lei nº 6.015/1973, é instaurado quando o apresentante discorda de exigência formulada pelo oficial para o registro ou averbação de determinado título. A exigência deve ser escrita, normalmente por nota devolutiva, permitindo que a controvérsia seja submetida ao juízo competente.

O STJ consolidou o entendimento de que a dúvida registral possui natureza administrativa. No REsp 1.570.655/GO, a Segunda

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

Seção afirmou que não cabe recurso especial contra decisão proferida em procedimento de dúvida, ainda que haja litigiosidade ou pronunciamento de órgão do Poder Judiciário, pois não se trata de prestação jurisdicional típica. A conclusão decorre do art. 204 da Lei de Registros Públicos.

A natureza administrativa também explica a orientação firmada no RMS 39.236/SP, no qual o STJ considerou incabível a intervenção de terceiros em procedimento de dúvida registral. O oficial não defende interesse próprio, mas exerce função de qualificação e controle de legalidade do título apresentado.

A competência para processamento da dúvida pode variar conforme a natureza dos interesses envolvidos. No CC 180.351/CE, o STJ decidiu que compete à Justiça Federal processar e julgar dúvida suscitada por oficial de Registro de Imóveis relativamente a imóveis de autarquia pública federal.

O caso envolvia pedido da Universidade Federal do Ceará de unificação de imóveis e abertura de matrícula para o terreno unificado, evidenciando que a natureza administrativa do procedimento não afasta a definição constitucional de competência quando presente interesse federal.

A importância da dúvida registral reside na preservação da legalidade sem paralisar indevidamente o tráfego jurídico. O registrador não pode ser compelido a registrar título que considere irregular, mas também não pode transformar a qualificação em obstáculo arbitrário. A dúvida permite controle por órgão judicial-correcional e protege tanto o usuário quanto a integridade do fólio real.

## 8. REGISTRO DE IMÓVEIS, URBANISMO E ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Registro de Imóveis não serve apenas à circulação privada da propriedade. Ele também exerce função urbanística, ambiental e coletiva, especialmente no controle de loteamentos, parcelamentos

do solo, regularizações fundiárias, restrições administrativas, indisponibilidades e publicidade de situações juridicamente relevantes.

No RMS 58.769/RJ, o STJ decidiu que não cabe ao Ministério Público requisitar diretamente ao oficial a averbação de inquérito civil na matrícula de imóvel, com fixação de prazo para cumprimento. O caso envolvia investigação de suposto loteamento irregular. A Corte reconheceu a relevância da publicidade para proteger terceiros de boa-fé, mas entendeu que o caminho adequado seria o requerimento de averbação, com eventual suscitação de dúvida pelo registrador, observando-se os arts. 198 a 207 da Lei nº 6.015/1973.

O precedente é relevante porque não enfraquece a atuação ministerial, mas a submete ao devido processo legal registral. O Ministério Público pode requerer a averbação quando presente fundamento jurídico, mas não pode substituir o procedimento próprio por ordem direta incompatível com a autonomia técnica do registrador e com o controle judicial-correcional previsto na Lei de Registros Públicos.

No RMS 60.343/SP, o STJ reconheceu a legitimidade de empresa incorporadora e administradora de negócios imobiliários, adquirente de todos os lotes e sub-rogada nos direitos do loteador, para requerer o cancelamento do procedimento de registro de loteamento, desde que ausente inconveniente para o desenvolvimento urbano e inexistentes melhoramentos na área loteada ou adjacências.

A decisão diferencia o cancelamento de procedimento ainda não consolidado do cancelamento de loteamento já registrado, no qual se irradiam efeitos urbanísticos e coletivos mais intensos.

Também no campo do parcelamento do solo, o REsp 1.304.370/SP evidencia a relevância do registro prévio do loteamento. O STJ entendeu que deve ser extinto sem resolução de mérito o processo proposto por loteador para rescindir contrato de promessa de compra e venda de imóvel urbano loteado sem o devido registro do parcelamento, nos termos da Lei nº 6.766/1979. O precedente

impede que o próprio loteador se beneficie de empreendimento irregular para exigir consequências jurídicas contra adquirentes.

A jurisprudência do STF em conflitos federativos sobre limites territoriais também demonstra a importância do Registro de Imóveis para a segurança dominial. Nas ACOs 347/BA e 652/PI, a Corte enfrentou hipóteses de sobreposição de títulos em áreas de divisa entre Estados, definindo critérios para prevalência de títulos judiciais ou registros conforme o caso. Embora excepcional, a situação revela que o registro imobiliário depende de pressupostos territoriais, administrativos e jurisdicionais estáveis.

Esses precedentes indicam que o Registro de Imóveis é instituição de interface entre propriedade privada, política urbana, proteção ambiental, segurança econômica e atuação de órgãos públicos. A jurisprudência tende a preservar sua função de filtro jurídico, evitando tanto o formalismo excessivo quanto a flexibilização que comprometa terceiros e a ordem urbanística.

## 9. PROTESTO, EXTRAJUDICIALIDADE E DESJUDICIALIZAÇÃO

Embora o protesto extrajudicial seja atribuição própria dos Tabelionatos de Protesto, sua evolução jurisprudencial interessa ao Registro de Imóveis por integrar o movimento mais amplo de fortalecimento das vias extrajudiciais de solução, prevenção e documentação de conflitos. A atividade extrajudicial deixa de ser vista como apêndice burocrático do Judiciário e passa a desempenhar papel ativo na racionalização do sistema de justiça.

O STJ consolidou entendimento de que é possível o protesto de Certidão de Dívida Ativa desde a entrada em vigor da Lei nº 9.492/1997. No REsp 1.686.659/SP, julgado sob o rito dos repetitivos, reconheceu-se que a Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA. No EREsp 1.109.579/PR, a Primeira Seção reforçou que a Lei nº 12.767/2012 teve caráter interpretativo, apenas explicitando possibilidade já contida na expressão “outros

documentos de dívida". No REsp 1.895.557/SP, o STJ acrescentou que o protesto de CDA estadual ou municipal não depende de lei local autorizadora.

A jurisprudência também estabelece garantias procedimentais. No REsp 1.398.356/MG, repetitivo, o STJ determinou que o tabelião deve esgotar os meios de localização antes de intimar o devedor por edital. No REsp 1.340.236/SP, Tema 902, assentou-se que a sustação de protesto, por restringir direito do credor, exige contracautela fixada conforme o prudente arbítrio judicial.

A relevância desses precedentes para o Registro de Imóveis reside na afirmação de um padrão: a desjudicialização é legítima quando acompanhada de procedimento, controle, publicidade e proteção da confiança. A mesma lógica sustenta a usucapião extrajudicial, a adjudicação compulsória extrajudicial, a regularização fundiária e outras formas de atuação registral que reduzem litigiosidade sem dispensar qualificação jurídica.

A jurisprudência brasileira, portanto, não apenas resolve casos isolados. Ela desenha as condições institucionais para que as serventias extrajudiciais sejam agentes de eficiência, prevenção de conflitos e concretização de direitos, sem romper com o devido processo legal e com o controle público inerente à delegação, além de garantir segurança jurídica.

## 10. REGISTRO DE IMÓVEIS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A jurisprudência brasileira sobre serventias extrajudiciais tem reflexos particularmente relevantes na relação entre Registro de Imóveis e função social da propriedade. O registro imobiliário não atua apenas como mecanismo de publicidade de titularidades privadas. Ele também contribui para a organização do território, para a regularidade do parcelamento do solo urbano e para a proteção da coletividade contra empreendimentos juridicamente inseguros.

A Lei nº 6.766/1979 estabelece regras específicas para o parcelamento do solo urbano, exigindo aprovação administrativa e registro do loteamento antes da comercialização dos lotes. Essa exigência não é meramente formal. Ela protege adquirentes, evita ocupações desordenadas, permite controle urbanístico pelo Município e impede que o mercado imobiliário opere à margem de padrões mínimos de infraestrutura, publicidade e segurança.

O STJ, em precedentes envolvendo loteamentos, tem reconhecido a relevância dessa regularidade registral. Ao admitir, no RMS 60.343/SP, a legitimidade de empresa incorporadora que adquiriu todos os lotes para requerer o cancelamento do procedimento de registro do loteamento, a Corte destacou circunstâncias essenciais: inexistência de registro definitivo, ausência de obras ou melhoramentos, inexistência de prejuízo urbanístico e sub-rogação da adquirente na posição do loteador. O precedente mostra que a análise registral de loteamentos não pode ignorar a realidade urbanística e a proteção de terceiros.

Por outro lado, quando há comercialização de lotes sem observância do registro do parcelamento, a jurisprudência tende a reprimir a pretensão do loteador que busca extrair vantagem de situação irregular por ele próprio criada. A venda de lotes sem prévio registro compromete a segurança do adquirente e enfraquece a função ordenadora do Registro de Imóveis. Nesse contexto, o registro não é obstáculo burocrático ao desenvolvimento urbano; é condição de legitimidade da circulação imobiliária.

A função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXIII, e no art. 170, III, da Constituição Federal, dialoga diretamente com o sistema registral. A propriedade imobiliária não pode ser compreendida apenas como poder individual de usar, gozar e dispor do bem. Em ambiente urbano, ela se insere em uma malha coletiva de vizinhança, infraestrutura, mobilidade, saneamento, meio ambiente e planejamento municipal. O Registro de Imóveis, ao exigir a observância das normas de parcelamento, contribui para que a propriedade circule de modo compatível com sua função social.

Esse papel é ainda mais evidente em áreas marcadas por informalidade fundiária. A ausência de registro adequado produz

insegurança patrimonial, dificulta acesso ao crédito, fragiliza políticas públicas e amplia conflitos possessórios. Ao mesmo tempo, a regularização não pode ser feita de forma desordenada, sob pena de legitimar ocupações incompatíveis com direitos ambientais, urbanísticos ou de terceiros. Daí a importância de um sistema registral tecnicamente qualificado e institucionalmente controlado.

A jurisprudência também revela que o Registro de Imóveis atua em zona de contato entre interesses públicos e privados. O particular busca registrar seu título para adquirir segurança e oponibilidade erga omnes. O Estado, por sua vez, utiliza o registro como instrumento de controle da legalidade, arrecadação, planejamento urbano, prevenção de fraudes e publicidade. Terceiros dependem da confiabilidade da matrícula para celebrar negócios, conceder crédito ou avaliar riscos.

Por isso, a matrícula imobiliária é mais do que repositório histórico de atos. Ela é a unidade jurídica de organização da propriedade imóvel. Seu conteúdo influencia a tomada de decisões econômicas, familiares, sucessórias, empresariais e urbanísticas. Um sistema registral confiável reduz custos de transação, diminui litigiosidade e amplia a eficiência do mercado imobiliário.

Nesse ponto, a jurisprudência sobre responsabilidade civil também possui impacto direto. Se o registro imobiliário gera confiança pública, eventuais falhas na prestação do serviço podem causar danos relevantes. O Tema 777 do STF, ao reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por atos de notários e registradores no exercício da função, reforça a proteção do usuário e de terceiros atingidos por erros registrais. Ao mesmo tempo, preserva o dever de regresso contra o delegatário em caso de dolo ou culpa, equilibrando proteção do lesado e responsabilização do agente causador do dano.

A função social do Registro de Imóveis, portanto, está na prevenção. Prevenir fraudes, prevenir litígios, prevenir aquisições inseguras, prevenir parcelamentos irregulares e prevenir a circulação de títulos incompatíveis com a ordem jurídica. A jurisprudência dos tribunais superiores, ao fortalecer a legalidade registral, contribui para que o registro cumpra papel institucional de estabilização das relações imobiliárias.

## CONCLUSÕES

A jurisprudência brasileira sobre serventias extrajudiciais tem impacto direto e profundo no Registro de Imóveis. A partir do art. 236 da Constituição Federal, STF e STJ vêm construindo um modelo institucional híbrido, no qual a gestão privada da serventia convive com a natureza pública da função, a fiscalização judicial, a responsabilidade estatal e a exigência de concurso público.

No plano constitucional, destacam-se quatro eixos.

Primeiro, a obrigatoriedade do concurso público como condição de legitimidade da delegação, reafirmada em precedentes como o MS 29.415/DF, a Rcl 31.937 AgR/ES e a ADPF 209/SP.

Segundo, a competência da União para normas gerais de registros públicos, com invalidação de leis estaduais que invadam esse núcleo, como nas ADIs 3.723 e na própria ADPF 209/SP.

Terceiro, a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por notários e registradores, fixada no RE 842.846/RJ, Tema 777.

Quarto, a fiscalização judicial como elemento permanente da atividade extrajudicial.

No plano infraconstitucional, o STJ tem reforçado a função técnica do Registro de Imóveis. A dúvida registral é compreendida como procedimento administrativo de controle de legalidade, sem natureza jurisdicional típica, como decidido no REsp 1.570.655/GO.

A atuação do Ministério Público perante o fólio real deve observar o procedimento legal, conforme o RMS 58.769/RJ. O registro de loteamentos e a regularidade do parcelamento do solo são tratados como pressupostos de proteção urbanística e de tutela de terceiros, como demonstram o RMS 60.343/SP e o REsp 1.304.370/SP.

A análise permite concluir que o Registro de Imóveis, na jurisprudência brasileira, não é mero arquivo de títulos. Trata-se de instituição de segurança jurídica preventiva, vocacionada a estabilizar direitos reais, proteger terceiros, ordenar a publicidade imobiliária, colaborar com a política urbana e reduzir litígios. A autonomia técnica do registrador é preservada justamente porque serve à legalidade, e não à discricionariedade.

A tendência contemporânea é de ampliação das atribuições extrajudiciais e de fortalecimento da desjudicialização. Esse movimento, contudo, somente será constitucionalmente legítimo se acompanhado de qualificação técnica, fiscalização efetiva, proteção de dados, acessibilidade, gratuidade quando cabível, transparência de emolumentos e mecanismos adequados de impugnação. A jurisprudência analisada aponta nessa direção: eficiência extrajudicial, sim; mas sempre sob o império da legalidade, da publicidade e da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BALBINO FILHO, Nicolau. Direito imobiliário registral. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal.

BRASIL. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

BRASIL. Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos.

BRASIL. Lei nº 13.484, de 26 de setembro de 2017. Altera a Lei nº 6.015/1973 para dispor sobre os ofícios da cidadania.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de imóveis. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada: Lei n. 8.935/94. São Paulo: Saraiva. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 81, de 9 de junho de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos de provas e títulos para a outorga das delegações de notas e de registro.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 187, de 24 de fevereiro de 2014. Altera dispositivos da Resolução CNJ nº 81/2009.

DIP, Ricardo Henry Marques. Registro de imóveis. Porto Alegre: IRIB. 2005

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. Tratado notarial e registral. São Paulo: YK Editora. 2025.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Originária nº 347/BA. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 8 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Originária nº 652/PI. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 8 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.183/DF. Rel. Min. Nunes Marques. Tribunal Pleno. Julgado em 7 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.498. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 11 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.704/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 26 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.723. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 27 mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.760. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 15 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.639/GO. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 11 mar. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.641/SC. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 11 mar. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.855 MC-Ref/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 10 abr. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 209/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 3 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 29.415/DF. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 27 set. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 31.228/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 4 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 33.094/ES. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 23 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 33.406/DF. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 6 set. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 35.992/RS. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgado em 12 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 36.218/DF. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgado em 12 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 31.937 AgR/ES. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgado em 13 ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 336.739/SC. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 6 maio 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 808.202/RS. Tema 779 da Repercussão Geral. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 24 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 842.846/RJ. Tema 777 da Repercussão Geral. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 27 fev. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.557/MT. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 7 fev. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de Competência nº 180.351/CE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 28 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.109.579/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 27 out. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 39.236/SP. Rel. Min. Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 26 abr. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 50.366/RS. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 8 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 58.769/RJ. Rel. Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Julgado em 15 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 60.343/SP. Rel. Min. Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 18 ago. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 67.654/PB. Rel. Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 13 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.099.480/MG. Rel. Min. Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 2 dez. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.142.006/MG. Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa. Primeira Turma. Julgado em 16 jun. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.304.370/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 24 abr. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.340.236/SP. Tema 902. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 14 out. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.370.524/DF. Rel. Min. Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgado em 28 abr. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.398.356/MG. Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 24 fev. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.570.655/GO. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. Julgado em 23 nov. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.686.659/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em 28 nov. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.895.557/SP. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Turma. Julgado em 22 jun. 2021.

# IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

*SUBSTANTIVE PARLIAMENTARY IMMUNITY AND CONTENT MODERATION ON DIGITAL PLATFORMS*

**Rogaciano Bezerra Leite Neto**[2]

**RESUMO.** O artigo examina se a imunidade parlamentar material, que torna deputados e senadores invioláveis civil e penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53 da Constituição), obsta as medidas de moderação adotadas pelas plataformas digitais em face da desinformação disseminada por congressistas. Sustenta-se que a inviolabilidade, no plano cível, opera como excludente da eficácia indenizativa do ilícito, e não da própria ilicitude, barrando a responsabilização de função reparatória ou punitiva fundada no conteúdo do discurso protegido, qualquer que seja a fonte contratual ou extracontratual da obrigação, sem alcançar os remédios de função formativa ou restitutória. A partir da teoria dos direitos formativos e da distinção entre normas que impõem deveres e normas que conferem poderes, demonstra-se que a rotulagem, a redução de alcance, a suspensão e a resolução do vínculo não constituem responsabilidade civil, mas exercício de posições formativas no plano da eficácia negocial, situadas na tutela contra o ilícito e não na reparação do dano. Enfrentam-se as objeções fundadas no efeito inibidor do discurso, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e na pretensão de um dever de transporte obrigatório de conteúdo político. Conclui-se pela não incidência do art. 53 sobre as medidas de conformação contratual, pela centralidade das garantias procedimentais consagradas na jurisprudência e na

[2] Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado da União. Ex-Juiz de Direito do TJCE e ex-Promotor de Justiça do MPDFT.

regulamentação de 2026 e pela legitimidade da atuação de terceiros interessados na tutela do adimplemento em redes contratuais.

**Palavras-chave:** Imunidade parlamentar material. Moderação de conteúdo. Direitos formativos. Responsabilidade civil. Redes contratuais.

**ABSTRACT.** This article examines whether parliamentary material immunity, which renders representatives and senators inviolable in civil and criminal terms for any of their opinions, words and votes (Article 53 of the Brazilian Constitution), bars the moderation measures adopted by digital platforms against disinformation disseminated by members of Congress. It argues that immunity, in the civil sphere, operates as an exclusion of the indemnifying efficacy of the wrongful act, and not of its unlawfulness, barring reparatory or punitive liability grounded in the content of protected speech, whatever the contractual or extra-contractual source of the obligation, without reaching remedies of a formative or restitutory function. Drawing on the theory of formative rights, and on the distinction between duty-imposing and power-conferring rules, it demonstrates that labelling, reach reduction, suspension and termination do not constitute civil liability, but the exercise of formative positions on the plane of contractual efficacy, situated within the tutela against the wrongful act rather than the reparation of damage. It addresses the objections grounded in the chilling effect upon speech, in the horizontal efficacy of fundamental rights, and in the claim of a must-carry duty regarding political content. It concludes for the non-incidence of Article 53 upon contractual conformation measures, for the centrality of the procedural safeguards enshrined in case law and in the 2026 regulation, and for the legitimacy of interested third parties acting in the tutela of contractual performance within contractual networks.

**Keywords:** Parliamentary material immunity. Content moderation. Formative rights. Civil liability. Contractual networks.

## 1 INTRODUÇÃO

A disseminação de desinformação por detentores de mandato parlamentar em plataformas digitais coloca o intérprete diante de uma aparente colisão entre dois vetores constitucionais. De um lado, a inviolabilidade material do art. 53 da Constituição, que torna deputados e senadores invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, garantia funcional concebida para proteger o exercício do mandato contra o efeito inibidor das sanções. De outro, o poder de moderação que as plataformas exercem sobre o conteúdo que hospedam, poder que a evolução jurisprudencial e regulamentar recente reconheceu e disciplinou ao reconstruir o regime de responsabilidade dos provedores. A pergunta que organiza este estudo é precisa. A imunidade parlamentar material obsta as medidas de moderação que a plataforma adota, à luz de seus termos de uso, em face do parlamentar que desinforma?

A resposta corrente tende a partir de uma intuição sedutora e imprecisa, a de que a inviolabilidade cível alcançaria apenas a responsabilidade extracontratual, de modo que o descumprimento de deveres contratuais escaparia à garantia. O argumento acerta o resultado e erra o fundamento. O critério da fonte da obrigação prova de menos e de mais ao mesmo tempo. Deixaria intacta a cláusula penal que tivesse por hipótese de incidência o próprio conteúdo do discurso protegido, permitindo reintroduzir por via convencional aquilo que a Constituição subtrai por via delitual, e sugeriria, na direção inversa, que a licitude da moderação dependeria da existência de contrato, quando a plataforma que jamais houvesse contratado com o parlamentar tampouco estaria obrigada a hospedá-lo.

Este artigo sustenta tese diversa. A inviolabilidade cível opera como excludente da eficácia indenizativa do ilícito, e não da ilicitude. Barra a responsabilização de função reparatória ou punitiva fundada no conteúdo da manifestação protegida, qualquer que seja a fonte contratual ou extracontratual da obrigação, e não alcança os remédios de função formativa nem os de função restitutória, porque estes não constituem responsabilidade civil. O critério decisivo não é a fonte da obrigação, mas a função da consequência. A demonstração se apoia

na teoria dos direitos formativos, tal como formulada por Seckel e Chiovenda e recebida no Brasil por Pontes de Miranda, e na distinção, devida a Hart, entre normas que impõem deveres e normas que conferem poderes, para evidenciar que a rotulagem, a redução de alcance, a suspensão e a resolução do vínculo pertencem ao plano da eficácia negocial, e não ao da responsabilidade.

O percurso se organiza em nove partes. A segunda reconstrói o regime da imunidade parlamentar material e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a terceira examina a natureza da inviolabilidade no plano cível. A quarta expõe os princípios contratuais, os deveres anexos de boa-fé e a categoria das redes contratuais. A quinta, núcleo do trabalho, qualifica os remédios da plataforma como direitos formativos, e a sexta introduz o corte que a garantia opera no interior do art. 475 do Código Civil, propondo o teste do dever sucessivo. A sétima enfrenta as três objeções fundamentais que se dirigem à tese, a oitava trata das garantias procedimentais e da legitimação de terceiros interessados, e a nona sintetiza as conclusões.

## 1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A liberdade de expressão, direito fundamental imprescindível à manutenção e ao funcionamento do regime democrático (art. 5º, IV e IX, da Constituição), deve observar os limites constitucionais e o princípio da unidade da Constituição, mesmo sob a perspectiva de desfrutar de uma posição preferencial no sopesamento com outros direitos e bens fundamentais, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a chamada precedência prima facie fundada em uma hierarquia axiológica (ADPF 130). A vocação libertária do texto constitucional de 1988 revela-se na previsão reforçada da liberdade de expressão em vários dispositivos constitucionais (art. 5º, IV e IX; art. 220) e no repúdio à censura prévia como resultado da repressão institucionalizada no regime autoritário da ditadura civil-militar de 1964-1985. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, com especial destaque para o paradigmático caso

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

Ellwanger (HC 82.424/RS), no sentido de que a liberdade de expressão não pode servir de escudo para a prática de ilícitos, mas pode ser objeto de restrições de acordo com os critérios do princípio da proporcionalidade, sob a metodologia da ponderação de bens e princípios constitucionais.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet, ao dissertarem sobre a verdade como limite à liberdade de expressão, sustentam que a informação falsa não encontra amparo na Constituição da República, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Continuam os autores (MENDES; BRANCO, 2023, p. 423):

> Assinala-se a função social da liberdade de informação de "colocar a pessoa sintonizada no mundo que a rodeia (...) para que possa desenvolver toda a potencialidade de sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante". Argumenta-se que, "para exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública e será necessário que a narrativa retrate a verdade". Fake News não se enquadram no âmbito normativo da liberdade de expressão. Cabe recordar que o direito de ser informado – e não o é de quem recebe notícias irreais – tem também raiz constitucional, como se vê do art. 5º, XIV, da CF.

O regime das imunidades parlamentares consiste em uma garantia institucional e instrumental de reforço da liberdade de expressão dos parlamentares em virtude da importância e do significado de sua condição de representantes da vontade popular. A finalidade última desta imunidade é a de, ao garantir a liberdade de atuação e fiscalização dos parlamentares sobre a coisa pública, proteger e manter o regime democrático e os direitos e garantias fundamentais.

As imunidades existem no Direito brasileiro desde a Constituição de 1824, que estabelecia, no art. 26, a inviolabilidade dos membros do Parlamento pelas opiniões proferidas no exercício de suas funções, e foram interrompidas pela Constituição de 1937, restauradas em 1946 e 1967 e restringidas pela Emenda Constitucional nº 1/69, que excetuou os casos de injúria, difamação e calúnia, bem como os previstos na Lei de Segurança Nacional. Por fim, a Constituição de 1988 dispôs, no art. 53, sobre a imunidade material dos parlamentares, considerando-os invioláveis civil e penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Da breve exposição histórica, conclui-se que há uma correlação direta entre autoritarismo e hipertrofia do Poder Executivo e a restrição das imunidades parlamentares, justamente porque estas fazem parte de todo o desenho institucional imprescindível à democracia, à independência e à harmonia entre os poderes, com estatura de cláusula pétrea (art. 2º e art. 60, § 4º, III).

As imunidades parlamentares, sejam as de caráter formal (*freedom from arrest*) ou material (*freedom of speech*), formam um conjunto de garantias instrumentais das atividades dos membros do Poder Legislativo, com o objeto de preservar a sua independência diante de quaisquer interferências indevidas dos demais poderes. Trata-se de prerrogativa, e não de um privilégio, derivada do exercício da função, não caracterizando nenhuma violação ao princípio da igualdade. A imunidade material se expressa na Constituição pela inviolabilidade de Deputados e Senadores por suas opiniões, palavras e votos. A Emenda Constitucional nº 35/2001 acrescentou ao art. 53 as expressões “civil e penalmente, por quaisquer” de suas opiniões, palavras e votos, de modo que estendeu a abrangência da inviolabilidade para o campo da responsabilidade civil, além da penal. Desse modo, segundo a doutrina, o parlamentar não responderá civilmente por suas palavras, votos e opiniões, não podendo ser obrigado a indenizar por danos materiais ou morais decorrentes de suas palavras, ainda que ofensivas, mas será responsável politicamente, podendo perder o mandato por quebra de decoro parlamentar. Eugênio Pacelli e André Callegari observam que, embora o texto constitucional não tenha feito ressalvas, o âmbito de proteção da imunidade tem sua justificativa na proteção da representatividade popular, relacionando-se às funções parlamentares, parecendo-lhes claro que a norma constitucional não instituiu nenhuma salvaguarda para a violação de direitos individuais,

de que é exemplo a honra, unicamente pelo fato de se tratar de membro do Congresso Nacional.

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, sistematizada no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso no RE 632.115/CE, traçou os seguintes critérios para definir o alcance da imunidade material dos parlamentares. Quando a manifestação acontece no Parlamento, a imunidade é absoluta. Quando a declaração é feita fora do Parlamento, a imunidade material depende da demonstração do seu nexo de causalidade com a atividade parlamentar. Quando a declaração é feita fora do Parlamento e não há nexo funcional, não é abrangida pela garantia institucional. E prevalece a imunidade parlamentar material nos casos limítrofes, em observância à sua finalidade institucional. Mais recentemente, o entendimento reiterado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não diferenciar o âmbito espacial de proteção, desde que as manifestações do parlamentar guardem pertinência com o exercício do mandato parlamentar. A manifestação do Relator do ARE 1347443 AgR, Ministro Gilmar Mendes, ilustra com exatidão esse posicionamento:

> Em suma, é possível concluir, a partir da análise da jurisprudência do STF, que embora o Tribunal tenha assentado uma ampla imunidade parlamentar, especialmente em relação aos discursos proferidos no âmbito da respectiva Casa Legislativa, os julgamentos mais recentes têm buscado realizar uma análise mais detida do nexo de vinculação dos discursos proferidos com o exercício do mandato parlamentar, de modo a descaracterizar a imunidade enquanto privilégio pessoal (...). Nessa perspectiva, (...) nos casos de abusos ou de usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos dessa prerrogativa para a ofensa aviltante a terceiros ou para incitar a prática de delitos, pode-se concluir pela não incidência da cláusula de imunidade, já que o referido privilégio não pode ser utilizado de forma contrária à própria finalidade que gerou a sua criação.

A imunidade é, desse modo, propriamente do Parlamento, e somente pode ser entendida como uma prerrogativa de dimensão pessoal por via reflexa, revestindo-se de uma garantia institucional. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que a imunidade parlamentar material não alcança manifestações pessoais, desvinculadas da atividade legislativa e do debate democrático. O Ministro Roberto Barroso, no julgamento do Tema 950 da Repercussão Geral, afirmou que a Corte tem assentado que a inviolabilidade parlamentar não foi concebida para amparar incitação à prática de crime, discursos de ódio, ataques às instituições democráticas ou imputações sabidamente falsas de fatos, proferidas com dolo ou manifesta negligência pela verdade. O Relatório Especial sobre a Situação da Liberdade de Expressão no Brasil de 2025, da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reafirmou que autoridades eleitas têm deveres especiais distintos das demais pessoas relativamente à liberdade de expressão, e que as imunidades parlamentares não podem ser distorcidas em seus fundamentos e funções para justificar discursos que os violam, erodindo o regime democrático (VILLAREAL, 2025, p. 115-118):

> A Corte Interamericana considera que as pessoas que ocupam altos cargos na administração pública estão sujeitas a obrigações adicionais no que diz respeito à sua expressão. Os membros do serviço público devem abster-se de declarações estigmatizantes (...). Por outro lado, os altos funcionários públicos podem ter a obrigação de se pronunciar sobre certas questões de interesse público, decorrentes de sua posição como garantes dos direitos fundamentais. (...) As pessoas que ocupam esses cargos são obrigadas a verificar, mesmo que não exaustivamente, a veracidade dos fatos em que baseiam suas opiniões, com ainda mais diligência do que os particulares.

O Relatório também enfatizou, com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Caso dos Membros e Ativistas da União Patriótica vs. Colômbia*) e da Corte Europeia de

Direitos Humanos (*Caso Karácsony vs. Hungria*), que as imunidades parlamentares, apesar de seu alto nível de proteção, não têm caráter absoluto e podem ser analisadas nos casos concretos sob um escrutínio rígido de proporcionalidade, de forma a não esvaziar o direito de acesso à justiça de pessoas eventualmente prejudicadas.

Voltando à perspectiva analítica interna do Direito brasileiro, consolidou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que a imunidade material parlamentar não alcança candidaturas, pois as manifestações do parlamentar enquanto candidato, se ofensivas à moral de terceiros, não usufruem da proteção da imunidade material (Inq 1400-QO), assim como não se estende ao congressista que se licencia voluntariamente do cargo para exercer função no Poder Executivo. Na seara penal, a natureza jurídica da imunidade é objeto de inúmeras controvérsias, bem sistematizadas por Nucci (2020, p. 272-273):

> Divide-se a doutrina em três grupos principais: grupo 1: excludente do crime: a) causa de exclusão do crime (Nélson Hungria, Pontes de Miranda, José Celso, Nilo Batista, Manzini (...)); c) causa de exclusão da criminalidade (Vicente Sabino Jr.); d) causa de exclusão da tipicidade (Cernicchiaro, José Afonso da Silva); e) causa de exclusão da antijuridicidade por exercício regular de direito (Pedro Aleixo, Jimenez de Asúa, Silvio Ranieri); grupo 2: excludente de pena: a) causa pessoal de exclusão de pena ou condição negativa de punibilidade do fato, havendo ilicitude do fato, mas sem aplicação da sanção (Heleno Fragoso) (...); grupo 3: causa de incapacidade penal: a) causa de incapacidade penal por razões políticas (Frederico Marques); b) causa de irresponsabilidade (Magalhães Noronha, Carlos Maximiliano, Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

Entre os diversos posicionamentos, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a noção de que a imunidade se caracteriza como uma causa de exclusão da tipicidade penal da conduta do congressista em tema de crimes contra a honra, afastando, por isso

mesmo, a natureza delituosa do comportamento, entendimento que abrange todo tipo de declaração relacionada com o exercício do mandato, inclusive as veiculadas por meios de comunicação de massa e redes sociais, ressalvada a apreciação de eventual excesso pela Casa Legislativa respectiva (Pet 9128 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, j. 13 maio 2024).

Já na dimensão cível, a Emenda Constitucional nº 35/2001 encerrou controvérsia antiga e deixou explícita no texto do art. 53 a proteção da imunidade material no campo da responsabilidade civil. Os parlamentares, portanto, também não respondem pelos danos materiais ou morais eventualmente praticados se resultantes de suas manifestações por meio de opiniões, palavras e votos. Segundo Cezar Bitencourt, o pedido de reparação civil por danos materiais ou morais decorrentes de opiniões, palavras e votos passa a ser juridicamente impossível (BITENCOURT, 2018, p. 242), mas desde que respeitados os parâmetros instituídos ao longo dos anos pela jurisprudência da Suprema Corte acerca dos limites de proteção da imunidade material parlamentar.

Observe-se que as opiniões, as palavras e os votos dos parlamentares estão sujeitos à responsabilidade político-disciplinar perante o respectivo Conselho de Ética da Casa Parlamentar a que pertencem, o que pode, a depender do caso, resultar, entre outras sanções, na cassação do mandato (art. 55, II, da Constituição da República). Fixadas essas premissas, é vedado invadir o âmbito de proteção da imunidade parlamentar no campo da responsabilidade civil por meio de medidas judiciais ou extrajudiciais reparatórias ou compensatórias por condutas discursivas praticadas no exercício ou em razão do mandato.

## 3 A NATUREZA DA INVIOLABILIDADE NO PLANO CÍVEL: EXCLUDENTE DA EFICÁCIA INDENIZATIVA, NÃO DA ILICITUDE

A divergência sobre a natureza jurídica da imunidade material, exposta no tópico anterior, sempre se travou em terreno penal, e por

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

isso mesmo é inconclusiva para o problema cível. Quer se veja na garantia uma causa de exclusão da tipicidade, posição do Supremo Tribunal Federal, uma causa de exclusão da ilicitude, uma escusa absolutória ou uma causa de irresponsabilidade, todas essas categorias são penais. Nenhuma delas, por si, diz respeito ao plano cível, e nenhuma se transporta para a questão da conformidade contratual, que se rege por gramática distinta.

No plano cível, o passo decisivo consiste em reconhecer que o ilícito não é um bloco monolítico, mas se classifica segundo a eficácia que produz. Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello distinguem o ilícito indenizante, cuja eficácia é o dever de indenizar decorrente da leitura conjugada dos arts. 186 e 927 do Código Civil, o ilícito caducificante, cuja eficácia é a caducidade de uma posição jurídica subjetiva ativa, como a perda do poder familiar do art. 1.638, e o ilícito invalidante, cuja eficácia é a invalidade do ato, como nos vícios do negócio jurídico dos arts. 138 e seguintes (MELLO, 2010, p. 245). Parte da doutrina agrega ainda o ilícito autorizante, cuja eficácia é autorizar o ofendido a praticar determinado ato em detrimento do ofensor (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD). A taxonomia é decisiva para o argumento. A inviolabilidade do art. 53 não apaga o fato, tampouco a sua ilicitude, e sim neutraliza uma eficácia específica, a imputação indenizativa. O ilícito subsiste íntegro em suas demais eficácias.

É essa a leitura precisa da fórmula corrente segundo a qual a imunidade constitui excludente de responsabilização. A imunidade parlamentar material no âmbito cível não incide sobre a qualificação jurídica da conduta, nem afasta a configuração do ilícito ou do dano eventualmente produzido. O seu alcance se projeta exclusivamente sobre as consequências jurídicas do fato, operando como uma causa excludente constitucional de responsabilização civil. Desse modo, obsta-se a imposição de efeitos reparatórios ou compensatórios, ainda que presentes os pressupostos do dever de indenizar. Ou seja, mesmo que praticado um ato ilícito civil causador de um dano por um parlamentar, a imunidade não descaracteriza a ilicitude, que não deixa de existir, bem como não promove o desaparecimento do dano. Essa garantia institucional apenas deixa de impor as consequências jurídicas reparatórias ou compensatórias da responsabilidade civil.

Dois corolários decorrem dessa premissa, e ambos importam à questão das plataformas. O primeiro é que a imunidade afasta a responsabilização sem converter a conduta em comportamento contratualmente conforme, porque licitude e conformidade pertencem a planos distintos. Ainda que se acolha a leitura da atipicidade consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, dela resulta qualificação penal, imprestável para decidir se o programa negocial foi ou não cumprido. A conformidade não se afere pelo ordenamento geral, e sim pelo que as partes estipularam, sendo próprio da autonomia negocial que a plataforma exija, em suas condições gerais, padrões de conduta mais estritos do que os legais, vedando o que o direito em nada reprova. O exemplo escolar é o da cláusula de exclusividade, pois nada há de ilícito em concorrer, e quem concorre contra cláusula que se obrigou a observar inadimple, sem que a licitude da concorrência apague o descumprimento. Transposta a lição, ainda que o art. 53 tornasse a manifestação lícita no sentido mais forte imaginável, não a tornaria conforme ao contrato, porque para tanto seria preciso acrescentar ao ajuste cláusula que a plataforma jamais pactuou, pela qual se obrigaria a hospedar todo conteúdo parlamentar. A garantia, concebida para subtrair o discurso à imputação estatal de consequências, converter-se-ia em título constitutivo de obrigação positiva a cargo de particular, resultado que nem o texto nem a função do art. 53 autorizam. O segundo corolário fornece a articulação de todo o restante do estudo. Como bem observa Marinoni, por muito tempo unificaram-se, de maneira incorreta, as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil. O dano é apenas uma consequência eventual, e não necessária, do ato ilícito, e a tutela reparatória distingue-se da tutela contra o ato ilícito, seja ela inibitória, para prevenir a sua ocorrência, seja de remoção do ilícito, para suprimi-lo quando já ocorrido, eliminando a fonte de possíveis danos (MARINONI, 2010, p. 51, 191-193, 207). Se o ilícito subsiste e apenas a eficácia indenizativa é barrada pela imunidade, os remédios que operam sobre o ilícito, e não sobre o dano, permanecem disponíveis, porque não são responsabilidade. É essa a chave que a categoria dos direitos formativos permitirá desenvolver com precisão dogmática.

## 4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS, DEVERES ANEXOS E REDES CONTRATUAIS

Segundo entendimento doutrinário tradicional, a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação que se forma, de modo que reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano (PEREIRA, 2018, p. 28). A doutrina mais autorizada do Direito Civil igualmente sustenta que a responsabilidade civil em sentido amplo é sempre uma obrigação de reparar danos, sejam eles individuais ou transindividuais, havendo a imperiosa necessidade da existência de um dano resultante de uma conduta praticada por uma pessoa, ligados por um nexo de causalidade. Configura-se o dano como lesão de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletiva, decorrente de ato ilícito que viole atributos essenciais à pessoa humana ou afete bem jurídico tutelado pelo ordenamento. Há, no entanto, uma distinção importante a ser feita. O dano não é resultado necessário da violação de uma norma jurídica, que pode ou não causar danos, e só há responsabilidade civil quando existir um dano resultante de uma lesão antijurídica, e só se tem esta quando existir um ato ou fato antijurídico (NORONHA, 2013, p. 451, 491-498).

Os ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica costumam fazer a distinção, acolhida pelo Código Civil de 2002, entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, baseada na diversidade de fontes de obrigações e na preexistência de relação jurídica entre as partes. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana decorre da inobservância da lei e da prática de um ato ilícito causador de lesão a um direito, inexistindo prévia relação jurídica entre o ofensor e o ofendido, e resulta da violação do dever geral de não causar danos (*neminem laedere*). A responsabilidade contratual deriva, por sua vez, da inexecução de um negócio jurídico bilateral ou unilateral, resultando de um ilícito contratual violador de um dever especial estabelecido pela vontade das partes contratantes, que estabeleceram uma relação obrigacional preexistente fundada na liberdade de contratar e na liberdade contratual (DINIZ, 2024, p. 135). Uma vez celebrado o contrato, as partes se vinculam ao seu

conteúdo, naquilo que Caio Mário da Silva Pereira chamou de princípio da obrigatoriedade, pois o contrato, uma vez regularmente formado, impõe-se à vontade dos contratantes e se ampara em dois suportes, o ordenamento que a reconhece e a faculdade reconhecida aos contraentes de mobilizar o poder cogente do Estado para impor a observância ao pactuado (PEREIRA, 2018, p. 303).

A sociedade de economia massificada do fim do século XX já se caracterizava pela proliferação de relações jurídicas mediadas pelos contratos de adesão, elaborados unilateral e previamente por um contratante, sem margem de modificação de seu conteúdo, restando à outra parte apenas a opção de aderir ou rejeitar o pacto em sua integralidade, com redução da autonomia privada da parte economicamente mais vulnerável numa relação permeada por assimetrias informacional, técnica e econômica (art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, arts. 423 e 424 do Código Civil). Essa lógica aprofundou-se com a massificação da internet e o surgimento das plataformas digitais, cuja operação se estrutura por contratos de adesão em larga escala e alcance mundial. Os usuários ingressam nas redes sociais por meio da aceitação integral dos termos de uso e das normas contratuais correlatas, que regulam a utilização do serviço, a conduta dos usuários e os mecanismos de cumprimento e fiscalização contratual, e a assimetria informacional acentua-se pela atualização constante desses termos, dificultando ao aderente saber exatamente a que conteúdo contratual se vincula em relação de trato continuado.

A estrutura negocial adesiva dos contratos celebrados entre as plataformas digitais e seus usuários não os afasta da incidência dos princípios gerais contratuais, sejam eles tradicionais ou contemporâneos, tais como a obrigatoriedade, a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Muito ao contrário. O princípio da boa-fé objetiva, consagrado nos arts. 422 do Código Civil e 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, constitui-se em cláusula geral, em uma norma de padrão de conduta que traduz as ideias de lealdade e confiança, proveniente do direito germânico *(Treu und Glauben*), e é também princípio jurídico informador de todo o Direito Civil e do Direito do Consumidor, que tem por fundamentos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, ao exigir respeito recíproco entre as partes, a solidariedade social, ao expressar uma concepção relacional e cooperativa do contrato, e a igualdade material, ao

estabelecer obrigações de correção de assimetrias (MARTINS-COSTA, 2000, p. 124). A doutrina civilista aponta a multifuncionalidade da boa-fé objetiva, que opera em três setores. A função interpretativa dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé (art. 113). A função de limite ou controle estabelece que viola a boa-fé aquele que comete abuso de direito, exercendo seus direitos subjetivos de forma manifestamente excessiva em relação aos seus fins econômicos e sociais, previsto como ilícito objetivo no art. 187, com responsabilidade independente de culpa e fundada em critério objetivo-finalístico (Enunciados 37 e 617 do Conselho da Justiça Federal). A função de integração, positivada no art. 422, traduz a noção de que a boa-fé é fonte de deveres anexos de cooperação, proteção e informação, que se impõem independentemente da vontade das partes e cuja violação configura a violação positiva do contrato (TARTUCE, 2023, p. 1196-1198).

A função social do contrato, cláusula geral prevista no art. 421 do Código Civil, também tem fundamento constitucional e funciona como limite à autonomia da vontade de feição individualista, transformando-a em autonomia privada obediente à dimensão social e às normas constitucionais, ao mesmo tempo em que legitima constitucionalmente a liberdade contratual. Os negócios jurídicos devem ser causais e cumpridores de sua função social, na perspectiva da valorização do ser humano (ROSENVALD, 2018, p. 437-438). A doutrina costuma dividir a função social do contrato em dois planos, interno e externo. Na função social sob a ótica interna, o contrato é examinado sob a perspectiva de uma relação jurídica entre partes às quais se impõe o respeito à lealdade e à boa-fé, com a finalidade de alcançar uma maior igualdade material e o respeito à dignidade dos contratantes. Já na função social sob a perspectiva externa, os contratos irradiam efeitos jurídicos que se projetam para além das partes, tornando-se oponíveis a terceiros, em verdadeira mitigação do princípio da relatividade entre contratantes, projeção que se traduz em um dever geral de abstenção, pelo qual se impõe à coletividade a obrigação de não interferir indevidamente em relações obrigacionais em curso, nem de ser afetada negativamente por elas. Nessa linha, valem as lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery a respeito dos efeitos dos contratos sobre terceiros, com ênfase na situação dos contratos de massa (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1107-1108):

> A cláusula geral da função social constitui se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (...), dada a sua condição de fator de repercussão no convívio da própria sociedade – utilidade pública (...) As disposições contratuais, notadamente as dos contratos de massa ou de formulários de futuros contratos de adesão, podem atingir outras pessoas além dos contratantes, razão pela qual o controle de sua função social é absolutamente imprescindível.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota esse posicionamento, destacando a atual eficácia transobjetiva das obrigações (REsp 1.895.272/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 26 abr. 2022). Segundo o voto condutor, difunde-se a ideia de que os contratos são protegidos por deveres de confiança, os quais se estendem a terceiros em razão da cláusula de boa-fé objetiva, pois, da mesma forma que um terceiro está protegido de contratos que possam vir a lhe prejudicar, os contratantes também estão protegidos da conduta de terceiro que possa prejudicar o vínculo, de modo que o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, nem pode ele associar-se a uma das partes para descumprir a obrigação, hipótese em que seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação (PENTEADO, 2006, p. 36-37).

A função social do contrato em sua feição externa exerce um papel ainda mais importante quando se examina a natureza jurídica inovadora das relações contratuais interdependentes entre os usuários e as plataformas digitais. Os contratos celebrados entre usuários e plataformas digitais não podem ser adequadamente compreendidos como vínculos bilaterais isolados. Embora formalmente estruturados como contratos de adesão firmados individualmente com a plataforma, tais instrumentos não esgotam seus efeitos na relação vertical usuário-provedor. A interpretação estritamente bilateral desses contratos desconsidera que eles operam em um ambiente relacional complexo, no qual a execução de cada vínculo individual repercute diretamente sobre uma pluralidade de outros sujeitos igualmente contratantes. Nesse contexto, os contratos

de plataformas digitais configuram verdadeiras redes contratuais, compostas por um conjunto de relações interdependentes orientadas à realização de um objetivo comum, a criação, circulação e valorização de conteúdo e atenção no ambiente digital. O conteúdo produzido por determinados usuários constitui pressuposto essencial para a utilidade econômica e social do serviço fruído por outros, de modo que as condutas contratuais individuais passam a integrar uma lógica de coordenação funcional típica das redes contratuais, e não de contratos atomizados (ELKIN-KOREN; DE GREGORIO; PEREL, 2022; EICK,).

A plataforma digital atua, nesse arranjo, como polo organizador da rede, fornecendo a infraestrutura técnica, econômica e normativa que permite a interação entre os diversos participantes, sem, contudo, esgotar o centro de imputação das expectativas jurídicas relevantes. Os termos de uso e as diretrizes comunitárias desempenham função coordenadora de uma estrutura policêntrica, na qual a confiança sistêmica e as expectativas legítimas dos membros da rede assumem relevo interpretativo. Reconhecer essa natureza relacional é decisivo para submeter o exercício de poderes unilaterais da plataforma, como a moderação de conteúdo ou a suspensão de contas, a um controle jurídico compatível com a função econômica e social do conjunto contratual.

## 5 OS REMÉDIOS DA PLATAFORMA COMO DIREITOS FORMATIVOS

### 5.1 A dupla relação: dever contratual violado e direito formativo sem dever correlato

Convém desfazer, de início, um equívoco que a exposição apressada da categoria costuma provocar. Afirmar que ao direito formativo não corresponde dever não significa negar a existência do dever contratual nem o seu descumprimento. Há dever contratual, e ele foi violado. O que não possui correlato em dever é o direito formativo, e não a relação obrigacional de base. Duas relações se

sobrepõem no mesmo suporte fático. Na primeira, de natureza obrigacional, o usuário assume o dever de observar os padrões da comunidade, e a sua transgressão configura inadimplemento, ilícito relativo. Dessa transgressão nasce a segunda relação, na qual a plataforma titulariza um direito formativo modificativo ou extintivo, e a esse direito corresponde, do lado do usuário, não um novo dever, mas sujeição. O inadimplemento é, portanto, elemento do suporte fático do direito formativo, seu pressuposto de nascimento, e não o fato gerador de uma sanção reparatória. A cadeia correta não enuncia que inexiste dever violado, e sim que o direito formativo é, ele próprio, insuscetível de violação, porque a violação se dá na relação-base e constitui a condição de que o direito formativo emerge.

## 5.2 Genealogia da categoria

A classificação tradicional dos direitos subjetivos, erguida sobre a contraposição entre direitos reais e direitos de crédito, não acomodava certas posições em que o titular produz, por ato unilateral, efeito jurídico na esfera alheia sem que o atingido tenha conduta a prestar ou meio de impedir. A insuficiência foi percebida pela doutrina alemã do século XIX, que isolou posições cujo conteúdo não consiste em exigir comportamento de outrem, e sim em poder juridicamente, de modo que o efeito decorre do próprio exercício e dispensa cooperação alheia. A categoria consolidou-se na passagem para o século XX, por elaborações simultâneas e independentes nas doutrinas alemã e italiana, firmando-se a definição que se tornaria corrente, segundo a qual existe direito autônomo sempre que o ordenamento conecta ao ato lícito unilateral de um sujeito o surgimento de efeitos jurídicos novos e inevitáveis para aquele em cuja esfera se produzem. Do direito material a figura transitou para o processo, com o reconhecimento das sentenças de eficácia constitutiva, e depurações sucessivas fixaram-lhe os contornos, sobretudo quanto à posição correlata de quem apenas suporta o exercício, sem nada dever e sem nada poder opor.No Brasil, a recepção é obra de Pontes de Miranda, que verteu *Gestaltungsrecht* por direito formativo e propôs a tripartição hoje corrente entre

formativos geradores, formativos modificativos e formativos extintivos, advertindo que nenhum deles é destituído de sujeito passivo, porque há sempre esfera jurídica alheia sobre a qual se opera a eficácia do exercício (PONTES DE MIRANDA, 1955). A elaboração foi continuada por Marcos Bernardes de Mello no plano da eficácia e por Clóvis do Couto e Silva na compreensão da obrigação como processo dirigido a um fim, e, no terreno específico da extinção contratual, por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Araken de Assis.

### 5.3 Anatomia do direito formativo

Cinco notas estruturais distinguem a categoria, e todas importam ao caso. A primeira é que ao direito formativo não corresponde dever, mas sujeição, a Unterwerfung da doutrina alemã. O sujeito passivo nada deve fazer, nada pode fazer, e nada lhe é exigido, apenas suporta a modificação em sua esfera. A segunda é que o direito formativo é insuscetível de violação, pois, inexistindo dever correlato, não há o que descumprir, e ou se exerce, e o efeito se produz, ou não se exerce, e nada se produz. A terceira é que o seu exercício é ato lícito unilateral, na precisa fórmula de Chiovenda, de modo que quem o exerce não pratica ato ilícito nem retribui ato ilícito, mas atua posição que a ordem lhe confere, por declaração receptícia e, na cláusula resolutiva expressa, sem necessidade de intervenção estatal, porquanto opera de pleno direito (art. 474 do Código Civil). A quarta é que a medida do efeito é a relação, e não o dano. A responsabilidade civil mede-se pela extensão do dano (art. 944), ao passo que o efeito do direito formativo extintivo é a extinção do vínculo, idêntica quer o inadimplemento tenha causado dano de monta, quer não tenha causado dano algum, o que revela que não é reparação.

A quinta nota é o regime extintivo. Pretensões prescrevem (art. 189), ao passo que os direitos formativos, quando submetidos a prazo, extinguem-se por decadência, cujo regime geral se encontra nos arts. 207 a 211. A formulação exige precisão que a exposição corrente costuma dispensar, porque esses dispositivos disciplinam a

decadência sem operar atribuição automática de prazo a toda posição formativa, e o direito de resolver fundado em cláusula resolutiva expressa dificilmente se sujeita a prazo decadencial legal, encontrando limite no exercício conforme a boa-fé, na figura da *suppressio*. A dualidade de regimes permanece, ainda assim, índice seguro de dualidade de naturezas, pois o que prescreve é a pretensão a uma prestação, e o direito formativo não tem prestação a exigir.

### 5.4 Direitos formativos não são sanção: normas que conferem poderes e normas que impõem deveres

A demonstração se completa pelo confronto com o conceito de sanção. Na construção de Kelsen, sanção é a consequência que a norma imputa ao ilícito, sendo a imputação o vínculo normativo, e não causal, entre o ilícito e a sua consequência. Sancionar pressupõe um dever jurídico, a sua violação, um juízo de imputação que atribua a violação a um sujeito e uma consequência aflitiva imposta heteronomamente, medida pelo dano, se reparatória, ou pela censurabilidade, se punitiva. Contra a tentativa de reduzir toda norma a norma sancionatória, Hart forneceu o argumento aqui mais fecundo, ao mostrar que a nulidade não é sanção. Quando o ato não observa a forma legal e não produz efeitos, o direito não pune o agente, simplesmente não lhe confere o resultado jurídico que ele pretendia obter e cujas condições de obtenção não preencheu. A nulidade não é um mal ameaçado que se acresça à conduta, mas parte da definição do próprio poder, e regras que conferem poderes e regras que impõem deveres pertencem a tipos lógicos distintos, cuja confusão deforma a compreensão do direito (HART, 2009).

Transponha-se o argumento. A permanência do usuário na plataforma, a exibição de seu conteúdo, o alcance algorítmico e a participação na receita publicitária são resultados jurídicos que o contrato confere sob condições. Quem não preenche as condições não é punido, apenas não obtém, ou deixa de obter, aquilo cuja obtenção dependia de as preencher. A remoção não acrescenta um mal ao discurso, e sim subtrai um benefício que nunca foi

incondicionado. A diferença entre punir e não conferir é a diferença entre tirar o que é de alguém e não dar o que nunca foi devido, e é sobre ela que repousa a distinção entre os dois tipos de regra.

## 5.5 Qualificação funcional dos remédios da plataforma

A partir dessas premissas, os instrumentos de que dispõe a plataforma qualificam-se por função, e não por rótulo. A rotulagem e a contextualização não são um código penal privado, mas normas de delimitação do objeto contratual, que definem o que a plataforma se dispõe a hospedar e, por exclusão, o que jamais se comprometeu a hospedar, de sorte que sinalizar ou contextualizar conteúdo que as viola não pune o parlamentar, apenas ajusta o modo de execução do contrato. A redução de alcance recai sobre efeito reflexo da ordenação algorítmica do fluxo comunicativo, e não sobre prestação prometida, pois nunca houve promessa de amplificar, e não se pode inadimplir nem qualificar de sanção a não realização de um efeito que jamais foi objeto de obrigação. A desmonetização prospectiva é o caso mais límpido do argumento sobre a não conferição, pois a participação na receita é resultado condicionado ao cumprimento das políticas de conteúdo, de modo que, não preenchida a condição, o direito ao repasse não nasce.

A suspensão temporária admite duas reconstruções, ambas situadas fora da responsabilidade civil. A primeira a compreende como exceção de contrato não cumprido (art. 476), direito dilatório de função defensiva cujo efeito é paralisar a exigibilidade, e não afligir. Essa leitura enfrenta objeção de peso, a de que a exceptio supõe prestações correspectivas e a de que o dever de observar os padrões da comunidade seria dever lateral de conduta, e não contraprestação sinalagmática do dever de hospedar. Precisamente por isso, a segunda reconstrução é preferível, qualificando-se a suspensão como direito formativo modificativo, que altera temporariamente o conteúdo da relação sem extingui-la e que dispensa a correspectividade exigida pelo art. 476. Em qualquer das leituras não surge dever sucessivo de recompor dano.

A resolução do vínculo é o exemplo paradigmático de direito formativo extintivo (arts. 473 a 475), que, havendo cláusula resolutiva expressa, opera de pleno direito, sem juízo constitutivo, e cuja função é liberar o credor do vínculo cujo programa se frustrou e restituir as partes, tanto quanto possível, à situação anterior, e não retribuir. Como observou Couto e Silva (1976), a obrigação é processo dirigido a um fim, e a resolução é a resposta do sistema à frustração desse fim, não ao demérito moral de quem o frustrou.

Distinta de todos esses remédios é a repetição de receitas já repassadas por conteúdo violador, que não é indenização. Se o repasse tinha por causa o cumprimento das políticas de conteúdo, e essa causa não se verificou, a hipótese é de pagamento indevido, e a repetição se funda no art. 876, medindo-se pelo que se pagou sem causa e não pela extensão do dano. Só subsidiariamente se cogitaria do enriquecimento sem causa, e o art. 886 afasta expressamente a restituição por enriquecimento quando a lei confere ao lesado outros meios para se ressarcir. Em qualquer das vias a medida é o proveito indevido, o que a coloca fora do art. 944 e, por consequência, fora da responsabilidade civil. Não se cobra do parlamentar o preço de sua palavra, recupera-se o que lhe foi pago sob causa que não se verificou.

## 6 O CORTE NO ARTIGO 475, A DISTINÇÃO ENTRE ILICITUDE E CONFORMIDADE E O TESTE DO DEVER SUCESSIVO

O próprio Código Civil contém, expressa e articulada, a distinção que aqui se sustenta. O art. 475 estabelece que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. A estrutura do preceito é reveladora. A resolução está no núcleo, a indenização vem acrescentada por oração adverbial, e vem acrescentada porque é outra coisa. Se resolução fosse responsabilidade, a ressalva final seria pleonasmo, e o legislador não precisaria dizer que, além de resolver, cabe indenizar. O Enunciado 31 da I Jornada de Direito Civil

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

do Conselho da Justiça Federal fecha a demonstração ao assentar que as perdas e danos mencionados no art. 475 dependem da imputabilidade da causa da possível resolução. Lido a contrario sensu, o enunciado fornece a chave. As perdas e danos dependem de imputabilidade, e a resolução não, porque responde à frustração objetiva do programa contratual, e não a um juízo de censura dirigido ao devedor.

Objetar-se-á que o enunciado tem em vista causas não imputáveis de resolução, como a impossibilidade superveniente, e não agente imunizado. A observação é exata quanto à hipótese que o inspirou e inofensiva quanto à conclusão que dele se extrai, porque o que ali se afirma é a dependência das perdas e danos em relação ao juízo de imputação, e a imunidade rompe esse juízo com radicalidade não menor do que a do caso fortuito. Sendo idêntica a estrutura, idêntica há de ser a consequência, pouco importando se a imputação falha por ausência de nexo de censurabilidade ou por norma constitucional que a suprime.

A inviolabilidade parlamentar é, precisamente, norma que suprime a imputação. Ela não apaga o fato, que continua a existir e a produzir efeitos políticos, eleitorais e disciplinares, como demonstra o art. 55, II, e sim rompe o vínculo normativo entre o fato e a consequência sancionatória. Aplicada ao art. 475, a garantia opera um corte cirúrgico no interior do próprio dispositivo, fulminando a oração final, porque as perdas e danos dependem da imputabilidade que a Constituição suprimiu, e deixando intacto o núcleo, porque a resolução dela independe. O Código e a Constituição, longe de colidirem, articulam-se com exatidão de encaixe.

Contra essa leitura poderia opor-se a doutrina da tipicidade conglobante, ao argumento de que o que está fomentado e autorizado por uma norma jurídica não pode estar proibido por outra, de modo que a manifestação parlamentar seria materialmente atípica e, por identidade de razão, contratualmente inatingível. A premissa é correta, mas o transporte não. O contrato não proíbe a fala, condiciona a prestação da plataforma. O parlamentar permanece livre para dizer o que disse, em qualquer tribuna, e nenhuma contradição valorativa existe entre o ordenamento fomentar a crítica parlamentar e um particular não estar obrigado a hospedá-la. A contradição só apareceria se o contrato punisse a fala, e é aí, exatamente aí, que o

argumento da unidade da ordem jurídica morde, fulminando a cláusula penal cuja hipótese de incidência seja o discurso protegido, que se torna inexigível, pois a autonomia privada não é via de contorno da Constituição.

Um teste único ordena todo o catálogo. Responsabilidade civil é o dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de dever jurídico originário. A resolução não cria dever sucessivo algum, pois depois dela o parlamentar não deve o que já não devesse, apenas deixa de ter, e o mesmo vale para a remoção, a suspensão e a desmonetização prospectiva. A indenização, a cláusula penal e o regresso da plataforma criam dever sucessivo de pagar, e por isso são responsabilidade e estão barrados. A repetição do que foi pago sem causa cria dever de restituir, e escapa porque a sua fonte não é a violação do dever originário, e sim a ausência de causa do pagamento, medindo-se pelo proveito indevido e não pelo dano. O critério qualifica pela função da consequência, não pelo nome que se lhe atribua.

## 7 AS TRÊS OBJEÇÕES FUNDAMENTAIS

### 7.1 O efeito inibidor e o alcance funcional da garantia

Contra tudo o que se sustentou poderia opor-se objeção de índole funcional, e não formal, que é a mais séria de quantas se dirigem à tese. A imunidade existiria para afastar o constrangimento do discurso parlamentar, e a perda de alcance na infraestrutura hoje dominante do debate público inibiria a manifestação com eficácia superior à de uma condenação indenizatória que o parlamentar, quase sempre, teria meios de suportar. Sendo o efeito inibidor a razão de ser da garantia, seria contraditório admitir que ela barre o menos e tolere o mais.

A objeção supõe premissa que o ordenamento não autoriza, a de que a inviolabilidade assegura ao parlamentar, além da ausência de imputação de consequências, a manutenção das condições fáticas

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

de difusão de sua palavra. O art. 53 subtrai o discurso ao juízo estatal de responsabilização e não impõe a quem quer que seja o dever de amplificá-lo. Inexiste direito subjetivo à difusão algorítmica, e a comparação entre o quantum inibitório de uma medida e o de outra confunde a intensidade do efeito com a natureza jurídica da causa. Fosse decisivo o critério da intensidade, a recusa de um jornal em publicar artigo de parlamentar, ou a decisão de uma emissora de não lhe conceder espaço, converter-se-iam em violação da garantia, o que ninguém sustenta. A imunidade protege contra a imputação, e não contra o silêncio alheio. O que o parlamentar conserva, em medida idêntica à de qualquer usuário, é a proteção procedimental contra a arbitrariedade privada, examinada adiante.

## 7.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a estrutura da imunidade

Objeção mais técnica invoca a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Se o Supremo Tribunal Federal reconheceu, desde o julgamento do RE 201.819, que os direitos fundamentais vinculam também os particulares, sobretudo quando um deles exerce poder privado sobre a esfera jurídica do outro, por que a inviolabilidade do art. 53 não se transmitiria à relação entre o parlamentar e a plataforma?

A resposta está na estrutura da norma invocada. A eficácia horizontal transmite direitos fundamentais, e transmite-os de forma atenuada e ponderada, mediada pelas cláusulas gerais do direito privado. A inviolabilidade parlamentar não é direito fundamental do congressista. Como se assentou na segunda seção, e como reitera a jurisprudência ao qualificá-la de prerrogativa e não de privilégio, trata-se de garantia institucional do Parlamento, de que o parlamentar se beneficia por via reflexa. Sua estrutura é a de norma limitativa de competência, dirigida aos órgãos estatais que imputam consequências jurídicas ao discurso, e não a de posição jurídica subjetiva oponível a todos. Falta-lhe, portanto, o suporte que a eficácia horizontal transporta.

A irrenunciabilidade fornece argumento que se volta contra quem invoca a objeção. Fosse a imunidade direito subjetivo do parlamentar, ele poderia dispor dela ao aderir a termos de uso que preveem moderação, e a adesão valeria como renúncia inválida, o que reconduziria o problema a um exame de validade da cláusula. Sendo garantia institucional, não há renúncia a examinar, porque nada existe de disponível, e, por não se tratar de posição subjetiva pessoal, tampouco há o que transmitir à relação privada. Os dois caminhos conduzem ao mesmo destino.

### 7.3 Poderes privados, transporte obrigatório de conteúdo e o direito comparado

Resta a objeção de maior fôlego teórico, sustentada por quem vê nas plataformas dominantes verdadeiros poderes privados de natureza quase pública, ou infraestruturas essenciais do debate democrático, e daí extrai um dever de neutralidade ou de transporte obrigatório de conteúdo político, à maneira das obrigações de *must carry* do direito das telecomunicações e da doutrina das *essential facilities* do direito concorrencial. A conclusão seria a de que a plataforma, ocupando posição estrutural análoga à do espaço público, não disporia da mesma liberdade de recusa que assiste a qualquer particular.

A tese tem mérito descritivo e fraqueza normativa. Descreve com acerto a concentração do fluxo comunicativo e falha ao converter concentração em dever de hospedagem sem mediação legislativa, pois as obrigações de transporte obrigatório decorrem de lei e vêm acompanhadas de regime regulatório completo, com contrapartidas, fiscalização e tutela. Extraí-las por via interpretativa de uma garantia parlamentar significaria criar, contra particular, prestação positiva de conteúdo indeterminado, sem que a Constituição a tenha instituído.

O direito comparado desautoriza o salto. Nos Estados Unidos, a tentativa de responsabilizar plataformas pela moderação de discurso político não prosperou por ausência de *state action* (Trump

v. Twitter, Inc., N.D. Cal., 2022), e a Suprema Corte, em *Moody v. NetChoice* (2024), assentou que a organização e a curadoria do conteúdo pelas plataformas constituem atividade expressiva própria, protegida pela Primeira Emenda, ainda que tenha devolvido os casos às instâncias inferiores para exame mais detido.

## 8 TUTELA CONTRA O ILÍCITO, GARANTIAS PROCEDIMENTAIS E LEGITIMAÇÃO DE TERCEIROS EM REDES CONTRATUAIS

Reunidas as premissas, o parlamentar que dissemina conteúdo desinformativo em desacordo com os termos de uso abusa do exercício de uma prerrogativa contratual de expressão cujos limites são estabelecidos no contrato firmado entre ele e a plataforma, violando os termos de uso e os direitos contratuais de outros usuários do ecossistema informacional formado por uma rede de contratos interdependentes. As políticas de integridade das plataformas descrevem categorias diferentes de desinformação e a elas associam medidas graduadas, com remoção nas hipóteses de contribuição direta para risco de lesão iminente ou de interferência no funcionamento de processos políticos e, para as demais, concentração de esforços na redução da prevalência do conteúdo. Os instrumentos de que dispõe a plataforma em face desse inadimplemento contratual seriam a rotulagem, a diminuição do alcance do conteúdo e a remoção da postagem, a depender da gravidade do ato, segundo diagnóstico da própria plataforma.

Todas essas medidas de tutela do adimplemento contratual caracterizam-se, segundo já estabelecido, como tutela de remoção do ilícito, não do dano, não se configurando como tutela ressarcitória com o objetivo de reparação de danos. Não constituem, por isso, responsabilidade civil, e não violam a imunidade parlamentar prevista no art. 53 da Constituição da República. A rotulagem de conteúdos e a diminuição de alcance, quando previstas nos termos de uso livremente aceitos, não se configuram como sanção nem como forma de responsabilização civil do usuário. Trata-se de medidas de tutela da conformidade contratual, inseridas no exercício regular de

prerrogativa contratual da plataforma, voltadas à adequada execução dos termos de uso. Essas providências preservam a circulação do discurso, não implicam supressão do conteúdo nem imputação de responsabilidade civil, além de se revelarem proporcionais em relação à remoção, na medida em que modulam seus efeitos comunicacionais sem eliminar a manifestação discursiva. Não há atribuição de culpa, dever de indenizar ou efeito punitivo, mas simples adequação do modo de execução do contrato às obrigações assumidas pela própria plataforma no enfrentamento da desinformação, nos limites previamente aceitos pelos usuários.

Em contratos estruturados em rede, a execução do vínculo não se esgota na relação individual entre usuário e plataforma, projetando efeitos juridicamente relevantes sobre terceiros usuários cujas expectativas legítimas dependem da integridade do ambiente informacional compartilhado. Todos os contratantes têm direito à qualidade do ecossistema informacional a que a plataforma se impôs contratualmente. A rotulagem de conteúdos desinformativos e a diminuição de seu alcance atuam como instrumentos de tutela da confiança e de contenção de externalidades negativas, e, ao adotar medidas menos gravosas do que a remoção, a plataforma cumpre obrigação contratualmente assumida de intervir de forma proporcional, em conformidade com a função social do contrato em sua dimensão externa, sem configurar, nem em tese, responsabilização civil do emissor do conteúdo.

A legitimação para provocar essa tutela não se restringe aos polos da relação individual. Quem sofre as externalidades negativas do inadimplemento e integra a mesma rede contratual constitui-se terceiro juridicamente interessado, apto a provocar e a fundamentar a aplicação, pela plataforma, de seus próprios mecanismos contratuais de integridade informacional, com base na eficácia externa da função social dos contratos em rede. A União ilustra a hipótese com nitidez, pois figura como usuária e contratante dessas plataformas, das quais se serve para divulgar suas políticas públicas, possuindo igualmente direitos contratuais cuja defesa se impõe. Enquanto integrante de uma rede contratual que se caracteriza como locus por excelência da esfera pública, também tem direito a um ecossistema informacional com o menor nível de desinformação faticamente possível diante das alternativas tecnológicas disponíveis. Essa obrigação contratual, livremente pactuada entre plataforma digital e todos os seus usuários,

deve ter o seu cumprimento tutelado e fiscalizado de forma abrangente, pois discursos desinformativos comprometem a utilidade do ambiente informacional e interferem no desempenho regular dos contratos em rede pactuados.

Em uma perspectiva comparada de notável utilidade, o art. 22 do *Digital Services Act* institui mecanismo técnico-procedimental de priorização de notificações por sinalizadores de confiança, entidades qualificadas por especialização técnica, independência e objetividade na identificação de conteúdos ilícitos, desenho que concilia proteção à liberdade de expressão com mitigação de abusos discursivos mediante tratamento célere a notificações fundamentadas, sem incorrer em censura prévia.

O direito brasileiro deixou de depender, quanto às garantias procedimentais, de argumento comparativo. Ao julgar os Temas 987 e 533 da repercussão geral (RE 1037396, Rel. Min. Dias Toffoli, e RE 1057258, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 26 de junho de 2025), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19 do Marco Civil da Internet e impôs às plataformas deveres de autorregulação, com sistemas de notificação, devido processo e relatórios de transparência, tese ainda sujeita ao exame de recursos pendentes. O Decreto nº 12.975/2026 regulamentou a matéria e detalhou, como deveres dos provedores de aplicação na moderação de conteúdo, a comunicação ao usuário, a fundamentação da decisão e a disponibilização de meios de contestação, com prazo de adequação encerrado em 20 de julho de 2026. A proteção do parlamentar contra a arbitrariedade privada deixou de ser postulado doutrinário e passou a ser dever positivado, exigível da plataforma nos mesmos termos em que o é perante qualquer outro usuário. O deslocamento confirma a tese aqui sustentada, porque transfere o eixo da controvérsia da imunidade substantiva para o procedimento, terreno em que o parlamentar nada tem a menos e nada tem a mais do que os demais contratantes.

Impõe-se, ao final, distinguir dois planos que a prática administrativa tende a confundir. No plano dogmático, todos os remédios examinados, inclusive a remoção, situam-se fora do âmbito de incidência do art. 53, porque nenhum deles constitui responsabilidade civil. No plano da prudência institucional, há razões consistentes para preferir as medidas informacionais menos

gravosas, como a rotulagem, a contextualização e a redução de alcance, que preservam a circulação do discurso, evitam o litígio sobre os limites da garantia e realizam com menor custo o interesse na integridade do ambiente informacional, em convergência com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade dos provedores.

## 9 CONCLUSÃO

A inviolabilidade do art. 53 da Constituição é indiferente à fonte da obrigação e sensível à função da consequência. No plano cível, ela opera como excludente da eficácia indenizativa do ilícito, e não da ilicitude, barrando toda pretensão de função reparatória ou punitiva cuja causa seja a manifestação protegida, ainda que veiculada sob roupagem contratual, e não alcançando aquilo que não seja responsabilidade civil. A formulação segundo a qual a garantia abarcaria apenas a responsabilidade extracontratual deve ser abandonada como critério, embora o seu núcleo prático se confirme por fundamento mais sólido, pois barrada está a responsabilidade, contratual ou aquiliana, fundada no conteúdo do discurso, inclusive a cláusula penal que tenha a fala por hipótese de incidência.

Os remédios de que dispõe a plataforma não são responsabilidade civil. À remoção, à suspensão e à resolução não corresponde dever do parlamentar, mas sujeição. Não são suscetíveis de violação, seu exercício é ato lícito unilateral, sua medida é a relação e não o dano, e extinguem-se por decadência quando submetidos a prazo, e não por prescrição. Não punem, apenas deixam de conferir resultado jurídico cuja obtenção estava condicionada ao cumprimento das políticas de conteúdo, o que, desde a distinção entre normas que conferem poderes e normas que impõem deveres, se sabe não ser sanção. A ilicitude da violação dos termos de uso subsiste, pois a imunidade neutraliza a eficácia indenizativa do ilícito sem apagá-lo, e a licitude eventualmente conferida pela garantia no plano penal não se confunde com a

conformidade contratual, que se mede pelo programa negocial e não pelo ordenamento geral.

Nenhuma das três objeções fundamentais resiste ao exame. O argumento do efeito inibidor confunde a intensidade do efeito com a natureza jurídica da causa e pressupõe um direito à amplificação que o ordenamento não reconhece. O da eficácia horizontal desconsidera que a imunidade é garantia institucional do Parlamento, norma limitativa de competência, e não posição subjetiva pessoal transmissível às relações privadas. O do transporte obrigatório converte concentração econômica em dever de hospedagem sem mediação legislativa.

A moderação do conteúdo parlamentar é, por conseguinte, lícita, e a plataforma que a exerce não viola a Constituição, desde que observe os deveres procedimentais de informação, motivação, contraditório e revisão, hoje consagrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e detalhados na regulamentação de 2026. O parlamentar conserva íntegra a sua inviolabilidade, que jamais lhe foi retirada, e conserva, contra a arbitrariedade privada, a mesma proteção procedimental que assiste a qualquer usuário. O que ele não tem, e nunca teve, é direito subjetivo à permanência em infraestrutura privada cujas condições de uso aceitou e descumpriu. Legitima-se, ainda, a atuação de terceiros juridicamente interessados na tutela do adimplemento em redes contratuais, orientada por critérios técnicos, procedimentais e por evidências verificáveis, apta a provocar respostas proporcionais aos efeitos sistêmicos da desinformação sem imputação de responsabilidade civil ao parlamentar, preservando-se, a um só tempo, a coerência dogmática do direito privado, a autonomia negocial das plataformas e a autoridade das garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. Código de Defesa do Consumidor comentado. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, [s.d.].

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

EICK, Fernando Gemelli. A teoria das redes contratuais no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.d.].

ELKIN-KOREN, Niva; DE GREGORIO, Giovanni; PEREL, Maayan. Social media as contractual networks: a bottom up check on content moderation. Iowa Law Review, v. 107, p. 987-1049, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil: volume único. Salvador: JusPodivm, [s.d.].

GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MORAES, Guilherme Peña de. In: MORAES, Alexandre de et al. Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CALLEGARI, André Luís. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos contratuais perante terceiros. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Atual. Gustavo Tepedino. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: contratos. v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Art. 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

VILLAREAL, Pedro Vaca. Relatório Especial sobre a Situação da Liberdade de Expressão no Brasil – 2025. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

**Legislação, jurisprudência e atos normativos**

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. III ZR 179/20 e III ZR 192/20. Julgados em 29 de julho de 2021.

ALEMANHA. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, art. 46.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Decreto nº 12.975, de 2026. Regulamenta a moderação de conteúdo pelos provedores de aplicação de internet. Brasília, DF, 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1347443 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 1400-QO. Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5875 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, j. 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 9128 AgR. Rel. Min. Nunes Marques. Tribunal Pleno, j. 13 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 632.115/CE (Tema 950 da Repercussão Geral). Rel. Min. Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1037396 (Tema 987), Rel. Min. Dias Toffoli, e RE 1057258 (Tema 533), Rel. Min. Luiz Fux, j. 26 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.895.272/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, j. 26 abr. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados nº 31, 37 e 617 das Jornadas de Direito Civil. Brasília, DF.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Moody v. NetChoice, LLC, 603 U.S. (2024).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court N.D. Cal. Trump v. Twitter, Inc., 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho (Digital Services Act), art. 22.

# EROSÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICAS NA ESLOVÊNIA: O POPULISMO AUTORITÁRIO DE JANEZ JANŠA E O CONTRAPONTO BRASILEIRO (2020-2026)

*DEMOCRATIC EROSION AND RESILIENCE IN SLOVENIA: JANEZ JANŠA'S AUTHORITARIAN POPULISM AND THE BRAZILIAN COUNTERPOINT (2020-2026)*

**Rogaciano Bezerra Leite Neto**[3]

**RESUMO.**

O artigo examina a experiência eslovena de populismo autoritário durante o terceiro governo de Janez Janša (2020-2022), instrumentalizada pela emergência sanitária da Covid-19, em contraponto com a experiência brasileira sob Jair Bolsonaro. A partir da convergência conceitual apontada por Jan-Werner Müller, da definição ideacional de Cas Mudde e da tipologia de Mark Tushnet e Bojan Bugarič, sustenta-se que o autoritarismo de Janša não se revelou pelo conteúdo das medidas sanitárias, mas pelo modo seletivo de sua operacionalização, voltado à repressão da dissidência, ao ataque ao Poder Judiciário e à imprensa, à captura da mídia pública e ao assédio financeiro contra manifestantes e organizações da sociedade civil. Analisam-se ainda a dimensão europeia da erosão institucional, exemplificada pelo bloqueio da nomeação dos procuradores europeus delegados durante a presidência eslovena do Conselho da União Europeia, e a resposta da sociedade civil eslovena, cuja mobilização contribuiu para a derrota eleitoral de Janša em 2022 e para a consolidação democrática subsequente, chancelada em referendo e na eleição presidencial. O retorno de Janša ao poder em 2026 confirma a advertência de que a resiliência

[3] Bacharel e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado da União. Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

democrática não elimina a ameaça autoritária, que permanece latente em contextos políticos voláteis.

***Palavras-chave*:** populismo autoritário; Eslovênia; erosão democrática; pandemia de Covid-19; resiliência democrática.

## ABSTRACT

*The article examines the Slovenian experience of authoritarian populism during Janez Janša's third government (2020-2022), instrumentalized through the Covid-19 health emergency, in contrast with the Brazilian experience under Jair Bolsonaro. Drawing on the conceptual convergence identified by Jan-Werner Müller, on Cas Mudde's ideational definition and on the typology of Mark Tushnet and Bojan Bugarič, it argues that Janša's authoritarianism was revealed not by the content of the sanitary measures, but by the selective way in which they were operationalized, aimed at repressing dissent, attacking the judiciary and the press, capturing public media and financially harassing protesters and civil society organizations. The article also analyses the European dimension of institutional erosion, exemplified by the blocking of the appointment of the European Delegated Prosecutors during the Slovenian presidency of the Council of the European Union, and the response of Slovenian civil society, whose mobilization contributed to Janša's electoral defeat in 2022 and to the subsequent democratic consolidation, endorsed by referendum and by the presidential election. Janša's return to power in 2026 confirms the warning that democratic resilience does not eliminate the authoritarian threat, which remains latent in volatile political contexts.*

***Keywords*:** authoritarian populism; Slovenia; democratic erosion; Covid-19 pandemic; democratic resilience.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A crise da democracia como tema de estudo da ciência política e da filosofia política mostra-se de permanente interesse. Sob as mais

diferentes perspectivas teóricas, do agonismo cético a respeito da democracia liberal de um neoschmittianismo de esquerda, no qual se incorporam as críticas de Carl Schmitt a um modelo de organização política supostamente estéril, que sufoca a dimensão política da vida, à teoria elitista da democracia de Schumpeter sobre a competição entre elites pelo poder.

Nas primeiras décadas do século XXI, houve um recrudescimento dessa crise democrática em diferentes contextos político-econômicos, para além das controvérsias teóricas, cujas causas, múltiplas, remetem especialmente às promessas não cumpridas da democracia liberal e de sua internacionalização após o fim das polaridades políticas definidas que configuravam as relações internacionais na época da Guerra Fria (para um maior aprofundamento das causas, ver Przeworski, 2020, p. 131-149).

Os diversos eventos políticos das últimas décadas demonstram o equívoco do apressado diagnóstico de Fukuyama (1992), que, com base na dialética do senhor-escravo hegeliana, decretou a vitória da democracia liberal associada à economia de mercado como “o fim da História”, bem como o erro das concepções excessivamente otimistas a respeito da revolução da internet, cujo potencial de verdadeiramente “democratizar a democracia” foi defendido por alguns teóricos da democracia deliberativa e incorporado ao repertório da imprensa internacional.

A literatura sobre a crise da democracia deu um grande salto nos últimos anos com a ascensão de regimes populistas autoritários em diversas partes do mundo, e o objetivo deste breve trabalho é o de analisar um caso específico, o da Eslovênia, especialmente entre os anos de 2020 e 2022.

Um dos motivos para a escolha desse caso em específico se deu em razão de sua menor repercussão na opinião pública internacional quando comparada com os casos de Hungria, Rússia, Polônia e Turquia, para não falar do enorme impacto da ascensão de um populista autoritário como Donald Trump à democracia mais antiga do mundo, a dos Estados Unidos, subvertendo a mitologia criada e impulsionada pelos americanos como expressão de seu *soft power* nas relações internacionais.

Outro dos motivos para a escolha do caso esloveno se deu em virtude de o país ter debelado a ameaça autoritária de forma eficiente, com a participação da sociedade civil, da imprensa e do Judiciário, possibilitando iluminar a própria experiência brasileira. Ambos os países conseguiram ser bem-sucedidos em retirar do poder líderes populistas autoritários de forma célere, embora não tenham dissipado as ameaças autoritárias, pois, em ambos os países, os populistas de extrema direita ainda contam como forças políticas relevantes com capacidade para retornarem ao poder, muito a depender dos contextos políticos futuros de natureza volátil.

O desenvolvimento posterior dos acontecimentos confirmou essa advertência com uma velocidade que poucos analistas anteciparam. Nas eleições parlamentares de março de 2026, o partido de Janez Janša praticamente empatou com a força governista e, diante do fracasso das negociações de coalizão conduzidas por Robert Golob, Janša retornou ao cargo de Primeiro-Ministro pela quarta vez, em maio de 2026, à frente de uma coalizão de direita.

O caso esloveno oferece, assim, um ciclo completo de ascensão autoritária, resistência, alternância e retorno, cuja análise interessa diretamente ao debate contemporâneo sobre a durabilidade da resiliência democrática, e é sob essa perspectiva que as seções seguintes o examinam.

## 2 O CASO ESLOVENO: O POPULISMO AUTORITÁRIO DE JANEZ JANŠA

### 2.1 O problema conceitual do populismo

Antes de se analisar propriamente o caso esloveno, é necessário, mesmo para um trabalho de menor envergadura como este, adotar uma posição sobre a extremamente problemática definição de populismo.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

O populismo tem uma história longa e se caracteriza pela polissemia e pela ambiguidade. Para os fins deste trabalho, como observa Jan-Werner Müller, o populismo, apesar das diversas elaborações, converge, para muitos analistas, na sua hostilidade ao paradigma do constitucionalismo liberal, na rejeição ao sistema de freios e contrapesos, aos obstáculos institucionais à expressão da "verdadeira vontade do povo" e à proteção das minorias por meio de direitos fundamentais (Müller, 2017, p. 89). Há uma relação direta entre um povo dotado de homogeneidade, num nível mítico, lírico e emotivo (Incisa, 1998, p. 981), com uma liderança política que expressa essa vontade popular de forma genuína, sem os entraves institucionais e paralisantes da democracia liberal. Nesse sentido, deve-se ressaltar que o populismo pode configurar-se como de esquerda (Rafael Correa, no Equador) ou de direita (Viktor Orbán, na Hungria), com características específicas relacionadas, por exemplo, ao ideário econômico e ao etnocentrismo (Tushnet; Bugarič, 2021, p. 76-88).

Ainda na formulação de Müller, o traço distintivo do populismo, aquele que o separa de qualquer crítica legítima às elites, é o antipluralismo, a pretensão de monopólio moral da representação. O populista sustenta que ele, e somente ele, representa o povo verdadeiro, do que decorre a desqualificação dos adversários políticos como inimigos ilegítimos e a dos cidadãos que não o apoiam como algo menos do que integrantes autênticos do povo (Müller, 2017). Essa pretensão explica por que o populista no poder tende a tratar as derrotas institucionais, sejam judiciais, eleitorais ou parlamentares, como fraudes ou conspirações, e por que a sua permanência no governo pressiona estruturalmente os mecanismos de controle, ainda quando as formas constitucionais permanecem intactas na superfície.

A essa convergência normativa soma-se a definição ideacional que se tornou dominante na ciência política empírica, formulada por Cas Mudde, para quem o populismo é uma ideologia de núcleo rarefeito (*thin-centered ideology*) que divide a sociedade em dois campos homogêneos e antagônicos, o povo puro e a elite corrupta, e que concebe a política como expressão direta da vontade geral popular (Mudde, 2004, p. 543). Por ser rarefeita, essa ideologia necessita acoplar-se a ideologias hospedeiras mais densas, como o nacionalismo ou o socialismo, o que explica a plasticidade do

fenômeno e a sua manifestação em polos opostos do espectro político. A definição ideacional tem a vantagem metodológica de permitir a comparação entre casos tão distintos quanto os latino-americanos e os centro-europeus, sem diluir o conceito na mera retórica antielitista que qualquer ator político eventualmente mobiliza.

Registre-se, por dever de honestidade intelectual, a existência de uma tradição teórica que recusa o tratamento do populismo como patologia da democracia. Para Ernesto Laclau, o populismo constitui uma lógica de articulação do político, por meio da qual demandas sociais heterogêneas se unificam em cadeias de equivalência em torno de significantes vazios, de modo que a construção discursiva de um povo seria operação constitutiva de toda política transformadora (Laclau, 2013). A adoção, neste trabalho, da perspectiva de Müller não implica ignorar essa objeção, mas decorre do próprio objeto analisado. O

que se examina no caso esloveno não é a mobilização popular de demandas insatisfeitas, e sim a utilização do repertório populista por um governante no exercício do poder para erodir os controles institucionais da democracia constitucional, hipótese em que a lente normativa do constitucionalismo se mostra mais adequada do que a lente descritiva da teoria do discurso.

## 2.2 O contexto esloveno e a trajetória de Janez Janša

Feitos esses breves comentários, é necessário contextualizar a situação eslovena. A Eslovênia localiza-se na Europa Central, tem cerca de 20 mil quilômetros quadrados de território e cerca de 2 milhões de habitantes, a população é majoritariamente católica, e o país apresenta um alto Índice de Desenvolvimento Humano (0,931), bem como uma alta renda *per capita* e uma baixa desigualdade econômica (índice de Gini de 23,4). Ao longo de sua História, fez parte do Império Bizantino, do Império Carolíngio e do Império Habsburgo, integrando o Reino da Iugoslávia entre 1918 e 1941, quando, na Segunda Guerra Mundial, foi anexada por Itália, Alemanha e Hungria,

e voltou a fazer parte da Iugoslávia entre 1945 e 1991, ocasião em que se tornou um Estado independente. Em 2004 ingressou na União Europeia e na OTAN, em 2007 passou a integrar a Zona do Euro e em 2010 tornou-se membro da OCDE.

Embora devamos enfatizar o período turbulento no qual Janez Janša tornou-se Primeiro-Ministro pela terceira vez, entre março de 2020 e maio de 2022, é importante destacar que ele ocupou o mesmo cargo por duas outras vezes, entre 2004 e 2008 e entre 2012 e 2013. Janša é líder do Partido Democrático Esloveno (SDS), que se situa à direita do espectro político, conservador, nacionalista, populista e com retórica xenofóbica.

A confirmação de Janša como Primeiro-Ministro se deu no dia 13 de março de 2020, praticamente coincidindo com o início da pandemia de Covid-19, tendo esse contexto turbulento marcado definitivamente esse último período em que liderou o país.

Janša, ex-marxista em sua juventude, tornou-se posteriormente um populista demagogo, anti-intelectual, nacionalista, anticomunista, xenofóbico e autoritário. E foi com esses atributos que tomou atitudes políticas bastante controversas durante seu terceiro período como Primeiro-Ministro, entre os anos de 2020 e 2022 (Pajnik; Kuhar; Šori, 2016, p. 141).

A crise de refugiados ocorrida no primeiro semestre de 2015, período em que houve o deslocamento de centenas de milhares de pessoas de países islâmicos, sobretudo da Síria e da Líbia, estimulou o crescimento das forças populistas de direita em países da Europa Central e do Sul próximos à Eslovênia, como Croácia, Áustria, Hungria e Itália. Embora o SDS, partido de Janša, tenha obtido votação expressiva nas eleições parlamentares de 2018, não conseguiu formar uma coalizão de governo, o que resultou na ascensão ao cargo de Primeiro-Ministro de Marjan Šarec, liderando um governo de minoria apoiado pelo partido de esquerda Levica, que exigiu, como moeda de troca para o apoio, o fim de muitas medidas de austeridade fiscal derivadas da crise financeira internacional de 2008. Porém, após uma grande controvérsia sobre o sistema de saúde esloveno, houve um rompimento que desencadeou a formação de um terceiro

período de Janša como Primeiro-Ministro, em março de 2020 (Boros; Bőtös, 2018, p. 4; Tiedemann *et al.*, 2022, p. 23).

Janša tem como declarados modelos Donald Trump e Viktor Orbán. Destacam-se, no seu ideário político, a defesa do direito de os cidadãos possuírem armas de fogo, a rejeição aos imigrantes não brancos e a preservação de uma família tradicional e heterossexual, opondo-se ao casamento de pessoas do mesmo sexo, o que fez de forma bem-sucedida em um referendo sobre o tema em 2015, com o apoio da Igreja Católica. Janša também critica de forma muito agressiva e recorrente, especialmente em suas redes sociais, a imprensa tradicional, que considera manipuladora; opõe-se à pauta ambiental por meio de uma retórica de negacionismo climático e explora teorias da conspiração envolvendo George Soros, um alvo recorrente dos populistas de extrema direita, bem como costuma apontar uma suposta influência encoberta do antigo serviço secreto iugoslavo sobre os acontecimentos na Eslovênia (Tiedemann *et al.*, 2022, p. 23).

## 2.3 A pandemia como oportunidade autoritária: o contraste com o Brasil

O esboço das tendências autoritárias de Janša se intensificou em março de 2020, quando assumiu o governo após a renúncia do Primeiro-Ministro, sem novas eleições, poucos dias após a OMS declarar o estado de pandemia. A conjuntura de uma crise mundial de gravidade e alcance sem precedentes favoreceu uma agenda de concentração de poder autoritária em detrimento dos outros poderes, da imprensa e da sociedade civil, provocando o fortalecimento do Poder Executivo como núcleo de uma estratégia recorrente entre líderes autoritários, que expandem seu poder e enfraquecem os freios e contrapesos, instituindo estados de exceção.

Algo importante a se destacar é a postura de Janša em comparação com a de Bolsonaro relativamente às restrições de mobilidade por meio de *lockdowns* e à política de vacinação

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

obrigatória durante a pandemia. Embora ambos, como outros políticos populistas autoritários de direita, convirjam em pautas contrárias aos direitos humanos, à emergência climática e às elites globais que não entendem as reais necessidades do povo, acessíveis somente a esses líderes carismáticos, as reações legais e institucionais de Bolsonaro e Janša foram diametralmente opostas, tendo em comum, porém, o objetivo de enfraquecimento da democracia e a centralização do poder por meio da instrumentalização da emergência sanitária.

Jair Bolsonaro, como se sabe, adotou uma postura radical de enfrentamento às medidas de isolamento social, por considerá-las prejudiciais à economia. Minimizou, além disso, contra todas as evidências científicas, a gravidade da situação e da doença, que chegou a causar mais de 3 mil mortes diárias em determinado pico da segunda onda. Também sabotou as políticas de vacinação e promoveu tratamentos alternativos sem eficácia comprovada (cloroquina, ivermectina), mesmo quando a ineficácia já havia sido demonstrada por estudos científicos, após o primeiro momento de experimentação de tratamentos que caracterizou o início da pandemia. Para implementar suas medidas, confrontou duramente os governadores e a Suprema Corte brasileira, que conseguiram conter, ao menos em parte, os danos enormes à saúde pública.

Janez Janša, por sua vez, adotou, durante a crise pandêmica, medidas restritivas, implementando *lockdowns* parciais e depois totais durante a segunda onda, restringindo atividades esportivas, eventos coletivos e viagens entre regiões, o que provocou uma enorme redução de deslocamentos na Eslovênia. Também adquiriu rapidamente vacinas e determinou a vacinação obrigatória de todos os funcionários públicos, o que foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional esloveno, por falta de sustentação legal, comprovando o funcionamento do sistema de *checks and balances* durante a pandemia, tal como no Brasil com a atuação do Supremo Tribunal Federal, a despeito das considerações substantivas a respeito das decisões, se restritivas ou liberatórias em cada um dos países.

Ademais, o governo Janša introduziu o passaporte vacinal compulsório para acesso a locais como escritórios comerciais, hospitais, restaurantes, *shoppings* e outros espaços de uso coletivo,

o que acabou provocando muitos protestos na capital, Ljubljana, em um contexto de baixa adesão vacinal, pouco abaixo de 50%, número bem inferior ao de outros membros da União Europeia à época (Associated Press, 2021), o que provavelmente também se explica por peculiaridades culturais. Nisso a Eslovênia distingue-se da cultura vacinal brasileira, única no mundo, cuja aceitação era quase unânime, mas que a desinformação promovida por Bolsonaro e seus apoiadores conseguiu abalar.

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que Janša agiu de acordo com os líderes das grandes democracias mundiais. Mas o autoritarismo, aqui, não se revela pelo caráter das medidas pró-saúde e pró-vacina; a análise deve observar o instrumental, o modo como tais medidas foram efetivadas. Um governo de emergência legítimo difere de um ilegítimo pela forma como operacionaliza as suas medidas para o enfrentamento de determinada crise.

Janša utilizou-se seletivamente de restrições sanitárias com o objetivo de reprimir violentamente manifestações políticas de dissidentes, e o uso excessivo da força policial e a imposição disseminada de multas marcaram os protestos da sociedade civil eslovena nesse período, criminalizando-se a dissidência. Aproveitou-se o contexto de emergência sanitária para restringir as atividades de organizações não governamentais e de movimentos sociais críticos ao governo. Enquanto isso, os protestos pró-governo ou de grupos aliados recebiam um tratamento bem mais leniente, tornando explícita a seletividade da rigidez das medidas de política sanitária (Novak; Lajh, 2023, p. 30).

## 2.4 A erosão institucional: Judiciário, imprensa e sociedade civil

Durante a pandemia, Janša aproveitou-se do contexto político para atacar reiteradamente o Poder Judiciário, que se contrapunha ao seu modo de governar por meio de decretos (cerca de 2 mil), considerando-os ilegais e inconstitucionais, adotando estratégia comum entre os líderes populistas autoritários, a de enfraquecer a

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

democracia por meio da fragilização dos freios e contrapesos entre os poderes, notadamente o Poder Judiciário, marcado por um maior insulamento político. Nesse sentido, nomeações de Janša para o Tribunal Constitucional sofreram muitas críticas da opinião pública, como a de Rok Svetlič, em novembro de 2021, após várias votações frustradas no Parlamento. Organizações da sociedade civil apontaram a falta de experiência jurídica do nomeado e o seu alinhamento ideológico com o governo Janša, o que, embora não configure um *court packing* formal, como em outros países cujo processo de erosão democrática está mais avançado, constituiu-se em uma tentativa de tornar o Tribunal ideologicamente amigável ao Poder Executivo em um período de confronto existencial entre os dois poderes num contexto emergencial.

A criminalização da dissidência assumiu, ademais, a forma do assédio financeiro. A partir de dezembro de 2021, a Procuradoria do Estado, a pedido do Ministério do Interior, ajuizou ações de cobrança contra manifestantes pelos custos do policiamento de protestos não registrados, estratégia que teve como alvo preferencial o diretor de teatro Jaša Jenull, uma das figuras mais visíveis dos protestos das sextas-feiras. Jenull recebeu três cobranças sucessivas, de 2.255 euros, de 3.778 euros e de aproximadamente 34 mil euros, esta última relativa a um protesto de junho de 2020 no qual os manifestantes se sentaram na Praça da República para ler em voz alta a Constituição, além de mais de 10 mil euros em multas por contravenções, e as autoridades anunciaram a intenção de cobrar dos manifestantes, no conjunto, valores superiores a 970 mil euros (Amnesty International, 2022).

A Comissária de Direitos Humanos do Conselho da Europa, Dunja Mijatović, qualificou a prática como perseguição financeira e administrativa de ativistas, incompatível com as obrigações internacionais da Eslovênia em matéria de liberdade de reunião pacífica, e juristas eslovenos a caracterizaram como modalidade de ação judicial estratégica contra a participação pública, na sigla inglesa SLAPP (Council of Europe, 2022). O Tribunal Constitucional, aliás, já havia declarado inconstitucional, em 2021, a proibição geral de reuniões públicas imposta pelos decretos governamentais, o que reforça o caráter seletivo e retaliatório das cobranças.

Janša também atacou violentamente a imprensa no plano retórico, utilizando-se de uma estratégia de intimidação, especialmente na rede social Twitter, postando tuítes ofensivos e acusações de desinformação, com o objetivo de deslegitimar o jornalismo independente ao tentar erodir a sua credibilidade perante a sociedade, normalizando, por meio da banalização, um ambiente de hostilidade contra os jornalistas. Nesse aspecto, sua conduta se mostra bastante similar à do então Presidente Jair Bolsonaro, que atacava diuturnamente a imprensa, acusando-a de estar "a serviço do comunismo" e em contrariedade à "vontade do povo". Particularmente, ambos se assemelharam nos ataques preferenciais contra jornalistas mulheres, de teor misógino, como apontam os casos de Patrícia Campos Mello, no Brasil, e de Lili Bayer, na Eslovênia, ambas acusadas de propagar desinformação (Euronews, 2021).

Além disso, Janša capturou a mídia pública, no caso a televisão pública eslovena (RTV Slovenija), ao nomear aliados políticos para posições-chave, os quais implementavam uma política editorial restritiva contra os jornalistas, e ao cortar verbas da emissora, mesmo com a imposição legal de transferência de recursos (MFRR, 2022). Também no plano legislativo houve propostas de restrição da liberdade de imprensa, e a participação de jornalistas em protestos pacíficos contra essas propostas ensejou a abertura de processos criminais.

O estrangulamento financeiro atingiu igualmente a Agência Eslovena de Notícias (STA). Ao longo de 2021, o governo suspendeu arbitrariamente o repasse dos recursos públicos devidos à agência por força de lei, colocando em risco a sobrevivência do principal serviço nacional de notícias, episódio que, somado aos ataques do Primeiro-Ministro a jornalistas eslovenos e estrangeiros, foi objeto de reiteradas manifestações de preocupação de organizações internacionais de defesa da liberdade de imprensa e de parlamentares europeus, e contribuiu para a queda da Eslovênia no ranking mundial de liberdade de imprensa dos Repórteres Sem Fronteiras (EU Reporter, 2021). O financiamento somente foi restabelecido ao final daquele ano, após acordo celebrado sob intensa pressão pública e europeia.

As ações do governo Janša também se voltaram contra organizações da sociedade civil, com o objetivo de silenciamento das

críticas. As tentativas de interferência passaram do plano retórico ("enviados de Soros") para ações concretas. Em outubro de 2020, o governo ameaçou despejar 18 ONGs de um centro cultural em Ljubljana e tentou interferir no financiamento dessas organizações.

A erosão institucional promovida por Janša projetou-se, ainda, sobre o plano supranacional, no episódio que talvez tenha causado o maior desgaste do governo perante as instituições europeias. Às vésperas do início das operações da Procuradoria Europeia (EPPO), em 1º de junho de 2021, Janša anulou a indicação dos dois procuradores europeus delegados selecionados pelo Conselho de Procuradores esloveno, Tanja Frank Eler e Matej Oštir, o que provocou a renúncia da Ministra da Justiça, Lilijana Kozlovič, e deixou a Eslovênia como o único dos 22 Estados participantes sem representação no novo órgão, encarregado justamente de investigar fraudes contra o orçamento da União Europeia (Nielsen, 2021). A Procuradora-Chefe Europeia, Laura Kövesi, acusou as autoridades eslovenas de manifesta falta de cooperação leal, apta a comprometer a confiança nos sistemas de controle dos fundos europeus no país, e o constrangimento se agravou pela coincidência com a presidência eslovena do Conselho da União Europeia, exercida no segundo semestre de 2021, quando a própria Presidente da Comissão Europeia instou publicamente Janša a concluir as nomeações.

O impasse somente se resolveu em novembro de 2021, depois que o tribunal administrativo esloveno invalidou a anulação promovida pelo governo, e os mesmos candidatos originalmente vetados terminaram nomeados (Van Gaal, 2021). O episódio ilustra a relevância dos mecanismos supranacionais de condicionalidade e de fiscalização do Estado de Direito como camada adicional de resistência à erosão democrática em Estados-membros da União Europeia, camada de que não dispõem democracias situadas fora de estruturas regionais de integração densa, como a brasileira.

O saldo agregado desse conjunto de práticas foi registrado pelos índices internacionais de qualidade democrática. Segundo a avaliação da Freedom House, a Eslovênia experimentou, durante o mandato de Janša, o mais acentuado declínio democrático da Europa Oriental e da Ásia Central, em razão das tentativas continuadas de solapar o Estado de Direito e as instituições democráticas, notadamente a mídia e o Judiciário, o que levou o monitoramento

internacional do espaço cívico a rebaixar a classificação do país e a incluí-lo em lista de observação já em 2021 (Civicus, 2022).

Trata-se de constatação relevante para a tese aqui defendida, pois demonstra que a degradação institucional de um país de alta renda, baixa desigualdade e sólida integração europeia pôde consumar-se em prazo inferior a dois anos, o que recomenda abandonar a suposição, ainda difundida, de que o desenvolvimento socioeconômico imuniza as democracias contra a erosão.

## 3 A RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA E O DESFECHO

Diante das ações do governo Janša, a sociedade civil eslovena agiu em diversas esferas, resistindo ao que considerava uma extrapolação autoritária, de maneira criativa e multidimensional, por meio de protestos semanais regulares por um período de dois anos, mesmo com as restrições de circulação na pandemia (os “protestos das sextas-feiras”), com uso de bicicletas, organizados em redes sociais por grupos cívicos, jornalistas, acadêmicos e ambientalistas. A atuação da imprensa e das organizações não governamentais também contribuiu para a derrota de Janša nas eleições parlamentares de 2022. Robert Golob assumiu como Primeiro-Ministro com uma plataforma de restauração da democracia e das liberdades, demonstrando uma resiliência democrática ausente em outros países, mas presente também no Brasil, que conseguiu resistir ao populismo autoritário de Bolsonaro graças à atuação forte do STF em defesa da Constituição, da imprensa livre e da sociedade civil, esta de forma mais tímida do que a sociedade civil eslovena, que, mesmo nos períodos mais difíceis da pandemia, não deixou de se mobilizar em defesa da democracia, assumindo um maior protagonismo na queda de Janša em 2022 (Forbici, 2024, p. 74-77).

O período imediatamente posterior à derrota de Janša confirmou a vitalidade da democracia eslovena. Em 27 de novembro de 2022, em referendo triplo provocado pelo próprio SDS, que coletou assinaturas para revogar leis do novo governo, os eleitores

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

confirmaram, com cerca de 62% dos votos, a lei que despolitizou a RTV Slovenija, retirando do Parlamento o poder de nomear os membros dos órgãos de governança da emissora e atribuindo papel central à sociedade civil e aos próprios trabalhadores da empresa (International IDEA, 2022).

A manobra referendária da oposição, concebida para desgastar o governo Golob, terminou por conferir chancela popular direta à reversão da captura da mídia pública. Duas semanas antes, em 13 de novembro de 2022, a advogada Nataša Pirc Musar, ex-Comissária de Informação e reconhecida defensora das liberdades informativas, havia derrotado o candidato apoiado pelo SDS no segundo turno da eleição presidencial, com 53,86% dos votos, tornando-se a primeira mulher a chefiar o Estado esloveno (Freedom House, 2023). O ciclo de reconstitucionalização completava-se, assim, pela via parlamentar, pela via presidencial e pela via referendária direta.

A advertência feita no início deste trabalho quanto à volatilidade dos contextos políticos futuros revelou-se, contudo, profética. Nas eleições parlamentares de 22 de março de 2026, o Movimento Liberdade de Golob obteve 28,6% dos votos e 29 assentos, contra 27,9% e 28 assentos do SDS, a menor margem entre os dois primeiros colocados na história eleitoral eslovena, em campanha marcada pelo escândalo de gravações vazadas atribuídas à empresa de inteligência privada israelense Black Cube, cuja atuação em Ljubljana foi objeto de investigação por suspeita de interferência eleitoral (OSW, 2026). Fracassadas as negociações de Golob para recompor sua coalizão em um parlamento fragmentado em sete forças, Janša articulou uma coalizão de direita de cinco partidos, com 43 assentos, e foi aprovado pela Assembleia Nacional como Primeiro-Ministro pela quarta vez em 22 de maio de 2026 (União Interparlamentar, 2026).

O retorno de Janša ao poder, menos de quatro anos após sua derrota, demonstra que a resiliência democrática verificada em 2022 interrompeu o processo de erosão, mas não eliminou a força política que o conduzia, e transfere para as instituições eslovenas, agora testadas e reformadas, o ônus de conter eventual reedição das práticas autoritárias do período 2020-2022. A despolitização da RTV Slovenija confirmada em referendo, a jurisprudência constitucional

consolidada durante a pandemia e a vigilância das instituições europeias constituem anteparos de que a democracia eslovena não dispunha, ao menos com a mesma solidez, em março de 2020.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso esloveno oferece uma confirmação empírica particularmente nítida da tese, hoje central na literatura sobre a crise da democracia, de que as democracias contemporâneas morrem menos por golpes militares do que pela ação gradual de líderes eleitos que corroem por dentro as instituições incumbidas de contê-los (Levitsky; Ziblatt, 2018).

Janša não suspendeu a Constituição, não fechou o Parlamento nem cancelou eleições. Valeu-se de decretos, nomeações, cortes orçamentários, multas, ações de cobrança e mensagens em redes sociais, instrumentos formalmente disponíveis a qualquer governante, cuja acumulação seletiva e direcionada configura aquilo que a doutrina constitucional comparada denomina retrocesso constitucional (*constitutional retrogression*), o desmonte incremental e juridicamente dissimulado das precondições da democracia constitucional, a saber, as eleições competitivas, os direitos de expressão e associação e a integridade dos órgãos de controle (Ginsburg; Huq, 2018).

A comparação com o Brasil, conduzida ao longo do trabalho, permite extrair uma segunda lição. A erosão democrática não possui um roteiro único nem depende do conteúdo substantivo das políticas adotadas. Bolsonaro sabotou as medidas sanitárias; Janša as implementou com rigor. O que aproxima as duas experiências é o método, a instrumentalização da emergência para concentrar poder, reprimir a dissidência, hostilizar o Judiciário e a imprensa e sufocar a sociedade civil organizada. O critério de aferição do autoritarismo em contextos de crise, como se procurou demonstrar, é operacional, e não material, o que exige dos analistas e das instituições de controle

uma atenção que não se deixe capturar pela aparente razoabilidade das medidas anunciadas.

A terceira lição diz respeito aos agentes da resiliência. Na Eslovênia, o protagonismo coube à sociedade civil, cuja mobilização ininterrupta por dois anos, sob condições sanitárias adversas e sob assédio financeiro estatal, manteve vivo o dissenso público e preparou a derrota eleitoral do governo; no Brasil, o peso maior recaiu sobre o Supremo Tribunal Federal e sobre o sistema eleitoral. Em ambos os países, a imprensa independente desempenhou função insubstituível de documentação e denúncia. Essa distribuição variável dos encargos da defesa democrática recomenda cautela diante de modelos explicativos que apostem em um único guardião da democracia, seja ele judicial, eleitoral ou social, pois a experiência comparada sugere que a resiliência resulta da redundância dos mecanismos de contenção, de modo que a falha de um possa ser suprida pelos demais.

Por fim, o retorno de Janez Janša ao cargo de Primeiro-Ministro em 2026, tal como a persistência do bolsonarismo como força eleitoral relevante no Brasil, adverte contra qualquer leitura triunfalista dos episódios de 2022. A resiliência democrática não é um estado que se alcança, mas uma prática que se exerce continuamente, e a alternância no poder, longe de encerrar o problema do populismo autoritário, apenas reabre, sob novas condições institucionais, o teste permanente a que ele submete as democracias constitucionais. Se as reformas eslovenas do interregno 2022-2026 se mostrarão suficientes para conter um quarto governo Janša é questão que somente os próximos anos responderão, e que faz do pequeno país centro-europeu um dos laboratórios mais instrutivos da política comparada contemporânea.

## REFERÊNCIAS

AMNESTY INTERNATIONAL. *Slovenia*: protestors forced to pay cost of policing: Jaša Jenull. Londres: Amnesty International, 2022.

Disponível em: https://www.amnesty.org/en/documents/eur68/5346/2022/en/. Acesso em: 15 jul. 2026.

ASSOCIATED PRESS. Protests in Slovenia against Covid-19 measures. *AP News*, Ljubljana, 2021. Disponível em: https://apnews.com/article/europe-health-coronavirus-pandemic-slovenia-ljubljana-ed754f3f6d2213685adbb20512e67a91. Acesso em: 15 jul. 2026.

BOROS, Tamás; BŐTÖS, Botond. *Populism report*: special edition: Slovenia. Bruxelas: FEPS – Foundation for European Progressive Studies; Budapeste: Policy Solutions, 2018.

CIVICUS. *Far-right leader Janez Janša loses election, sparking new hope for civic space*. Joanesburgo: Civicus Monitor, 2022. Disponível em: https://monitor.civicus.org/explore/far-right-leader-janez-jansa-loses-election-sparking-new-hope-civic-space/. Acesso em: 15 jul. 2026.

COUNCIL OF EUROPE. Commissioner for Human Rights. *Slovenia*: lawsuits and fines against peaceful demonstrators should be dropped. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2022. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/slovenia-lawsuits-and-fines-against-peaceful-demonstrators-should-be-dropped. Acesso em: 15 jul. 2026.

EU REPORTER. MEPs raise concern over Janša's failure to appoint prosecutors to EPPO and attacks on the media. *EU Reporter*, Bruxelas, 6 jul. 2021. Disponível em: https://www.eureporter.co/politics/2021/07/06/meps-raise-concern-over-jansas-failure-to-appoint-prosecutors-to-eppo-and-attacks-on-the-media/. Acesso em: 15 jul. 2026.

EURONEWS. EU condemns Slovenian PM Janez Janša over insulting journalist. *Euronews*, Lyon, 19 fev. 2021. Disponível em: https://www.euronews.com/2021/02/19/eu-condemns-slovenian-pm-janez-jansa-over-insulting-journalist. Acesso em: 15 jul. 2026.

FORBICI, Goran. Pandemic, populism, and protest: Slovenia's fight for democracy 2020–2022. *In*: MARCZEWSKI, Paweł; FORBICI, Goran; BLAŠČÁK, Fedor. *Resisting the illiberal turn in Poland, Slovenia and Slovakia*. Varsóvia: Fundacja im. Stefana Batorego; Bratislava: Open Society Foundation; Liubliana: CNVOS, 2024. p. 45-87. Disponível em: https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2025/01/Resisting-illiberals-BOOK.pdf. Acesso em: 15 jul. 2026.

FREEDOM HOUSE. *Slovenia*: freedom in the world 2023 country report. Washington, D.C.: Freedom House, 2023. Disponível em: https://freedomhouse.org/country/slovenia/freedom-world/2023. Acesso em: 15 jul. 2026.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018.

INCISA, Ludovico. Populismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 2, p. 980-986.

INTERNATIONAL IDEA. *Slovenia – November 2022*. Democracy Tracker. Estocolmo: International IDEA, 2022. Disponível em: https://www.idea.int/democracytracker/report/slovenia/november-2022. Acesso em: 15 jul. 2026.

LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MEDIA FREEDOM RAPID RESPONSE (MFRR). *Slovenia*: government faces hurdles in effort to depoliticise public broadcaster. Leipzig: MFRR, 2022. Disponível em:

https://www.mfrr.eu/slovenia-government-faces-hurdles-in-effort-to-depoliticise-public-broadcaster/. Acesso em: 15 jul. 2026.

MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, Cambridge, v. 39, n. 4, p. 541-563, 2004.

MÜLLER, Jan-Werner. *O que é o populismo?* Alfragide: Texto Editores, 2017.

NIELSEN, Nikolaj. Slovenia causing headaches for new EU anti-graft office. *EUobserver*, Bruxelas, 12 maio 2021. Disponível em: https://euobserver.com/rule-of-law/151845. Acesso em: 15 jul. 2026.

NOVAK, Meta; LAJH, Damjan. Challenges facing organised interests under a populist right-wing government in Slovenia. *Politics and Governance*, Lisboa, v. 11, n. 1, p. 28-38, 2023. DOI: 10.17645/pag.v11i1.5859.

OSW – CENTRE FOR EASTERN STUDIES. *Parliamentary elections in Slovenia*: a close result with a slight advantage for the Freedom Movement. Varsóvia: OSW, 24 mar. 2026. Disponível em: https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2026-03-24/parliamentary-elections-slovenia-a-close-result-a-slight-advantage. Acesso em: 15 jul. 2026.

PAJNIK, Mojca; KUHAR, Roman; ŠORI, Iztok. Populism in the Slovenian context: between ethno-nationalism and re-traditionalisation. *In*: LAZARIDIS, Gabriella; CAMPANI, Giovanna; BENVENISTE, Annie (ed.). *The rise of the far right in Europe*: populist shifts and 'othering'. Londres: Palgrave Macmillan, 2016. p. 137-160. DOI: 10.1057/978-1-137-55679-0_6.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

TIEDEMANN, Norma; BOLLDORF, Heiko; CATERINA, Daniela; HUKE, Nikolai; OPRATKO, Benjamin; SYROVATKA, Felix. The manifestation of authoritarian populism in Europe: challenging the fragile compromises of liberal democracy. *In*: REGELMANN, Ada-

Charlotte (ed.). *The crisis and future of democracy*. Bruxelas: Rosa-Luxemburg-Stiftung, 2022. p. 18-69.

TUSHNET, Mark; BUGARIČ, Bojan. Varieties of populism. *In*: TUSHNET, Mark; BUGARIČ, Bojan. *Power to the people*: constitutionalism in the age of populism. Nova York: Oxford University Press, 2021. p. 76-88.

UNIÃO INTERPARLAMENTAR. *Slovenia*: National Assembly, March 2026 election results. Genebra: IPU Parline, 2026. Disponível em: https://data.ipu.org/parliament/SI/SI-LC01/election/SI-LC01-E20260322/. Acesso em: 15 jul. 2026.

VAN GAAL, Wester. Slovenia finally appoints 'temporary' EPPO prosecutors. *EUobserver*, Bruxelas, 19 nov. 2021. Disponível em: https://euobserver.com/democracy/153568. Acesso em: 15 jul. 2026.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CPC/2015:

## ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

*THE BINDING NATURE OF JUDICIAL PRECEDENTS AND THE DUTY TO PROVIDE REASONS FOR DECISIONS IN THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE: BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND JUDICIAL INDEPENDENCE*

**Mariana Luiza de Faria**[4]

**RESUMO**

Devido a existência de grande diversidade de decisões proferidas sobre casos semelhantes, o Direito brasileiro, a partir do Código de Processo Civil de 2015 incrementou o uso do sistema de precedentes como uma maneira de proporcionar maior segurança jurídica ao Poder Judiciário. Desta forma, este estudo teve como objetivo geral analisar e refletir sobre a importância da vinculação dos precedentes judiciais e da fundamentação das decisões expressas no CPC 2015 para garantir a segurança jurídica e a independência judicial. Os objetivos específicos foram conceituar e investigar a importância da aplicação dos precedentes judiciais e verificar a necessidade da fundamentação nos casos previstos no CPC/2015.A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica centralizada na análise detalhada e interpretativa das questões jurídicas que envolvem precedentes judiciais e o dever de fundamentação das decisões no CPC de 2015. Com este estudo ficou evidenciada a importância da vinculação dos precedentes judiciais e da fundamentação das decisões expressas no CPC 2015 para garantir a segurança jurídica, a celeridade e a independência judicial.

[4] Mariana Luiza de Faria é graduada em Direito com pós-graduação em Direito do Consumidor.

**Palavras-chave:** Precedentes. Fundamentação. Segurança jurídica. Independência judicial

**ABSTRACT**

Due to the existence of a great diversity of decisions rendered in similar cases, Brazilian law, with the 2015 Civil Procedure Code, increased the use of the precedent system as a way to provide greater legal certainty to the Judiciary. Thus, the main objective of this study was to analyze and reflect on the importance of the binding nature of judicial precedents and the reasoning of decisions expressed in the 2015 CPC to ensure legal certainty and judicial independence. The specific objectives were to define and investigate the importance of applying judicial precedents and to verify the need for reasoning in cases provided for in the CPC/2015. The methodology used in this work was a bibliographic research focused on detailed and interpretative analysis of the legal issues involving judicial precedents and the duty to provide reasoning for decisions in the 2015 CPC. This study highlighted the importance of linking judicial precedents and the reasoning of decisions set out in the 2015 Civil Procedure Code to ensure legal certainty and judicial independence.

**Keywords:** Precedents. Reasoning. Legal certainty. Judicial Independence

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A vinculação aos precedentes judiciais e o dever de fundamentação das decisões no CPC/2015: entre a segurança jurídica e a independência judicial; 2.1 Dos precedentes; 2.2 Fundamentação das decisões; Conclusão; Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Diante da diversidade de decisões proferidas sobre casos semelhantes, o Direito brasileiro, a partir do Código de Processo Civil de 2015 incrementou o uso do sistema de precedentes como uma maneira de proporcionar maior segurança jurídica ao Poder Judiciário.

Este sistema de precedentes possui a capacidade de refletir o momento social, situação que impede um engessamento da estrutura judicial. Assim, utiliza-se de técnicas de interpretação e aplicação, como o distinguishing, e técnicas de superação, como o overruling e o overriding.

Por décadas, existiram divergências na aplicação do direito, causando insegurança jurídica, descumprindo a garantia constitucional da segurança jurídica. Desta forma, os doutrinadores atuais, alguns juristas e filósofos passaram a considerar a aplicação da teoria da interpretação, onde era assegurada a distinção entre texto e norma e como consequência, houve a impossibilidade de o juiz se restringir à enunciação da exata interpretação da lei.

Porém com os precedentes conhecidos, garantiu-se a segurança jurídica, pois será conhecido com antecedência o precedente que será aplicado sem tergiversação e caso necessário será garantida a igualdade de tratamento por meio da segurança jurídica. A busca pela estabilidade jurisprudencial é muito importante, pois confere segurança e transmite ao jurisdicionados a ideia de isonomia, possibilitando que as normas sejam compreendidas de forma assertiva, afastando-se as inúmeras e contraditórias interpretações que geravam incertezas e dificuldades no cumprimento das leis.

Entretanto, um sistema jurídico que visa uma uniformidade da jurisprudência, onde deva prevalecer a integridade, a coerência e a estabilidade das decisões judiciais só serão alcançados quando acontecer uma mudança na cultura jurídica, que deve partir de cada indivíduo e, especialmente, de cada julgador. Do contrário, as mudanças legislativas que vieram com o CPC/2015 permanecerão sem garantir, efetivamente, a isonomia e a segurança jurídica esperadas pela sociedade.

Desta maneira, este artigo científico por meio de análises reflexivas justifica-se diante da necessidade de apresentar aos profissionais do Direito e acadêmicos a possibilidade de uma verdadeira compreensão para garantir a adequada aplicação dos precedentes no Direito Processual Civil.

O objetivo geral deste estudo foi analisar e refletir sobre a importância da vinculação dos precedentes judiciais e da fundamentação das decisões expressas no CPC 2015 para garantir a segurança jurídica e a independência judicial. Os objetivos específicos foram conceituar e investigar a importância da aplicação dos precedentes judiciais e verificar a necessidade da fundamentação nos casos previstos no CPC/2015.

Para a realização deste trabalho optou-se como metodologia pela pesquisa bibliográfica centralizada na análise detalhada e interpretativa das questões jurídicas que envolvem precedentes judiciais e o dever de fundamentação das decisões no CPC de 2015. Esta abordagem permitiu uma melhor compreensão dos critérios legais e dos princípios doutrinários que fundamentam a configuração destas prerrogativas no direito brasileiro. A pesquisa bibliográfica foi realizada em livros e em sites jurídicos. Estes expedientes foram importantes para dar suporte e embasamento teórico ao trabalho por meio pareceres de juristas, o que proporcionou uma base sólida e diversificada, permitindo um estudo abrangente e atualizado sobre o tema.

## 2 A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CPC/2015: ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

O Código de Processo Civil (CPC/2015) ao prever expressamente a força vinculante de determinados precedentes (art. 927), objetivou fortalecer a segurança jurídica e a isonomia. Ao mesmo tempo exige uma fundamentação detalhada das decisões judiciais (art. 489, § 1º), inclusive nos casos de aplicação, distinção (distinguishing) ou superação (overruling) de precedentes, visando assim, preservar a independência judicial e garantir a segurança jurídica, elementos que serão estudados e analisados no decorrer deste estudo.

## 2.1 Dos precedentes

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, empregado como embasamento para formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior, ou seja, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente. (CÂMARA, 2017).

Didier Jr. considera que, "em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos". (DIDIER Jr., 2015, p. 441).

Entretanto, nem toda decisão será hábil para transformar-se em um precedente, pois a formação de um precedente ocorre não na emissão da decisão modelo, mas sim no seu uso para embasar um novo julgamento. Dessa maneira, apenas pode ser considerado como precedente quando a lógica aplicada a um caso relevante for utilizada para fundamentar, posteriormente, outro a que se assemelha, seja em razão da hierarquia jurisdicional, ou em virtude de lei. (CÂMARA, 2017).

O precedente não se consubstancia em decisão anterior prolatada por um todo. Didier Jr. (2015, p. 441)) esclarece que "todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório." Desta forma, é nesta segunda parte da decisão que está presente o precedente, sem que seja desconsiderada a importância da primeira parte para sua constituição e aplicação.

Segundo Didier (2015, p. 442) "a ratio decidenti, ou para os norte-americanos, a holding, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida."

Para Tucci (2004, p. 175) “a ratio decidendi [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law).” Assim, é a ratio decidendi que constitui o precedente. É essa parte da decisão, consolidada na fundamentação da questão em análise, que será reconhecida como norma jurídica, fonte de direitos, relevante para vincular ou persuadir um julgador em sua interpretação.

Desta forma, a ratio decidendi, poderá tornar-se precedente e adquirir efeitos vinculantes e persuasivos, enquanto os demais argumentos acessórios utilizados na construção do entendimento (parcela referente ao obiter dictum) poderá ser considerada apenas pelos feitos persuasivos relativos à lógica da sistemática utilizada para enquadramento ao caso concreto.

Assim, o precedente surge da interpretação dos fatos frente ao ordenamento jurídico (regras, princípios, etc.), resultando em uma norma jurídica singular e em outra geral. Desta segunda, origina-se o precedente, que deverá ser reinterpretada frente aos demais casos concretos, em confronto com todo o ordenamento pátrio. Desta maneira, configura-se uma sequência lógica, onde o precedente sempre vai estar respaldado em alguma outra fonte de direito. (CRAMER, 2016).

Para formar um sistema judicial onde os precedentes se enquadrem em um ordenamento de civil law como o brasileiro devem ser resguardados diversos princípios que são a base do Processo Constitucional vigente, como a segurança jurídica e a isonomia. Para atingir estes objetivos o Código Processual Civil estabelece que a jurisprudência deve considerar os deveres de integridade, coerência e estabilidade.

O caput do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Portanto, apesar da regra referir-se literalmente à jurisprudência, entende-se que o mesmo deve ser observado quando da aplicação dos precedentes judiciais.

O dever de uniformização previsto na regra refere-se à necessidade de sanar as divergências internas nos tribunais quando

decididos casos semelhantes, o que pode ser feito por meio da edição de súmulas. Neste caso, deve-se primeiro, demonstrar a base fática alcançada pelo instituto e os precedentes determinantes em sua construção. Após, a delimitação da ratio decidenti, ela será exteriorizada por meio do texto do enunciado sumular.

Já o dever de coerência significa o tratamento igual aos casos iguais, com base no princípio da isonomia. Cabe ao Tribunal verificar suas decisões e aplicar aos casos semelhantes os mesmos atos normativos.

Taruffo (2011) pontua que os precedentes podem ser classificados a partir de sua origem, verificando o tribunal de criação, mas também podem ser classificados a partir de sua eficácia, analisando o seu poder de vinculação sobre julgamentos posteriores.

Para esta classificação, os precedentes são analisados a partir de qual degrau do Poder Judiciário este foi emitido, bem como sua capacidade de influenciar as decisões futuras em uma perspectiva vertical e horizontal. (CRAMER, 2016).

O precedente vertical, refere-se aquele proferido pelos tribunais superiores, no caso, pelo STF e pelo STJ. E em razão da posição dessas cortes no sistema jurisdicional brasileiro, suas decisões possuem poder de se tornarem precedentes frente às estruturas inferiores do Poder Judiciário.

Assim, as instâncias que se encontram no alto do sistema judiciário brasileiro possuem o dever de criarem seus precedentes, pela necessidade da previsão de integridade e coesão jurisdicional disposto no artigo 926 do CPC/2015. Esse direito também deve ser outorgado aos demais tribunais nas ações que lhe couberem, vinculando-os internamente e às suas instâncias.

Os precedentes horizontais são aqueles que devem ser observados apenas pelo Tribunal que os criou. Desta forma, possuem apenas vinculação interna, respeitando suas diferentes instâncias.

Desta maneira, os Tribunais Superiores podem criar precedentes tanto horizontais quanto verticais, ou seja, com

vinculação tanto interna quanto aos demais Tribunais. Contudo, os Tribunais de Segunda Instância somente podem vincular a si próprio, e às suas instâncias inferiores.

Esse poder de vinculação não depende apenas da hierarquia judicial. Para exercer vinculação futura torna-se necessário encontrar respaldo no sistema jurídico. Desta necessidade surge a separação entre precedentes vinculantes e persuasivos.

Câmara diferencia os precedentes vinculantes e persuasivos, ao afirmar:

> Os precedentes vinculantes, como a própria denominação indica, são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-lo e decidir de forma contrária, Já os precedentes não vinculantes são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isto se faça através de um pronunciamento judicial em que se encontre uma fundamentação específica para justificar a não aplicação do precedente. (CÂMARA, 2017, p. 556).

Desta forma, os precedentes persuasivos não obrigam o julgador a repetir a tese antes adotada, contudo determina que esta seja explanada na fundamentação da decisão. Os precedentes vinculantes, os quais, além do dever de serem observados na construção do entendimento, precisam ser acompanhados obrigatoriamente pela decisão.

Didier Jr. esclarece que,

> A norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi)* estabelecida na fundamentação de determinados decisões judiciais tem o condão de

> vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação. (DIDIER JR., 2015, p.455).

A diferença entre os precedentes persuasivos e os vinculantes consiste no fato de que no caso dos persuasivos, o juiz deve considerá-lo para sua decisão, tendo em vista a coesão e a integridade das decisões judiciais. Porém, caso não concorde com sua aplicação, poderá afastá-lo por meio de uma robusta argumentação. Nos precedentes vinculantes, o juiz não poderá deixar de aplicá-los apenas a partir de sua convicção. Para tal, o julgador deverá adotar uma das técnicas de superação ou distinção dos precedentes.

A Constituição Federal e as leis ordinárias, ao instituírem o sistema dos precedentes vinculantes, não prejudicaram direitos e garantias, essa instituição buscou garantir maior efetividade ao direito material, que se alcança por meio do processo, fortalecendo assim aquilo que já foi decidido.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, para o sistema processual do Brasil, uma série de indicações para vincular as decisões judiciais dos tribunais às jurisprudências e mantê-las estáveis, íntegras e coerentes (art. 926 do CPC) e identificou o que deve ser observado (art. 927 do CPC). A Constituição Federal brasileira estabelece como garantia a todos a liberdade, a isonomia e a legalidade, buscando permitir que a sociedade tenha segurança jurídica.

Desta forma, verifica-se que o precedente jurisprudencial compõe o direito e pela força da lei garante a necessária segurança jurídica e a garantia da liberdade e igualdade.

O ato de interpretação tem como prerrogativa afastar as que se deram forma incorreta por trazerem insegurança, de maneira a estabilizar a decisão a ser proferida pelos juízes e pelos tribunais. Essa incumbência pertence aos tribunais superiores, como disposto na Constituição Federal de 1988, investidos do poder de afirmar como

a lei não deve ser interpretada, de forma a se buscar a unidade do direito, ou seja, a uniformização da intepretação da lei, o que possibilita ser afastada qualquer vontade dos juízes que possa prevalecer sobre a da lei.

Desta maneira, o sistema jurídico, de forma objetiva, em determinadas hipóteses, vincula as decisões de acordo com a intepretação das cortes, utilizando-se dos precedentes.

Taruffo esclarece que:

> O precedente fornece uma regra (universalizável, como já dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas fattispecie concretas não é determinada in re ipsa, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. (TARUFFO, 2011. p. 142-143).

Os precedentes surgem por razão de a lei ser interpretada de diferentes formas e, em alguns casos, haver decisões judiciais diferentes para casos iguais, o que termina acarretando insegurança jurídica. Diante destas situações surge a necessidade dos juízes de respeitar e vigiar os precedentes, pois, para as mesmas hipóteses, as decisões devem ser proferidas com o mesmo resultado, cumprindo o dever, a obrigação de respeito aos precedentes dos tribunais superiores.

A jurisprudência é uma sedimentação de pronunciamentos no mesmo sentido, que se constrói ao longo do tempo e consequentemente, não possui uma data de ingresso no sistema jurídico. Enquanto o precedente é uma resposta hermenêutica isolada, podendo ser utilizado como padrão para casos futuros, caso verificada a similaridade necessária entre os casos; a jurisprudência

possui abrangência mais ampla, dispensando a estreita semelhança entre os casos. (LOPES FILHO, 2014)

As súmulas são atos administrativos, porque prescindem de procedimento específico para sua criação, modificação e extinção, não se confundindo em decisão judicial, tampouco com ato jurisdicional.

Na interpretação dos textos legais, identificando-se a norma geral do caso concreto, obtém-se a ratio decidendi, que constitui o elemento central do precedente, este, reiteradamente aplicado, transforma-se em jurisprudência, a qual poderá provocar o tribunal à edição de enunciado de súmula. “Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da ratio decidendi (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.” (DIDIER, 2015, p. 47).

O precedente é produto de atividade jurisdicional, e a produção de decisões com potencialidade de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros é inevitável. A ratio decidendi é o fundamento jurídico da decisão judicial conforme esclarece Tucci ao afirmar:

> [...] “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros inter alia.
>
> […] Cumpre esclarecer que a ratio decidendi não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.” (TUCCI, 2004, p. 175).

A *ratio decidendi* é o motivo determinante de uma decisão. Ela é a ideia, o pensamento sem o qual não se chegaria àquela decisão

específica. É o motivo suficiente e imprescindível para a decisão que foi tomada.

Marinoni observa que:

> "Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante a decisão. Constitui a ratio decidenti". (MARINONI, 2011, p. 292)

A *ratio decidendi* não pode ser confundida com o *obiter dictum,* que é a passagem da motivação do julgamento que contém simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia e que não cabe ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, posto que não tem autoridade para predeterminar futuros julgamentos, entretanto, pode ser aludido como argumento de persuasão. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2018).

Os tribunais podem sinalizar que a jurisprudência será modificada, ou então irá seguir orientação diferente (signaling). Podem ainda cotejar, comparar se a causa em exame seja semelhante ou não ao precedente (distinguishing); isto é, procura-se verificar se os casos são ou não análogos para a aplicação do precedente, pois se assim não for, não será aplicado é, portanto, necessário que o julgador proceda essa investigação".

Para a interpretação da incidência dos precedentes, nos termos estabelecidos no Código de Processo Civil, faz-se necessário perceber a distinção entre os julgados proferidos pelas Cortes Superiores e aqueles dos Tribunais dos Estados e Federais, tendo em vista estes terem competência e o dever de efetuarem a uniformização da jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, caput, do CPC), ou seja, de coibir, corrigir erros e acertos dos julgamentos das ações que a lei lhes confere a jurisdição, para assim promoverem a unidade do direito.

O Código de Processo Civil prevê, para finalidade, de recurso extraordinário e do recurso especial (arts. 102, inc. III, 105, inc. III, da CF; e arts. 1.029, e 1.043 – embargos de divergência, do CPC); por meio de apelação, agravo de instrumento, devem agir para a uniformização dessa aplicação da unidade do direito, daí a incidência de que dispõe o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Uniformizar no Direito Processual Civil visa atingir o que encontra-se disperso e desproporcional, fora do padrão, para assim poder padronizar e tornar uniforme a interpretação e a aplicação do direito.

Segundo Grau: “interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar contingencial o singular”. (GRAU, 2009, p.60).

O Código de Processo Civil de 2015 inovou na valorização da exigência do reforço argumentativo das decisões judiciais, dando destaque ao dever constitucional de fundamentação, a qual deverá fazer referência à *ratio decidendi* de julgamentos anteriores. O julgador, dessa forma, invocará e, ou concordará com o precedente, ou discordará dele. “Em ambos os casos, competirá ao julgador o dever de apontar os motivos suficientes para aplicar o precedente, ou as diferenças entre o caso paradigma do precedente e o caso concreto que justifiquem a não aplicação”. (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 350-351)

A aplicação do artigo 927 do Código de Processo Civil promove a unidade do direito com a uniformização das decisões. Os precedentes judiciais são importantes para a manutenção da segurança jurídica, por meio de um sistema íntegro e coeso.

É incontestável que a aplicação de precedentes é instrumento de efetivação da segurança jurídica e da justificação das decisões judiciais, capaz de possibilitar maior celeridade e eficiência à aplicação do Direito. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013)

A aplicação do precedente tem sido, ao longo do tempo, cada vez mais valorizada, a exemplo da criação das súmulas vinculantes,

que foi um grande marco do caráter vinculativo dos precedentes no sistema normativo brasileiro.

Na aplicação de decisões pretéritas para fundamentar uma decisão, o juiz deve ter a cautela para analisar as circunstâncias do caso precedente, especialmente em nome da garantia constitucional de segurança jurídica.

O CPC/2015 reforça a necessidade de se analisar a compatibilidade do precedente com o caso presente objetivando a isonomia na justiça brasileira e promovendo, desta forma, a coerência da prestação jurisdicional àqueles que buscam o poder judiciário.

As decisões devem ser pontuadas, de forma clara, devendo o juiz evidenciar os motivos daquele posicionamento esclarecendo se foi uma obediência a um artigo de lei ou a um entendimento pacificado. Não se admite reproduzir letras de lei, ou ementas de julgados, como se fossem razões suficientes para justificar o seu dever de motivação.

## 2.2 Fundamentação das decisões

O dever de fundamentação é uma garantia fundamental prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. O CPC/2015, em seu artigo 489, § 1º, detalha e aprofunda essa exigência, elencando explicitamente as situações em que uma decisão não será considerada fundamentada, como a ausência de enfrentamento de argumentos capazes de enfraquecer a conclusão do juiz.

Marinoni (2011), esclarecendo sobre os fundamentos determinantes da decisão, define a fundamentação da sentença como o momento em que são enfrentadas as questões de fato e de direito discutidas no caso concreto.

Segundo Marinoni:

> Cabe ao juiz demonstrar o seu raciocínio probatório e a convicção que formou acerca dos fatos, bem como as razões pelas quais acolheu ou não a tese jurídica sustentada pelo autor, ou seja, os motivos pelos quais entendeu que dos fatos evidenciados decorrem, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos. (MARINONI, 2011, p. 217).

Assim, a razão de decidir, ou seja, a ratio decidendi, deve estar contida na fundamentação da decisão. O dever de fundamentação das decisões está disposto no artigo 489.

Estabelece o art. 489, § 1º do CPC de 2015 que:

> "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar, a invocar precedente o enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte,

> sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidaram o entendimento de que a fundamentação, mesmo que sucinta, é essencial, porém não se exige o exame pormenorizado de todas as alegações, desde que os fundamentos adotados sejam suficientes para a solução da controvérsia. A prática da fundamentação *per relationem* (adoção dos fundamentos de decisão anterior) é aceita, desde que o juiz a utilize de forma a demonstrar o seu próprio convencimento.

A fundamentação garante uma maior segurança jurídica e o afastamento do subjetivismo do magistrado. Ávila (2009) investiga a segurança jurídica frente a três concepções distintas: fato, valor e norma-princípio. Como fato, busca-se a previsibilidade dos resultados jurídicos decorrentes de seus comportamentos. Como valor, a segurança jurídica salvaguarda o direito como espelho da sociedade. E, no aspecto norma-princípio, apresenta-se como fonte de direito hábil a direcionar a vontade do legislador e do julgador.

A fundamentação prevista no CPC/2015) é capaz de promover os seguintes fatores:

Segurança jurídica: o aprofundamento do dever de fundamentação pelo CPC/2015 garante principalmente à segurança jurídica.

Combate à arbitrariedade: a exigência de motivação explícita funciona como uma garantia contra decisões arbitrárias, permitindo o controle da legalidade e imparcialidade do juiz.

Previsibilidade e confiança: decisões bem fundamentadas, especialmente no contexto do sistema de precedentes obrigatórios introduzidos pelo CPC/2015, contribuem para a uniformidade da jurisprudência, aumentando a previsibilidade do Direito e a confiança no poder judiciário.

Contraditório efetivo: uma decisão clara e motivada permite que as partes compreendam o iter lógico do juiz e exerçam plenamente o direito de defesa e de recurso.

Independência judicial: o juiz terá mais segurança e assim maior liberdade para atuar.

Autonomia do julgador: regras muito detalhadas podem comprometer a celeridade e a autonomia do juiz em formar seu convencimento (livre convencimento motivado), desde que aponte os elementos de seu convencimento, conforme o artigo 371 do CPC.

Risco de burocratização: a necessidade de refutar todos os argumentos deduzidos pelas partes (art. 489, § 1º, IV) possa levar a decisões excessivamente longas e burocráticas, sem necessariamente melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

O dever de fundamentação deve ser considerado como princípio constitucional, tendo em vista que o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 estabelece a garantia constitucional de obter do Estado as decisões judiciais e administrativas fundamentadas.

Assim, evidencia-se que o Código de Processo Civil de 2015 é reflexo de elementos que outras normas vêm tratando de maneira menos explicita, como a obrigatoriedade do poder judiciário de fundamentar todas as suas decisões de acordo com a Constituição Federal, bem como com os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, pois do contrário, o caos e a arbitrariedade poderiam prevalecer na justiça brasileira.

É dever do estado garantir a segurança jurídica para assim alcançar a adequada estabilidade social. Por meio do Direito busca-se a segurança jurídica de forma que todo indivíduo tenha a garantia de que, ao respeitar a lei, o comportamento nela disposto deverá ser por todos atendidos e, caso assim não aconteça, poderá o indivíduo contestar, impugnar a conduta daquele que a desrespeitou. Desta forma, terá o cidadão assegurada a conduta, pois os órgãos que têm esse dever irão ativar os meios e fins adequados e necessários para que a violação à norma jurídica seja corrigida ou reparada.

No âmbito da motivação das decisões, torna-se imperioso destacar a importância do art. 926 do CPC/2015, na medida em que institucionaliza os deveres de uniformização, integridade e coerência. Esses deveres são os pilares da construção do stare decisis brasileiro, que visam garantir uma maior segurança jurídica e uma maior racionalidade ao direito jurisprudencial. (MACÊDO, 2016).

## CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 ressaltou a necessidade da incidência dos requisitos da uniformização, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, organizando o papel dos tribunais e destacando a relevância da criação dos precedentes judiciais pelas Cortes Supremas, de maneira que a incumbência os vincule para que haja uniformidade das decisões por eles proferidas, não mais sendo aceita a continuidade das disseminações múltiplas da interpretação do direito.

O dever confiado aos tribunais poderá vir a ser cumprido de forma correta quando da edição de enunciados de súmula, nos termos do art. 926, §§1° e 2°, do atual Código de Processo Civil. A uniformização, estabilidade, isonomia e segurança jurídica poderão ser alcançadas quando observada a previsão dos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil, que elenca decisões judiciais vinculantes, ou seja, os precedentes judiciais que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais.

Perante as diferentes decisões expressas sobre casos semelhantes, o Direito brasileiro, a partir do Código de Processo Civil de 2015, buscou como solução o uso do sistema de precedentes como forma de garantir maior segurança jurídica ao Poder Judiciário. O uso dos precedentes adequa-se ao sistema normativo brasileiro, sem que este se transforme em um sistema de common law, ou seja, o uso da norma precedente como fonte de direitos não afasta a importância das demais normas (regras, princípios, etc.) para resolução dos casos concretos levados à jurisdição.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

O precedente judicial com princípios, cláusulas gerais e textos com conceitos indeterminados aponta para a atividade judicante, permitindo conhecer a função a ser desempenhada pelas cortes superiores, para que sua atuação constitucional resulte na segurança jurídica processual e substancial.

A lógica do precedente abre a possibilidade de existir segurança jurídica no direito brasileiro para atender a integridade e a liberdade, a exigir, da jurisdição, coerência, estabilidade e previsibilidade. A utilização do precedente como forma de orientar as decisões judiciais reflete o estabelecido no artigo 927 do Código Processual Civil, ao mesmo tempo que integra os deveres jurisprudenciais de estabilidade, integridade e coerência. Contudo, o uso dos precedentes deve estar alinhada aos demais princípios que regem nosso ordenamento, bem como a dinâmica inerente ao sistema de precedente deve ser manejada de forma que não prejudique outros direitos dos jurisdicionados.

O CPC/2015 buscou uma síntese entre o sistema de common law (precedentes) e o civil law (lei escrita e independência), utilizando o dever de fundamentação como ferramenta essencial para gerenciar a coexistência entre a rigidez necessária à segurança jurídica e a flexibilidade inerente à evolução do direito.

Desta maneira, ficou evidenciado com este estudo a importância da vinculação dos precedentes judiciais e da fundamentação das decisões expressas no CPC 2015 para garantir a segurança jurídica, a celeridade e a independência judicial.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros. 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Constituição Federal.** São Paulo: Saraiva, 2018

CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas. 2017

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** 2015. Disponível em: Terminal - Sophia Biblioteca Web Acesso em: 20 nov. 2025.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica.** Rio de Janeiro: Forense. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: JudPodivm, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** Salvador: Juspodivm, 2014.

MACÊDO. Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan/jun 2013.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência.** Revista dos Tribunais Online, [s. l.], v. 199, n. 36, p. 139-149, set. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e**. Precedente Judicial como Fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais**.** 2004.

# O DIREITO À IGUALDADE E O ENCARCERAMENTO FEMININO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: UM ESTUDO SOBRE GÊNERO NA ANÁLISE DA CULPABILIDADE PENAL

*THE RIGHT TO EQUALITY AND THE INCARCERATION OF WOMEN FOR DRUG TRAFFICKING: A STUDY ON GENDER IN THE ANALYSIS OF CRIMINAL GUILT*

**Felipe Carré da Rosa**[5]

**RESUMO**

O presente artigo busca compreender de que modo o Estado brasileiro contribui para o processo de encarceramento feminino pelo crime de tráfico de drogas, em virtude da ineficiência em assegurar o direito social à igualdade. Nesse cenário, o processo de feminização da pobreza apresenta-se como um dos principais vetores do percurso criminalizante, sendo fruto do distanciamento entre a realidade e o direito positivo, que coloca a mulher em uma posição de extrema vulnerabilidade social e econômica frente a um sistema penal de seletividade interseccional e de estrutura androcêntrica e conservadora. Contudo, tais fatores sociais são dispensados na valoração da culpabilidade feminina, ao revés, verifica-se que a pauperização feminina é por vezes utilizada no agravamento da pena, em total dissonância ao necessário julgamento com perspectiva de gênero. A partir dessa perspectiva, o artigo avança em três momentos: primeiro, analisando o processo de feminização da pobreza no Brasil e a ineficiência do direito social à igualdade; segundo, evidenciando a ligação entre a pauperização das mulheres ao percurso de criminalização seletiva do tráfico de drogas; terceiro, a análise das práticas atuais do judiciário e questões da culpabilidade pela vulnerabilidade, considerando a interseccionalidade e perspectiva de gênero. Deste modo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, adotando-se como autores-base Biroli

[5] Pós-graduado em direito.

**DOI**: 10.56089/978-85-7872- 844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588 

(2018), Zaffaroni (2004; 2015) e Campos (2022), o estudo pretende entender se o judiciário serve ou não como um vetor seletivo de criminalização secundária das mulheres no crime de tráfico de drogas. Para tanto propõe a análise dos aspetos da culpabilidade penal, considerando o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023) e sua aplicabilidade sob a perspectiva da culpabilidade pela vulnerabilidade imbricada à Criminologia Crítica Interseccional, o que pode servir como última barreira de contenção do poder punitivo patriarcal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gênero – Encarceramento Feminino – Tráfico de Drogas – Culpabilidade – Vulnerabilidade.

## ABSTRACT

*This article seeks to understand how the Brazilian State contributes to the process of female incarceration for drug trafficking crimes, due to its inefficiency in ensuring the social right to equality. In this scenario, the feminization of poverty emerges as one of the main vectors of the criminalizing process, resulting from the disconnect between reality and positive law, which places women in a position of extreme social and economic vulnerability in the face of a selective, intersectional penal system with an androcentric and conservative structure. However, these social factors are disregarded in the assessment of female culpability; on the contrary, it is observed that female impoverishment is sometimes used to aggravate the sentence, in total dissonance with the necessary judgment from a gender perspective. From this perspective, the article progresses in three stages: first, analyzing the feminization of poverty in Brazil and the inefficiency of the social right to equality; second, highlighting the link between the pauperization of women and the selective criminalization of drug trafficking; third, analyzing current judicial practices and issues of culpability for vulnerability, considering intersectionality and a gender perspective. Thus, based on bibliographic and documentary research, adopting Biroli (2018), Zaffaroni (2004; 2015) and Campos (2022) as base authors, the study aims to understand whether or not the judiciary serves as a selective vector of secondary criminalization of women in the crime of drug trafficking. To this end, it proposes the*

*analysis of aspects of criminal culpability, considering the Protocol for Judgment with a Gender Perspective of the National Council of Justice (CNJ, 2023) and its applicability from the perspective of culpability by vulnerability intertwined with Intersectional Critical Criminology, which can serve as a last barrier to contain patriarchal punitive power.*

**KEYWORDS:** Gender – Female Incarceration – Drug Trafficking – Culpability – Vulnerability.

**SUMÁRIO**: 1. Introdução; 2. O Direito à Igualdade e a Feminização Da Pobreza; 3. Criminalização Seletiva e o Perfil Da Mulher Encarcerada; 4. Culpabilidade Penal E Perspectiva de Gênero; 5. Conclusão; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo propõe-se a analisar as relações entre a não democratização do direito à igualdade material, o processo de feminização da pobreza e seu reflexo no encarceramento feminino por um aparato punitivo androcêntrico e conservador. O problema central de pesquisa busca identificar de que modo a ineficiência transversal do direito à igualdade impacta no processo de encarceramento feminino pelo crime de tráfico de drogas e repercute na valoração da culpabilidade.

Estruturalmente, a pauperização das mulheres é enraizada na intersecção de diferentes sistemas de opressão, especialmente na desigual divisão sexual do trabalho, forjada pela ineficiência do Estado em promover a igualdade material. Tais marcadores se entrelaçam aos fatores da criminalização feminina pelo tráfico de drogas e ao vetor seletivo do aparato punitivo. A ausência estatal na socialização do cuidado como garantia material da igualdade reflete-se na valoração da culpabilidade, marcada por questões sociais que se interseccionam.

A hipótese levantada é que o Poder Judiciário, ao aplicar a pena privativa de liberdade a mulheres condenadas por tráfico de drogas, não considera os indicadores relativos à sua construção social, fortemente vinculada à ineficiência das garantias do direito social à igualdade. Inversamente, a sua situação de vulnerabilidade é valorada como fator de agravamento da pena.

A relevância do estudo reside na histórica violação e ineficiência de direitos sociais que deveriam atender transversalmente às mulheres, como forma de promoção do direito à igualdade material. Essa ineficiência é um fator determinante no processo de feminização da pobreza, que instrumentaliza as relações ilícitas da traficância, nas quais as mulheres exercem funções subalternas, marcadas pela necessidade de subsistência e acúmulo de funções de cuidado, expondo-as ao processo de seleção criminalizante do direito penal.

Embora questões de gênero e interseccionalidade tenham se infiltrado no judiciário e no legislativo — como evidenciado pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, — essa perspectiva encontra barreiras na análise da culpabilidade no tráfico de drogas. Assim, o estudo objetiva tensionar as relações interseccionais que retroalimentam o aumento exponencial do encarceramento feminino pelo tráfico de drogas e promover o debate sobre a necessidade de implementação da perspectiva de gênero na análise da culpabilidade. Para tanto, o referencial teórico central da pesquisa é a culpabilidade pela vulnerabilidade.

## 2. O DIREITO À IGUALDADE E A FEMINIZAÇÃO DA POBREZA

A Constituição Federal de 1988, ao consolidar a democracia e os direitos fundamentais no Brasil, enfatiza o princípio da igualdade como um dos pilares da ordem jurídica e social. O artigo 5º, caput, da Constituição assegura que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", estabelecendo uma base formal para a igualdade que se reflete em diversas esferas do direito.

O Estado como seu objetivo fundamental, baseia-se em direitos que só podem ser garantidos por meio da igualdade: erradicar a pobreza e reduzir desigualdades sociais (art. 3º, III, CF); assegurar a todos existência digna (art. 170); garantir bem-estar e justiça social (art. 193). Nesse aspecto, a igualdade se converte no valor mais alto de todo sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais (Bonavides, 2002, p. 374). A partir disso estabelecem-se leis e políticas sociais que deveriam garantir a manutenção de oportunidades equitativamente iguais e que considere e mantenha as liberdades.

No entanto, a busca por uma verdadeira igualdade exige uma análise que transcenda o aspecto formal e adentre o terreno da igualdade material, especialmente no contexto das relações de gênero e da divisão do trabalho. Nesse aspecto, a garantia apenas formal contribui para a manutenção da ordem político-social estrutural eminentemente masculina e discriminatória.

O que se apresenta, contudo, é uma ineficácia de políticas públicas – ou ausência de interesse em sua implementação - que enfrentem, de forma transversal, as desigualdades de gênero e a divisão sexual do trabalho, interconectando-se ao fenômeno da feminização da pobreza, que estrutura as dinâmicas que perpetuam a desigualdade socioeconômica intergeracional.

É nesse cenário, que Biroli (2018) aponta a correlação entre o acesso das crianças a creches e a empregabilidade das mães, o que tem efeitos para a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres. A autora explica que as tensões entre maternidade e trabalho remunerado, ou entre maternidade e atuação política, não são vivenciadas da mesma maneira pelos homens que são pais, justamente porque deles se espera menos ou muito pouco no cotidiano da criação dos filhos, ainda que a divisão convencional implique a atribuição a eles do papel de provedor. (Biroli, 2018, p. 66).

Assim, para pensar a igualdade de gênero em sua dimensão material que resulte em uma democracia igualitária, faz-se necessária uma reanálise e reestruturação da divisão do cuidado, como aponta Joan Tronto (2013) aspectos importantes à democracia, como os

conceitos de liberdade, igualdade, justiça, assim como questões relativas à participação política, à divisão social e sexual do trabalho e à desigualdade de raça e classe, são tratados sob uma ótica que traz o cuidado como elemento central.

Nesse aspecto, a socialização do cuidado emerge como uma estratégia essencial para enfrentar a feminização da pobreza e promover uma igualdade mais substancial entre os gêneros, enfrentando a inclusão precária das mulheres que perpetua uma democracia incompleta e contribui para o processo de criminalização.

## 3. CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA E O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA

A feminização da pobreza, aliada aos marcadores sociais da diferença e à interseccionalidade, aponta os caminhos que levaram ao encarceramento em massa da população feminina, negra e pobre pelo tráfico de drogas. Globalmente, o encarceramento feminino teve um crescimento de 59% desde o ano 2000, e o Brasil se posiciona como o 3º país que mais encarcera mulheres no mundo. Entre 2005 e 2013, o crescimento do número de mulheres presas por tráfico de drogas no Brasil foi de 344,8%, e em Brasília-DF, o crescimento do encarceramento feminino por tráfico de drogas foi mais intenso que para outros crimes, como furto e roubo.

O aumento exponencial não ocorreu porque as mulheres estão em maior número nas redes de tráfico, mas porque a divisão sexual do trabalho ilegal reproduz a lógica funcional do trabalho legal, onde os padrões e imposições sexistas se mantêm e se reproduzem dentro da criminalidade. Mulheres no tráfico ocupam funções de maior precarização e vulnerabilidade, como transportar drogas ("mulas") ou vender no varejo ("vapor"), sendo as mais suscetíveis à ação penalizadora seletiva.

A inserção no tráfico muitas vezes é marcada pela necessidade de subsistência e conciliação com o cuidado dos filhos.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

Essa atividade pode ser exercida no âmbito doméstico, garantindo a possibilidade de cuidar dos filhos ao mesmo tempo em que se trabalha. O perfil da mulher aprisionada por tráfico no Brasil é majoritariamente composto por mulheres jovens, com idade entre 18 e 39 anos (81,1% das presas no DF), negras ou pardas (80,2% no DF), e de baixa escolaridade, sendo que a maior parte (51,4%) possui apenas o Ensino Fundamental Incompleto. Suas ocupações antes da prisão concentravam-se em atividades manuais precárias, como trabalho doméstico (18,9% no DF).

A maioria das mulheres aprisionadas por tráfico de drogas é solteira (63,1% no DF), sendo muitas delas chefes de família e, portanto, responsáveis pelo sustento de crianças, pessoas doentes ou idosas. O aprisionamento dessas mulheres em idade produtiva, frequentemente com filhos dependentes, causa uma desagregação familiar quase imediata. A adesão ao tráfico é frequentemente motivada pelo vínculo afetivo com parceiros envolvidos ou surge como única alternativa para obter renda rápida diante das baixas remunerações do mercado formal.

A criminalização secundária se manifesta de forma evidente na seleção dos flagrantes. No Distrito Federal, um percentual significativo das mulheres presas por tráfico (32,9%) o foi tentando introduzir drogas no próprio sistema penitenciário masculino (79,5% dos casos de apreensão em presídios), um serviço de alto risco e baixo retorno financeiro, que reflete o papel da mulher como a parte mais descartável da rede.

## 4. CULPABILIDADE PENAL E PERSPECTIVA DE GÊNERO

O sistema penal, ao se deparar com o perfil majoritário das mulheres condenadas por tráfico de drogas, opera em dissonância com o julgamento ético e crítico. A análise da culpabilidade deveria partir da premissa de que não se pode formular um juízo de reprovação quando o âmbito de autodeterminação do agente estava sumamente reduzido pelas circunstâncias objetivas. Contudo, no Judiciário, a situação de vulnerabilidade — como ser mãe solteira,

negra e pobre — é frequentemente valorada como fator de maior reprovação, o que leva ao agravamento da pena.

A lógica androcêntrica e conservadora do Judiciário solidifica relações desiguais e penaliza as mulheres que transgridem os papéis sociais esperados de serem "dóceis e submissas", resultando em uma punição mais severa, mesmo quando há alta reincidência e o envolvimento com o tráfico é de pequena escala.

A desproporcionalidade das penas é alarmante: em muitos casos, penas entre 06 e 10 anos foram aplicadas a mulheres que portavam apenas entre 11 e 100 gramas de drogas, demonstrando que a punição não é proporcional à quantidade de droga apreendida ou ao papel na hierarquia do tráfico. A pena é determinada pela aplicação do Direito Penal de forma seletiva, sendo o sistema penal um mantenedor da estratificação social, reforçando estereótipos.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, embora seja um avanço, enfrenta barreiras na sua implementação, especialmente na análise da culpabilidade penal no tráfico de drogas. É crucial que o Judiciário adote a lente da culpabilidade pela vulnerabilidade, conforme a Criminologia Crítica Feminista, a qual exige que a reprovação seja modulada pelo grau em que as circunstâncias sociais limitaram a capacidade de escolha da mulher.

A vulnerabilidade social, resultado da intersecção entre gênero, raça e classe, é um fator determinante para a entrada na criminalidade, mas no processo judicial, essa vulnerabilidade é invertida para justificar a repressão. O Judiciário, ao invés de atuar para mitigar a seletividade, opera como um vetor de criminalização secundária, aplicando penas severas baseadas em uma moralidade tradicional. O enfrentamento a essa lógica exige a análise da culpabilidade a partir da realidade vivida pelas mulheres.

## CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou que o aumento vertiginoso do encarceramento feminino no Brasil, majoritariamente impulsionado pelo crime de tráfico de drogas, é uma manifestação do fracasso do Estado em assegurar o direito social à igualdade material. A falha na promoção da igualdade material e a negligência na socialização do cuidado reforçam a feminização da pobreza, conduzindo mulheres para a base da cadeia hierárquica do tráfico, frequentemente por necessidade de subsistência e responsabilidade pelo sustento familiar.

O sistema penal brasileiro opera com uma seletividade interseccional, focando-se em um perfil específico de vulnerabilidade (mulheres jovens, negras, pobres e com baixa escolaridade), e as aprisiona por ações de menor potencial ofensivo dentro da rede criminosa, como o transporte de pequenas quantidades de drogas, inclusive para dentro dos presídios.

O Poder Judiciário, ao desconsiderar as circunstâncias de vulnerabilidade social que limitaram a autodeterminação dessas mulheres, e, pior, ao utilizá-las como fator de agravamento da pena, confirma o papel do sistema como perpetuador da opressão patriarcal, racista e classista. Há um descumprimento ético e legal da necessidade de um julgamento com perspectiva de gênero.

A urgência da aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero deve ser reforçada pela adoção da culpabilidade pela vulnerabilidade. Esta abordagem permite que o Judiciário se posicione como a última barreira de contenção do poder punitivo patriarcal, modulando a reprovação penal em função da submissão imposta pelas estruturas sociais, buscando, assim, aproximar a justiça criminal da prometida igualdade material.

## REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia, Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil / Flávia Biroli. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia. Autonomia e desigualdades de gênero: contribuições do feminismo para a crítica democrática. Niterói: Eduff; Vinhedo: Horizonte, 2013.

BIROLI, Flávia. Responsabilidades, cuidado e democracia. Rev. Bras. Ciênc. Polít. (18) • Sep-Dec 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. São Paulo: Feminismos Plurais, 2018.

CAMPOS, Carmen Hein. Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPOS, Carmen. Hein. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil [Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul]. 2013.

CARNEIRO, L. G. S. (2015). Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: heterogeneidades nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na cidade do México. Universidade de Brasília, Brasília.

CHERNICHARO, L. Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil (Dissertação de mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. 2014.

FINEMAN, Martha Albertson. O Mito da Autonomia: Uma Teoria da Dependência. New York: The New Press; Cambridge: Polity Press, 2004.

MENDES, S. Criminologia Feminista: novos paradigmas. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, M. J. Mulher, tráfico e prisão. Fortaleza: Eduece, 2012. SILVA, P. R. da B. (2010). Criminalidade feminina: Estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora (MG)/2009. Âmbito Jurídico, n. 138.

TANNUSS, R.; SILVA JÚNIOR, N. G. de S.; GARCIA, R. (2020). Mulheres no tráfico: diálogos sobre transporte de drogas, criminalização e encarceramento feminino.

TAVARES, Kátia Rubinstein. A vulnerabilidade na justiça criminal: um e estudo sobre mulheres condenadas pelo tráfico de drogas. 2023.

TRONTO. Joan C. Caring democracy: Markets, equality, and justice.New York: New York University Press, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015, v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31-48.

ANJOS, A. B. O. dos et al. (2022). ENCARCERAMENTO DE MENINAS E MULHERES NA AMÉRICA LATINA: Reflexões Criminológicas sobre a 5ª Lista de Aprisionamento Mundial Feminino.

SANTOS, A. M. A. dos; STENGEL, M. (2017). Juventude feminina no tráfico de drogas.

# A TUTELA JURÍDICA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA:

## MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, ATUAÇÃO ESTATAL E DESAFIOS DE EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

*Legal Protection for Women Facing Domestic Violence: Urgent Protective Measures, State Action, and Challenges Regarding the Effectiveness of the Maria da Penha Law*

**Juliana de Oliveira Souza Alves**[6]

**RESUMO:**

O presente artigo examina a tutela jurídica destinada às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, com especial atenção às medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), à atuação da autoridade policial e do Poder Judiciário e à necessidade de articulação entre as dimensões penal, cível, trabalhista e de direitos humanos. O estudo parte de análise de caso concreto constante de trabalho acadêmico elaborado em 2012, no qual foi examinado inquérito policial instaurado após agressão física praticada em contexto de relação afetiva. O material é aqui integralmente reestruturado, atualizado e ampliado, sem reprodução literal do trabalho anterior, incorporando alterações legislativas e jurisprudenciais posteriores. São analisadas, entre outros pontos, a natureza autônoma das medidas protetivas, a disciplina introduzida pela Lei nº 14.550/2023, a consolidação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.249 e as alterações legislativas promovidas em 2026. Também são considerados dados recentes sobre violência contra a mulher na Bahia, com o objetivo de aproximar a dogmática jurídica da realidade

[6] Juliana de Oliveira Souza Alves é bacharela em Direito pela Faculdade Batista Brasileira, com conclusão em 2015.2, pós-graduada em Direito Processual Civil, advogada e Analista Técnica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE-BA).

institucional enfrentada pelas vítimas. Conclui-se que a efetividade da proteção exige resposta estatal célere, análise individualizada do risco, atuação integrada da rede de atendimento e interpretação das normas segundo a finalidade protetiva da Lei Maria da Penha e os parâmetros contemporâneos de direitos humanos.

**Palavras-chave:** violência doméstica; Lei Maria da Penha; medidas protetivas de urgência; direitos humanos; perspectiva de gênero; Bahia.

## ABSTRACT

This article examines the legal protection afforded to women experiencing domestic and family violence, focusing on the urgent protective measures established by Brazilian Law No. 11,340/2006 (Maria da Penha Law), the duties of police authorities and courts, and the need for coordination among criminal, civil, labor and human-rights dimensions. The study starts from a concrete case analyzed in an academic paper prepared in 2012, involving a police investigation concerning physical aggression in an intimate relationship. The original material is substantially reorganized, updated and expanded, incorporating subsequent legislative and case-law developments. Particular attention is given to the autonomous nature of protective measures, Law No. 14,550/2023, Superior Court of Justice Repetitive Theme 1,249, and legislative changes enacted in 2026. Recent data concerning violence against women in Bahia are also considered in order to connect legal doctrine with the institutional reality faced by victims. The article argues that effective protection requires a prompt state response, individualized risk assessment, coordinated services and an interpretation consistent with the protective purpose of the Maria da Penha Law and contemporary human-rights standards.

**Keywords:** domestic violence; Maria da Penha Law; urgent protective measures; human rights; gender perspective; Bahia.

## 1 INTRODUÇÃO

O enfrentamento jurídico da violência doméstica contra a mulher não se resume à responsabilização penal do agressor. A experiência brasileira demonstra que a proteção efetiva depende da capacidade do Estado de interromper ciclos de violência, reduzir situações de risco, preservar a autonomia da vítima e assegurar acesso célere à justiça. Nesse contexto, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, estruturou um sistema de proteção que ultrapassa a lógica tradicional do processo penal e incorpora medidas de natureza preventiva, assistencial e cível.

O presente artigo retoma uma análise acadêmica anteriormente desenvolvida a partir de um inquérito policial instaurado em Salvador, Bahia, após episódio de agressão física ocorrido em 4 de janeiro de 2009. No trabalho originário, produzido no âmbito do curso de Direito, foram examinados os procedimentos policiais, a tipificação então atribuída à lesão corporal, a atuação da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher e as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. O documento registrava, ainda, a necessidade de avaliar se todas as providências legais haviam sido efetivamente adotadas.

A distância temporal entre o caso examinado e o presente estudo é relevante. Desde 2012, a legislação e a jurisprudência passaram por mudanças significativas. O Supremo Tribunal Federal consolidou a natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher em contexto de violência doméstica. Posteriormente, a Lei nº 14.550/2023 reforçou a autonomia das medidas protetivas, e o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 1.249, definiu que essas medidas possuem natureza de tutela inibitória e devem subsistir enquanto persistir a situação de risco. Em 2026, novas alterações legislativas ampliaram a disciplina das medidas protetivas e seus efeitos cíveis.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a evolução da tutela jurídica da mulher em situação de violência doméstica, tomando o caso acadêmico de 2009 como ponto de partida para uma reflexão

contemporânea. A pesquisa é bibliográfica e documental, combinando legislação, jurisprudência, documentos institucionais e dados oficiais, além da releitura crítica do material acadêmico anterior.

## 2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

A violência contra a mulher no espaço doméstico ou familiar possui particularidades que justificam uma resposta jurídica diferenciada. A violência pode ocorrer no interior da residência, durante a convivência familiar, em relações afetivas já encerradas ou em outros contextos abrangidos pela Lei Maria da Penha. A proximidade entre vítima e agressor pode produzir dependência econômica, medo, isolamento, exposição de filhos e familiares e dificuldades concretas para o rompimento da relação violenta.

O percurso histórico da Lei Maria da Penha está associado à responsabilização internacional do Estado brasileiro no caso de Maria da Penha Maia Fernandes. O caso foi levado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos após a demora na responsabilização do agressor e a insuficiência da resposta estatal. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por negligência e omissão e formulou recomendações relacionadas ao enfrentamento da violência doméstica. O material acadêmico que deu origem a este artigo já destacava essa dimensão internacional da construção da Lei nº 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha, portanto, deve ser compreendida dentro de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. Seu art. 6º estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma forma de violação dos direitos humanos. A Constituição Federal, por sua vez, atribui ao Estado o dever de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, conforme o art. 226, § 8º.

A perspectiva de direitos humanos modifica a pergunta jurídica central. Não basta indagar qual pena poderá ser aplicada ao agressor depois da ocorrência do dano. É necessário perguntar quais providências podem ser adotadas imediatamente para evitar a repetição da violência, preservar a integridade da mulher e permitir que ela exerça seus direitos em condições de segurança.

## 3 A LEI MARIA DA PENHA E A SUPERAÇÃO DO MODELO EXCLUSIVAMENTE REPRESSIVO

A Lei nº 11.340/2006 criou uma arquitetura jurídica que combina prevenção, proteção, assistência e responsabilização. Em vez de concentrar a atuação estatal exclusivamente no processo penal, a lei contempla medidas destinadas à vítima, restrições dirigidas ao agressor, providências de assistência social e mecanismos de articulação institucional.

O trabalho acadêmico originário já identificava essa característica ao examinar as medidas protetivas de urgência destinadas tanto a obrigar o agressor quanto a proteger diretamente a ofendida. Na versão analisada à época, eram destacadas, entre outras providências, a suspensão ou restrição do porte de armas, o afastamento do lar, a proibição de aproximação e contato, a restrição de visitas aos dependentes e a prestação de alimentos provisórios.

A disciplina contemporânea ampliou a compreensão dessa proteção. A Lei nº 14.550/2023 introduziu no art. 19 da Lei Maria da Penha a previsão de que as medidas protetivas podem ser concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou de boletim de ocorrência. Também estabeleceu que as medidas devem vigorar enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

A alteração é relevante porque desloca a tutela protetiva de uma lógica de dependência em relação ao processo penal para uma lógica de prevenção do risco. A medida protetiva passa a ser compreendida como instrumento de proteção em si mesmo, cuja finalidade não é antecipar uma condenação, mas impedir ou reduzir a continuidade da violência.

## 4 A ATUAÇÃO POLICIAL E A IMPORTÂNCIA DA RESPOSTA IMEDIATA

A autoridade policial exerce papel decisivo no primeiro contato institucional da vítima com o sistema de justiça. A Lei Maria da Penha estabelece providências específicas após o registro da ocorrência, incluindo a colheita de elementos de informação, a adoção das medidas legalmente cabíveis e o encaminhamento do pedido de proteção ao Poder Judiciário.

No caso analisado no trabalho acadêmico, a vítima foi encaminhada para atendimento hospitalar após sofrer agressão e posteriormente orientada a comparecer à Delegacia Especial de Atendimento à Mulher. Foram registrados depoimentos, realizada solicitação de exame médico-legal e determinada a instauração do procedimento policial para apuração da lesão corporal. O material registra, entretanto, que não foi possível identificar, a partir dos documentos analisados naquele momento, qual providência concreta havia sido adotada em relação ao agressor após o encaminhamento do inquérito.

Essa constatação permite formular uma questão contemporânea: a eficiência da proteção não pode ser medida apenas pela abertura do procedimento policial. É necessário verificar se o fluxo institucional produziu proteção concreta. O registro da ocorrência, a realização de exame, a oitiva de testemunhas e a remessa do expediente são etapas importantes, mas a resposta estatal deve ser acompanhada até que as medidas de proteção tenham sido efetivamente apreciadas e implementadas.

A Lei nº 15.411/2026 reforçou a urgência da resposta policial ao modificar o art. 12-C da Lei Maria da Penha. Atualmente, verificada situação de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial da mulher ou de seus dependentes, o agressor deve ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência, observadas as hipóteses legais.

A atuação policial, portanto, deve ser compreendida como parte de uma cadeia de proteção. Falhas de comunicação, demora na remessa, ausência de avaliação adequada do risco ou descontinuidade entre os órgãos podem comprometer a finalidade protetiva da legislação.

## 5 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: NATUREZA, FINALIDADE E AUTONOMIA

As medidas protetivas constituem um dos principais instrumentos de resposta imediata previstos na Lei Maria da Penha. Elas podem atingir diretamente o agressor ou estabelecer providências em favor da mulher e de seus dependentes. Entre as medidas direcionadas ao agressor estão o afastamento do lar, a proibição de aproximação e contato, a restrição de determinadas condutas e a suspensão ou restrição de arma, além de outras providências previstas em lei. Entre as medidas dirigidas à ofendida encontram-se encaminhamentos à rede de atendimento, recondução ao domicílio, afastamento do lar e separação de corpos.

A legislação atual reforça a autonomia dessas providências. A Lei nº 14.550/2023 determinou expressamente que as medidas protetivas podem ser concedidas independentemente da tipificação penal, do ajuizamento de ação, da existência de inquérito ou de boletim de ocorrência. Essa opção legislativa está vinculada à necessidade de impedir que a proteção seja retardada por exigências processuais incompatíveis com a urgência do risco.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou essa compreensão no Tema Repetitivo 1.249. A Terceira Seção estabeleceu que as medidas protetivas possuem natureza jurídica de tutela inibitória, não dependem da existência de boletim de ocorrência, inquérito ou processo cível ou criminal e devem vigorar enquanto persistir a situação de risco. O tribunal também assentou que o arquivamento do inquérito ou a absolvição do acusado não implicam, automaticamente, o fim da medida protetiva, caso o risco permaneça.

A consequência prática é expressiva. A medida protetiva não deve ser tratada como simples acessório do processo penal. Ela possui finalidade própria: interromper condutas, impedir aproximações, reduzir oportunidades de reiteração da violência e preservar a integridade da mulher. O processo penal poderá seguir sua própria lógica probatória e temporal, mas a proteção deve acompanhar a realidade concreta do risco.

A alteração promovida pela Lei nº 15.412/2026 acrescentou ainda que as medidas protetivas de natureza cível, inclusive as relativas a alimentos provisionais ou provisórios, constituem título executivo judicial de pleno direito e dispensam a propositura de ação principal. A mudança amplia a capacidade de efetivação das providências cíveis deferidas no âmbito protetivo.

## 6 AÇÃO PENAL E O PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O caso estudado no trabalho de origem ocorreu em janeiro de 2009 e foi enquadrado, naquele momento, como lesão corporal decorrente de violência doméstica, prevista no art. 129, § 9º, do Código Penal. A discussão sobre a necessidade de representação da vítima era então relevante para a compreensão do fluxo processual.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.424, firmou entendimento de que a ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública

incondicionada. A decisão foi julgada pelo Plenário em 9 de fevereiro de 2012, com acórdão publicado em 2014.

A mudança possui dimensão protetiva porque retira da vítima a responsabilidade de decidir, sozinha, sobre a continuidade da persecução penal em uma hipótese na qual a violência ocorre em contexto marcado por relações de poder, dependência e possível risco de reiteração. Isso não elimina a necessidade de escuta e respeito à vítima, mas modifica a natureza jurídica da persecução penal.

É importante distinguir, contudo, duas dimensões que frequentemente são confundidas: a ação penal e a medida protetiva. A primeira está relacionada à responsabilização criminal; a segunda, à proteção diante do risco. A autonomia das medidas protetivas, hoje reforçada por lei e jurisprudência, impede que a proteção seja automaticamente condicionada ao destino da persecução penal.

## 7 A PERSPECTIVA DE GÊNERO E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

A aplicação da Lei Maria da Penha demanda atenção às circunstâncias concretas em que a violência ocorre. O Conselho Nacional de Justiça elaborou, em 2021, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, posteriormente incorporado à política judiciária por atos normativos do próprio CNJ. A Resolução CNJ nº 492/2023 consolidou a adoção da perspectiva de gênero nos julgamentos e estabeleceu medidas de capacitação e acompanhamento.

A perspectiva de gênero não significa substituir a análise jurídica por uma presunção automática em favor de qualquer das partes. Significa reconhecer que determinados fenômenos sociais possuem estruturas e padrões específicos e que a interpretação do caso concreto não deve reproduzir estereótipos que dificultem o acesso à justiça. O próprio Protocolo do CNJ destaca a autonomia

das medidas protetivas e a importância da avaliação do risco. □cite□turn1search35□

Em casos de violência doméstica, a análise do risco deve considerar elementos como histórico de agressões, ameaças, perseguição, acesso a armas, dependência econômica, presença de filhos, ruptura recente da relação e outras circunstâncias capazes de aumentar a vulnerabilidade. A avaliação deve ser individualizada e fundamentada nos elementos disponíveis.

Essa abordagem é especialmente relevante porque a violência doméstica frequentemente se desenvolve de maneira progressiva. Um episódio aparentemente isolado pode estar inserido em uma sequência de controle, ameaça, humilhação, violência patrimonial ou agressões anteriores. O Direito, ao examinar apenas o fato mais recente, corre o risco de desconsiderar o contexto necessário para a avaliação do perigo.

## 8 A DIMENSÃO CÍVEL, FAMILIAR E TRABALHISTA DA PROTEÇÃO

A violência doméstica produz efeitos que não se limitam ao Direito Penal. A mulher pode precisar de alimentos, proteção patrimonial, reorganização da guarda dos filhos, afastamento do lar, separação de corpos, mudança de residência ou medidas relacionadas ao trabalho. A própria estrutura da Lei Maria da Penha reconhece essa multidimensionalidade.

O trabalho acadêmico anterior já observava que a lei alcança o campo trabalhista ao assegurar a manutenção do vínculo de emprego quando necessário o afastamento da mulher do local de trabalho, nos termos do art. 9º, § 2º, II. O estudo também discutia, à luz da doutrina trabalhista então consultada, a distinção entre suspensão e interrupção do contrato.

A proteção trabalhista deve ser lida em conjunto com a finalidade de impedir que a violência produza uma segunda forma de vulnerabilização: a perda do emprego, da renda e da autonomia econômica. A autonomia financeira pode ser elemento decisivo para que a mulher consiga romper a convivência violenta e reorganizar sua vida.

Do mesmo modo, questões relativas a filhos e patrimônio não devem ser tratadas como temas estranhos à proteção. A Lei Maria da Penha prevê medidas que alcançam visitas, alimentos e permanência no lar. A Lei nº 15.412/2026, ao conferir força executiva às medidas protetivas de natureza cível, reforçou essa dimensão prática da tutela.

## 9 O CENÁRIO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA BAHIA

A análise jurídica ganha dimensão concreta quando confrontada com dados sobre a realidade estadual. Segundo levantamento da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia, elaborado em parceria com a Secretaria da Segurança Pública, a Bahia registrou 102 feminicídios em 2025. No período de 2017 a 2025, foram contabilizados 891 feminicídios no estado.

Os dados não permitem, isoladamente, explicar todas as causas da violência ou avaliar a eficiência de cada política pública. Eles, contudo, evidenciam a permanência de um problema grave e justificam a necessidade de monitoramento contínuo das respostas institucionais.

No âmbito do Poder Judiciário, o CNJ disponibiliza painel específico de violência contra a mulher, com dados sobre medidas protetivas, violência doméstica, feminicídio e estrutura judiciária. Em 2024, foram registradas 827.990 movimentações relacionadas a medidas protetivas, incluindo 578.849 decisões de concessão e 51.285 de denegação.

Dados mais recentes do CNJ indicaram que, nos doze meses encerrados em maio de 2026, 85% das 675.969 decisões relativas a pedidos de medidas protetivas receberam primeira resposta judicial em até 24 horas. O dado demonstra a relevância da celeridade na tutela e, ao mesmo tempo, evidencia a necessidade de monitorar não apenas o tempo de decisão, mas também a adequação e a efetividade das medidas concedidas.

No contexto baiano, a articulação entre polícia, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, serviços de saúde, assistência social e equipamentos especializados é particularmente importante. A proteção jurídica somente alcança sua finalidade quando a decisão judicial é acompanhada de condições concretas para que a mulher permaneça segura.

## 10 RELEITURA DO CASO CONCRETO À LUZ DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O caso analisado no trabalho acadêmico de 2012 apresenta uma situação de agressão física praticada por companheiro durante uma discussão. A vítima recebeu atendimento hospitalar, foi orientada a procurar a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher e o procedimento policial contou com depoimentos, exame médico-legal e providências de investigação.

À luz do ordenamento atual, a análise do caso deveria incorporar elementos que não possuíam a mesma densidade normativa e jurisprudencial na época. O primeiro deles é a autonomia das medidas protetivas. Não seria juridicamente adequado considerar a proteção como simples consequência eventual da existência de inquérito ou ação penal. O risco à integridade da mulher é o elemento central da tutela protetiva.

O segundo ponto é a necessidade de avaliação contextual. A existência de uma agressão física deve ser examinada conjuntamente com eventual histórico de violência, ameaças, perseguição, controle,

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

uso de armas, dependência econômica ou outros indicadores de risco. A medida adequada dependerá das circunstâncias concretas.

O terceiro aspecto é a distinção entre responsabilização penal e proteção. Mesmo que o processo penal venha a ter determinado resultado, a necessidade de proteção deve ser examinada autonomamente. Essa compreensão está atualmente expressa na legislação e foi consolidada pelo STJ no Tema 1.249.

Por fim, a análise contemporânea deve verificar a efetiva continuidade do fluxo institucional. Não basta saber que o inquérito foi instaurado; é necessário identificar se houve apreciação das medidas protetivas, comunicação adequada à vítima, encaminhamento à rede de atendimento e providências destinadas a impedir a repetição da violência.

## 11 DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA PROTETIVA

A existência de legislação protetiva ampla não garante, por si só, a eliminação da violência. A efetividade depende de recursos institucionais, capacitação profissional, integração entre órgãos e capacidade de identificar situações de risco antes que a violência alcance níveis mais graves.

Um primeiro desafio é evitar a fragmentação da resposta estatal. A mulher pode percorrer delegacia, serviço de saúde, Defensoria Pública, Ministério Público, Judiciário, assistência social e outros equipamentos. Se cada órgão atua isoladamente, aumenta o risco de repetição de relatos, perda de informações e demora.

Um segundo desafio é garantir que a medida protetiva seja compreendida pela vítima e pelo agressor. A clareza da decisão, a comunicação adequada e o acompanhamento de seu cumprimento são componentes da efetividade. A proibição de contato, por exemplo, precisa ser suficientemente clara para permitir sua compreensão e fiscalização.

Um terceiro desafio está na proteção econômica. A ruptura de uma relação violenta pode produzir perda de moradia, renda e suporte familiar. Por isso, a tutela jurídica precisa dialogar com políticas de assistência, empregabilidade, habitação, saúde e educação.

Um quarto desafio consiste em avaliar a proteção sem transformar a vítima em objeto do processo. A perspectiva de gênero pressupõe reconhecer sua autonomia e sua condição de sujeito de direitos. A proteção não deve significar apagamento da vontade da mulher, mas criação de condições para que suas escolhas possam ser realizadas com segurança e informação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória da Lei Maria da Penha revela uma transformação importante na forma como o Direito brasileiro enfrenta a violência doméstica contra a mulher. O modelo atual não se limita à punição posterior do agressor: busca prevenir a continuidade da violência e oferecer proteção imediata à mulher e aos seus dependentes.

A análise do caso concreto que serviu de ponto de partida para este estudo demonstra como a compreensão jurídica evoluiu desde 2009. Questões que anteriormente estavam fortemente vinculadas ao inquérito e à persecução penal passaram a ser analisadas também sob a perspectiva autônoma do risco e da proteção. A jurisprudência do STF sobre a ação penal e, posteriormente, as alterações legislativas e o Tema 1.249 do STJ contribuíram para essa transformação.

As medidas protetivas de urgência ocupam posição central nesse sistema. Sua finalidade é impedir a continuidade ou a reiteração da violência e preservar bens jurídicos fundamentais. A legislação atual expressamente reconhece sua autonomia e sua vigência enquanto persistir o risco. As alterações de 2026 acrescentaram instrumentos relevantes para a efetividade cível da

proteção e ampliaram as hipóteses de afastamento imediato do agressor.

No entanto, a efetividade não pode ser aferida somente pela existência de leis ou pelo número de decisões judiciais. É necessário verificar se a mulher efetivamente recebeu proteção, se o risco foi adequadamente avaliado, se a medida foi cumprida e se a rede de atendimento conseguiu oferecer condições para a reconstrução de sua autonomia.

Na Bahia, os dados recentes de feminicídio mostram que o problema permanece presente em escala significativa. O enfrentamento exige, portanto, atuação permanente e integrada das instituições, produção e utilização qualificada de dados, capacitação profissional e fortalecimento da rede de proteção.

Por fim, a tutela jurídica da mulher em situação de violência doméstica deve ser compreendida como expressão concreta do dever constitucional e convencional de proteção dos direitos humanos. A resposta jurídica adequada é aquela capaz de unir celeridade, segurança, respeito à autonomia, análise contextual e efetividade. A Lei Maria da Penha oferece instrumentos para isso; o desafio permanente está em fazer com que esses instrumentos produzam proteção real na vida das mulheres.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL. Lei nº 14.149, de 5 de maio de 2021. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco.

BRASIL. Lei nº 14.550, de 19 de abril de 2023. Altera a Lei nº 11.340/2006 para dispor sobre medidas protetivas de urgência.

BRASIL. Lei nº 15.411, de 20 de maio de 2026. Altera a Lei nº 11.340/2006 para incluir riscos à integridade sexual, moral ou patrimonial como fundamento para afastamento do agressor.

BRASIL. Lei nº 15.412, de 20 de maio de 2026. Altera a Lei nº 11.340/2006 para disciplinar medidas protetivas e conferir força executiva às medidas de natureza cível.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424. Plenário, julgamento em 9 fev. 2012. Acórdão publicado em 1 ago. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: CNJ/ENFAM, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 492, de 17 de março de 2023. Estabelece diretrizes para adoção da perspectiva de gênero nos julgamentos.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel Violência contra a Mulher. Brasília: CNJ, dados atualizados em 2026.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Tema Repetitivo 1.249. Terceira Seção. Medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha. Natureza jurídica e duração. Brasília: STJ, 2024.

SUPERINTENDÊNCIA DE ESTUDOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA BAHIA; SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Feminicídios na Bahia 2026: dados de 2017 a 2025. Salvador: SEI/SSP-BA, 2026.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher. Curitiba: Juruá, 2007.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO CPC/2015 E SUA EFETIVIDADE APÓS MAIS DE UMA DÉCADA DE VIGÊNCIA

*The Key Innovations of the 2015 Code of Civil Procedure and Their Effectiveness After More Than a Decade in Force*

**Juliana de Oliveira Souza Alves**[7]

**RESUMO:**

O presente artigo retoma algumas das principais inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e procura examiná-las não mais sob a perspectiva de sua novidade legislativa, mas a partir da experiência acumulada após mais de uma década de vigência. O estudo concentra-se na valorização da solução consensual dos conflitos, na reorganização da defesa do réu, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, na ordem de julgamento dos processos e na contagem dos prazos processuais. Parte-se da premissa de que a efetividade da tutela jurisdicional não decorre automaticamente da criação de novos instrumentos normativos. A mudança legislativa pode criar condições para uma prestação jurisdicional mais adequada, mas seus resultados dependem também da forma como os institutos são compreendidos e aplicados, da estrutura disponível ao Poder Judiciário e da atuação dos sujeitos processuais. A pesquisa é qualitativa, de natureza bibliográfica e documental, e utiliza legislação, doutrina e jurisprudência para sustentar uma análise predominantemente autoral. Conclui-se que o CPC/2015 produziu avanços relevantes, especialmente ao aproximar o processo dos valores constitucionais, fortalecer a autocomposição e criar mecanismos de racionalização das demandas repetitivas, mas ainda existem limites entre a promessa normativa de efetividade e sua concretização cotidiana.

[7] Juliana de Oliveira Souza Alves é bacharela em Direito pela Faculdade Batista Brasileira, com conclusão em 2015.2, pós-graduada em Direito Processual Civil, advogada e Analista Técnica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE-BA).

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil. CPC/2015. Efetividade. Autocomposição. IRDR. Processo civil.

## ABSTRACT

This article revisits some of the main innovations introduced by the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure and examines them not from the perspective of legislative novelty, but from the experience accumulated after more than a decade of its effectiveness. The study focuses on consensual dispute resolution, the reorganization of the defendant's defense, the Incident for the Resolution of Repetitive Claims, the order of judgments and the calculation of procedural deadlines. It starts from the premise that effective judicial protection does not automatically result from the creation of new procedural instruments. Legislative reform may create conditions for a more adequate judicial service, but its results also depend on how legal mechanisms are interpreted and applied, on the institutional structure available to the Judiciary and on the conduct of the participants in the proceedings. The research is qualitative and bibliographical-documentary, using legislation, legal scholarship and case law to support a predominantly authorial analysis. It concludes that the 2015 Code produced relevant advances, particularly by bringing procedure closer to constitutional values, strengthening consensual resolution and creating mechanisms for rational treatment of repetitive litigation, while important gaps remain between the normative promise of effectiveness and its daily realization.

**Keywords:** Code of Civil Procedure. CPC/2015. Effectiveness. Consensual dispute resolution. IRDR. Civil procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

O processo civil não é um fim em si mesmo. Sua razão de existir está relacionada à necessidade de oferecer uma resposta institucional aos conflitos, assegurando às partes participação efetiva

e permitindo que o direito material seja realizado de maneira adequada. Por isso, quando o procedimento deixa de cumprir essa função, seja pela demora excessiva, pelo formalismo desnecessário ou pela ausência de mecanismos capazes de lidar com conflitos repetitivos, a discussão sobre sua reforma torna-se inevitável.

Foi nesse cenário que se consolidou a elaboração do Código de Processo Civil de 2015. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu um novo diploma processual, cuja vigência teve início um ano após sua publicação. Desde sua origem, o Código foi apresentado como instrumento de aproximação entre processo e Constituição, incorporando expressamente normas fundamentais e valorizando a cooperação, o contraditório, a duração razoável do processo e a solução consensual dos conflitos. A própria estrutura do Código demonstra essa preocupação ao iniciar a disciplina processual pelas normas fundamentais e pela aplicação constitucional do processo. (BRASIL, 2015).

Mais de uma década depois, entretanto, já não é suficiente perguntar quais foram as novidades trazidas pelo CPC/2015. A questão mais relevante passou a ser outra: em que medida essas novidades produziram os resultados esperados? A passagem do tempo permite observar que determinadas mudanças se consolidaram, outras foram modificadas pelo próprio legislador e algumas continuam cercadas de controvérsias interpretativas.

Esse deslocamento de perspectiva constitui o ponto central deste artigo. O objetivo não é apresentar todas as alterações promovidas pelo CPC/2015, tarefa incompatível com os limites de um estudo desta natureza, mas selecionar alguns institutos que, desde o trabalho originalmente desenvolvido pela autora, permanecem relevantes para compreender a transformação do processo civil brasileiro.

São analisados cinco eixos: a solução consensual dos conflitos; a reorganização da defesa do réu; o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; a ordem de julgamento dos processos; e a contagem dos prazos processuais em dias úteis. A escolha decorre da importância que esses mecanismos possuem para a promessa de um processo mais simples, previsível e efetivo.

A hipótese defendida é que o CPC/2015 efetivamente produziu uma mudança de orientação no processo civil brasileiro, mas não conseguiu, sozinho, solucionar os obstáculos que dificultam a entrega de uma tutela jurisdicional adequada. A efetividade do processo depende de uma combinação entre norma, interpretação, estrutura institucional e comportamento dos sujeitos processuais.

A pesquisa é qualitativa, com utilização de fontes legislativas, bibliográficas e jurisprudenciais. Diferentemente do trabalho de graduação que serviu como ponto de partida, a presente versão privilegia a análise crítica da experiência posterior à entrada em vigor do Código, evitando tratar as alterações como promessas ainda não testadas.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A história do processo civil brasileiro demonstra que a construção de um sistema processual adequado sempre esteve ligada às transformações sociais e institucionais do país. Após a Independência, normas de origem portuguesa continuaram a influenciar a disciplina processual. Gradualmente, porém, o Brasil passou a construir instrumentos próprios para organizar a atividade jurisdicional.

Entre os marcos históricos lembrados pela doutrina está a disposição provisória de 1832 sobre a administração da Justiça Civil, vinculada ao Código de Processo Criminal. O Regulamento nº 737, de 1850, também exerceu papel relevante na formação do processo brasileiro, inicialmente no âmbito comercial e posteriormente com influência sobre as causas civis.

A descentralização legislativa decorrente da Constituição de 1891 permitiu a existência de códigos processuais estaduais. A Constituição de 1934 alterou esse cenário ao concentrar na União a competência para legislar sobre processo, o que contribuiu para a

elaboração de uma codificação nacional. O Código de Processo Civil de 1939 foi posteriormente substituído pelo Código de 1973.

O CPC de 1973 representou importante etapa de sistematização. Contudo, a multiplicidade de reformas ocorridas durante sua vigência acabou produzindo um conjunto normativo que passou a exigir nova organização. A criação do CPC/2015 deve ser compreendida, portanto, não como acontecimento isolado, mas como resultado de um processo histórico de tentativa de adequação das normas processuais às necessidades sociais.

A retrospectiva histórica é útil apenas na medida em que permite compreender um ponto: os problemas do processo civil não desaparecem com a edição de um novo código. A experiência brasileira demonstra que mudanças legislativas respondem a determinados problemas de seu tempo, mas também produzem novas questões. Por isso, avaliar o CPC/2015 após mais de uma década é uma forma de verificar o que efetivamente se consolidou e o que permanece como desafio.

## 3 O CPC/2015 E A APROXIMAÇÃO ENTRE PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

Uma das mudanças mais relevantes promovidas pelo CPC/2015 não está em um único procedimento, mas na forma como o Código passou a apresentar o próprio processo civil. O art. 1º determina que o processo seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição. O dispositivo funciona como uma diretriz de leitura de todo o sistema processual.

Essa opção possui consequência prática. A atividade jurisdicional não pode ser avaliada apenas pelo resultado numérico de processos encerrados. A tutela será efetiva quando conseguir oferecer resposta adequada ao conflito, em tempo razoável e com respeito às garantias processuais. A rapidez, isoladamente, não constitui sinônimo de efetividade.

O CPC/2015 também tornou expressa a preferência pela solução consensual. O art. 3º estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e determina que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais. (BRASIL, 2015).

A lógica constitucional do Código também aparece na valorização do contraditório e da cooperação. A parte não deve ser surpreendida por decisão baseada em fundamento sobre o qual não teve oportunidade de se manifestar, ao mesmo tempo em que os sujeitos processuais devem atuar de forma compatível com a boa-fé e com a finalidade de construção de uma decisão legítima.

Na prática, essa mudança de paradigma é talvez mais importante do que a simples alteração de prazos ou de peças processuais. O Código de 2015 propõe uma forma diferente de compreender o processo: menos como sucessão mecânica de atos e mais como instrumento destinado à solução adequada do conflito.

## 4 SOLUÇÃO CONSENSUAL: ENTRE A PREVISÃO LEGAL E A EXPERIÊNCIA PRÁTICA

A conciliação e a mediação ocupam lugar de destaque no CPC/2015. A audiência prevista no art. 334 representa a tentativa de inserir a possibilidade de acordo no início do procedimento comum, antes que a litigiosidade se desenvolva integralmente.

A mudança foi significativa porque o legislador deixou de tratar a composição consensual como simples possibilidade periférica e passou a incorporá-la à própria dinâmica do procedimento. A audiência, contudo, não deve ser compreendida como etapa meramente burocrática. Se sua realização consistir apenas na pergunta formal sobre a existência de acordo, sem ambiente adequado para negociação, perde-se parte importante da finalidade do instituto.

A experiência prática demonstra que a efetividade da autocomposição depende de fatores que ultrapassam o texto do art. 334. A existência de centros de conciliação estruturados, a preparação de conciliadores e mediadores, a presença efetiva das partes e a possibilidade de negociação em condições minimamente equilibradas são elementos relevantes.

Há ainda uma questão interpretativa importante. O § 4º do art. 334 prevê hipóteses em que a audiência não será realizada, entre elas a manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes. A situação em que apenas uma parte manifesta desinteresse gerou controvérsia jurisprudencial. Em 2024, a Corte Especial do STJ afetou o REsp 2.071.340/MG ao rito dos repetitivos, no Tema 1.271, para definir se a inobservância da audiência, quando apenas uma das partes manifesta desinteresse, implica nulidade do processo. Até a elaboração deste artigo, a controvérsia permanecia submetida ao julgamento repetitivo. (STJ, 2024).

A existência dessa controvérsia é reveladora. O CPC/2015 pretendeu fortalecer a cultura da autocomposição, mas a aplicação do modelo exige compatibilização entre a obrigatoriedade legal, a autonomia das partes e a racionalidade do procedimento. Não se trata de obrigar alguém a celebrar acordo, mas de assegurar, quando presentes os pressupostos legais, uma oportunidade real para que a composição seja tentada.

Após mais de uma década, portanto, o principal desafio não é saber se a conciliação e a mediação devem ser estimuladas. Isso já está claramente incorporado ao sistema. O desafio é evitar que a valorização normativa da autocomposição seja reduzida a estatística de audiências realizadas. O indicador relevante deve ser a qualidade da oportunidade de composição oferecida às partes.

## 5 A DEFESA DO RÉU E A RACIONALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

O CPC/2015 também procurou simplificar a defesa do réu. A opção legislativa foi concentrar, tanto quanto possível, as matérias defensivas na contestação e reduzir a fragmentação procedimental que poderia exigir a utilização de diferentes peças ou incidentes.

A mudança possui uma virtude evidente: quanto menor a dispersão dos argumentos defensivos, mais fácil tende a ser a compreensão global da controvérsia. A concentração também pode reduzir movimentações desnecessárias e permitir que o juiz identifique mais cedo quais são efetivamente os pontos controvertidos.

A reconvenção constitui exemplo dessa flexibilidade. O CPC/2015 permite que o pedido do réu contra o autor seja formulado na própria contestação ou em petição autônoma. A escolha pelo legislador demonstra preocupação com a funcionalidade do procedimento, sem abandonar a necessidade de contraditório.

Entretanto, simplificar não significa retirar garantias. A racionalização do procedimento só produz resultado positivo quando reduz formalidades que não acrescentam proteção efetiva, e não quando limita o espaço de defesa. Essa distinção é essencial: a simplificação deve servir ao contraditório, e não substituí-lo.

A experiência de aplicação do Código reforça essa conclusão. O processo mais eficiente não é necessariamente aquele com menos atos, mas aquele em que os atos realizados possuem finalidade clara. A redução de formalidades inúteis pode contribuir para a duração razoável do processo; a eliminação de garantias, ao contrário, pode produzir nulidades e aumentar o tempo de tramitação.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

## 6 IRDR: UNIFORMIZAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E OS LIMITES DA PADRONIZAÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi uma das inovações mais expressivas do CPC/2015. O instituto surgiu em um cenário de aumento de demandas semelhantes e de preocupação com decisões contraditórias para situações juridicamente equivalentes.

O art. 976 condiciona o cabimento do IRDR à existência simultânea de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A exigência de requisitos cumulativos é importante porque impede que o incidente seja transformado em mecanismo genérico de consulta.

O mérito do instituto está em permitir que uma questão jurídica repetitiva seja examinada de forma concentrada, com posterior aplicação da tese aos processos que apresentem a mesma controvérsia. Em teoria, isso reduz a multiplicação de decisões divergentes e permite que o Judiciário utilize melhor seus recursos.

Mais de uma década de vigência também permite observar que uniformização e padronização não são sinônimos. Uma tese jurídica pode proporcionar previsibilidade sem eliminar a necessidade de distinguir situações concretamente diferentes. O risco aparece quando a busca por decisões uniformes passa a desconsiderar peculiaridades relevantes dos casos submetidos ao Judiciário.

O próprio percurso jurisprudencial do instituto demonstra que existem questões complexas sobre sua utilização. No REsp 1.798.374/DF, julgado pela Corte Especial em 2022, o STJ examinou questão relacionada à recorribilidade de acórdão proferido em pedido de revisão de tese fixada em IRDR, reconhecendo a relevância da distinção entre a formação da tese e sua aplicação ao caso concreto. (STJ, 2022).

A partir dessa experiência, é possível afirmar que o IRDR contribui para a efetividade quando utilizado para resolver problemas genuinamente repetitivos, e não simplesmente para produzir respostas abstratas. Sua legitimidade depende de participação adequada dos interessados, identificação precisa da questão jurídica e aplicação coerente da tese posteriormente fixada.

Há, portanto, uma contribuição relevante do CPC/2015 para a segurança jurídica, mas ela não é automática. O sistema de precedentes e julgamento de demandas repetitivas exige responsabilidade interpretativa. Uniformizar o que é efetivamente comum aumenta a previsibilidade; uniformizar situações diferentes pode apenas deslocar o problema.

## 7 A ORDEM DE JULGAMENTO E A GESTÃO DO ACERVO

O CPC/2015 originalmente estabeleceu, no art. 12, que juízes e tribunais deveriam observar a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. A regra buscava criar critério objetivo para a organização da pauta e reduzir a possibilidade de escolhas pouco transparentes.

A disciplina, entretanto, foi modificada pela Lei nº 13.256/2016, que substituiu a ideia de observância obrigatória pela preferência da ordem cronológica. A alteração é importante para compreender a experiência do instituto: o próprio legislador percebeu que uma regra rígida poderia entrar em tensão com necessidades concretas da administração judicial e com as prioridades previstas em lei.

Na perspectiva atual, a ordem cronológica permanece como instrumento de transparência e gestão, mas não pode ser analisada isoladamente. O Judiciário lida com processos de complexidades distintas, prioridades legais, tutelas urgentes e situações que exigem tratamento diferenciado.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

Por isso, a contribuição mais importante da regra talvez esteja na criação de um parâmetro público de organização, e não na pretensão de que todo julgamento deva seguir uma fila absoluta. A efetividade depende de critérios objetivos e transparentes, mas também de capacidade administrativa para gerir exceções.

Essa conclusão dialoga com a ideia central deste artigo: uma boa norma processual não precisa eliminar toda margem de gestão. Precisa, sobretudo, impedir arbitrariedade e permitir que as escolhas institucionais possam ser justificadas e controladas.

## 8 PRAZOS PROCESSUAIS EM DIAS ÚTEIS

A contagem dos prazos processuais em dias úteis foi uma das alterações mais percebidas pelos profissionais que passaram a atuar sob o CPC/2015. O art. 219 estabeleceu que, na contagem de prazo em dias determinado por lei ou pelo juiz, devem ser considerados apenas os dias úteis.

A mudança possui uma justificativa prática evidente. A atividade processual exige atuação profissional que não se limita ao momento de protocolar uma peça. A elaboração de uma manifestação pressupõe estudo dos autos, pesquisa, contato com a parte e construção da estratégia processual. A consideração dos dias úteis procura conferir maior correspondência entre o prazo formal e o tempo efetivamente disponível para a atuação.

A alteração também trouxe novos problemas interpretativos. A primeira questão é definir quando determinado prazo possui natureza processual. A jurisprudência do STJ tem reconhecido a aplicação do art. 219 aos prazos judiciais de natureza processual. No REsp 1.778.885/DF, a Segunda Turma decidiu que o prazo judicial para cumprimento de obrigação de fazer, por possuir natureza processual, deve ser contado em dias úteis. (STJ, 2021).

Mais uma vez, percebe-se que a efetividade não deve ser confundida com aceleração absoluta. Um prazo adequado pode contribuir para uma decisão melhor construída e reduzir erros, retrabalho e nulidades. A mudança introduzida pelo CPC/2015, nesse aspecto, representa uma escolha legislativa que valoriza a qualidade da participação processual.

Depois de mais de uma década, a contagem em dias úteis já se incorporou à rotina forense. A discussão contemporânea não está mais em saber se a mudança deve existir, mas em delimitar corretamente seu alcance e impedir que a regra seja utilizada fora das hipóteses em que o prazo efetivamente possui natureza processual.

## 9 A EFETIVIDADE DO CPC/2015 APÓS MAIS DE UMA DÉCADA

A análise dos institutos selecionados permite responder ao problema proposto. O CPC/2015 efetivamente modificou a cultura processual brasileira, mas os resultados concretos são desiguais.

No campo da autocomposição, houve clara mudança de orientação: conciliação e mediação passaram a ocupar posição central no desenho do procedimento. No tratamento das demandas repetitivas, o IRDR criou mecanismo voltado à uniformização de questões relevantes. Na organização procedimental, a concentração da defesa e a contagem de prazos em dias úteis alteraram práticas consolidadas. Na gestão dos julgamentos, a ordem cronológica introduziu parâmetro de transparência, ainda que posteriormente flexibilizado.

Esses avanços, contudo, não eliminaram o problema da morosidade. A razão é simples: a duração do processo não depende apenas da lei processual. Estrutura física, quantidade de servidores, número de magistrados, tecnologia, gestão dos acervos, comportamento das partes e grau de complexidade das demandas também influenciam o tempo de tramitação.

Além disso, a própria quantidade de demandas submetidas ao Judiciário produz uma contradição. O acesso à Justiça é valor fundamental, mas o aumento do número de processos exige mecanismos capazes de administrar a litigiosidade sem transformar a prestação jurisdicional em atividade meramente estatística.

Outro limite está na distância entre a norma e sua aplicação. Uma audiência de conciliação pode existir formalmente sem produzir diálogo efetivo. Um precedente pode ser citado sem que a situação concreta seja adequadamente comparada com o caso que originou a tese. Uma ordem cronológica pode existir no sistema sem resolver, por si só, a falta de capacidade de gestão. Um prazo em dias úteis pode oferecer mais tempo sem garantir uma defesa tecnicamente adequada.

Isso não significa que o CPC/2015 tenha fracassado. Ao contrário. Significa reconhecer que a lei processual é apenas um dos elementos de um sistema mais amplo. O Código criou instrumentos importantes; a efetividade depende de sua utilização adequada.

A experiência acumulada desde 2016 permite, portanto, uma conclusão mais equilibrada do que aquela possível no momento da aprovação do Código. O CPC/2015 não deve ser visto como solução definitiva para todos os problemas do processo civil, mas como uma etapa relevante de transformação. Sua maior contribuição talvez esteja justamente em ter deslocado o debate para a qualidade da tutela jurisdicional, e não apenas para a existência de procedimentos.

Em outras palavras, o desafio contemporâneo não é produzir um processo simplesmente mais rápido, mas um processo capaz de entregar, em tempo razoável, uma resposta adequada, fundamentada, participativa e compatível com o direito material discutido.

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo partiu de uma questão simples, mas fundamental: o que efetivamente mudou no processo civil brasileiro depois de mais de uma década de vigência do CPC/2015?

A análise demonstra que houve mudança relevante. O Código incorporou expressamente uma perspectiva constitucional do processo, fortaleceu a solução consensual, racionalizou determinados procedimentos, criou o IRDR e alterou a disciplina dos prazos. Também estabeleceu parâmetros destinados a aumentar a previsibilidade e a transparência da atividade jurisdicional.

Entretanto, a experiência posterior à entrada em vigor do Código demonstra que nenhuma dessas medidas produz efetividade de forma automática. A realização de uma audiência não significa que houve autocomposição efetiva; a existência de uma tese repetitiva não elimina a necessidade de distinguir casos; uma regra de organização da pauta não substitui gestão; e a ampliação do tempo útil para atuação profissional não resolve, isoladamente, a morosidade estrutural.

A principal conclusão é, portanto, que o CPC/2015 deve ser compreendido como instrumento e não como resposta definitiva. A efetividade da tutela jurisdicional é resultado de uma construção permanente, que exige legislação adequada, interpretação responsável, estrutura institucional e participação qualificada dos sujeitos processuais.

Mais de uma década de vigência permite reconhecer tanto os avanços quanto os limites do Código. A tarefa contemporânea não é simplesmente defender novas reformas legislativas, mas avaliar criticamente os mecanismos já existentes e fazer com que sejam aplicados de acordo com sua finalidade.

Se o processo civil deve servir à realização do direito material, sua qualidade precisa ser medida pela capacidade de resolver conflitos de forma adequada, tempestiva e legítima. Essa continua

sendo a maior promessa — e também o maior desafio — do CPC/2015.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Texto compilado.

BRASIL. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 15.109, de 13 de março de 2025. Altera o Código de Processo Civil para dispensar o advogado do adiantamento de custas processuais em determinadas ações. Brasília, DF: Presidência da República.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Atlas.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.778.885/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 15 jun. 2021. DJe 21 jun. 2021.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.798.374/DF. Corte Especial. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 18 maio 2022. DJe 21 jun. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. ProAfR no REsp nº 2.071.340/MG. Corte Especial. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 11 jun. 2024. DJe 7 ago. 2024. Tema 1.271.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA VALORAÇÃO DO AFETO À LUZ DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Socio-affective Parenthood: Human Rights as the Basis for Valuing Affection in Light of Equality and Human Dignity*

**Juliana de Oliveira Souza Alves**[8]

## RESUMO

O presente artigo analisa a paternidade socioafetiva como categoria jurídica da filiação contemporânea, investigando de que modo os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os filhos e a proteção constitucional da família contribuem para a valorização jurídica do afeto. Parte-se da transformação promovida pela Constituição Federal de 1988, que deslocou o Direito de Família de um modelo centrado na filiação matrimonial e biológica para uma concepção plural de família e parentalidade. Examina-se a distinção entre paternidade biológica e socioafetiva, a possibilidade de coexistência dos vínculos, a reprodução assistida heteróloga, as famílias homoafetivas e as diferentes formas de constituição da filiação, com especial atenção à adoção à brasileira, à adoção judicial e às situações de posse do estado de filho. Também são abordados os efeitos jurídicos da filiação socioafetiva, especialmente alimentos, guarda, convivência familiar, registro civil e sucessão. O estudo dedica atenção ao Tema 622 do Supremo Tribunal Federal, no qual foi fixada a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento concomitante da filiação baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Analisa-se ainda a regulamentação administrativa do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva e decisões recentes do Superior Tribunal

[8] Juliana de Oliveira Souza Alves é bacharela em Direito pela Faculdade Batista Brasileira, com conclusão em 2015.2, pós-graduada em Direito Processual Civil, advogada e Analista Técnica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE-BA).

de Justiça. Conclui-se que o afeto não constitui mero sentimento privado, mas pode adquirir relevância jurídica quando exteriorizado em uma relação estável de cuidado, responsabilidade e reconhecimento recíproco, produzindo efeitos compatíveis com a igualdade de filiação e com a proteção integral da pessoa.

**PALAVRAS-CHAVE:** paternidade socioafetiva; filiação; afetividade; dignidade da pessoa humana; igualdade; direitos humanos; família.

## ABSTRACT

This article examines socio-affective parenthood as a legal category of contemporary parentage, investigating how human rights, human dignity, equality among children and constitutional protection of the family support the legal recognition of affective bonds. It discusses the transformation brought by the 1988 Brazilian Constitution, the distinction and coexistence between biological and socio-affective parentage, assisted reproduction, same-sex families, adoption and de facto parental relationships. It also addresses the legal effects of socio-affective filiation, especially support obligations, custody, family life, civil registration and inheritance. Special attention is given to Brazilian Supreme Court Theme 622, which established that socio-affective parentage does not prevent simultaneous recognition of biological filiation and its legal effects. Recent rules concerning extrajudicial recognition and decisions of the Superior Court of Justice are also examined. The article concludes that affection may acquire legal relevance when expressed through a stable relationship of care, responsibility and reciprocal recognition, producing legal consequences consistent with equality and protection of the person.

**KEYWORDS:** socio-affective parenthood; filiation; affection; human dignity; equality; human rights; family.

## INTRODUÇÃO

A família constitui uma das instituições sociais que mais profundamente se transformaram no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. A Constituição da República de 1988 reconheceu a centralidade da dignidade da pessoa humana, estabeleceu a igualdade entre os filhos e atribuiu proteção especial à família, abrindo espaço para uma compreensão jurídica plural das relações familiares. A consequência foi a superação progressiva de uma concepção na qual a filiação legítima estava vinculada, de forma predominante, ao casamento e à origem biológica.

No campo da parentalidade, essa transformação permitiu que o Direito passasse a reconhecer situações nas quais o exercício concreto das funções parentais se constrói pela convivência, pelo cuidado, pela responsabilidade e pela presença cotidiana. A paternidade socioafetiva surge, nesse cenário, como categoria jurídica apta a explicar relações nas quais a condição de pai não decorre necessariamente da ascendência genética, mas de uma realidade familiar efetivamente vivenciada.

O reconhecimento jurídico do afeto, contudo, não significa transformar qualquer relação emocional em vínculo de filiação. A afetividade juridicamente relevante exige análise das circunstâncias concretas e de elementos que demonstrem a existência de uma relação parental socialmente exteriorizada, estável e marcada pelo exercício de funções próprias da parentalidade. Essa cautela é especialmente importante porque o reconhecimento da filiação produz consequências pessoais e patrimoniais relevantes.

O problema central deste artigo consiste em investigar de que maneira os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia fornecem fundamento para a proteção da paternidade socioafetiva e quais são os efeitos jurídicos decorrentes desse reconhecimento. A pesquisa utiliza metodologia bibliográfica e documental, com análise da Constituição, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de atos normativos do Conselho

Nacional de Justiça e de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Para desenvolver a questão, o artigo examina a evolução histórica do Direito de Família, a formação da paternidade socioafetiva, a relação entre filiação biológica e afetiva, as famílias homoafetivas, a reprodução assistida heteróloga, as modalidades de adoção e as consequências jurídicas do vínculo socioafetivo, especialmente em matéria de alimentos e sucessão.

## 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A compreensão da filiação no Brasil foi historicamente influenciada por uma estrutura familiar matrimonializada, patriarcal e fortemente vinculada à origem biológica. O casamento ocupava posição central na organização familiar e a legislação estabelecia distinções entre categorias de filhos. O modelo jurídico não refletia apenas uma escolha técnica: reproduzia uma determinada concepção social sobre família, autoridade e pertencimento.

A Constituição de 1988 modificou profundamente esse cenário. O texto constitucional passou a reconhecer diferentes formas de organização familiar e proibiu distinções entre os filhos. O art. 227, § 6º, estabelece que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O Código Civil de 2002 reproduziu essa diretriz no art. 1.596.

A igualdade entre os filhos possui dimensão que ultrapassa a simples vedação de expressões discriminatórias. Ela significa que a origem da filiação não pode determinar graus distintos de proteção jurídica. Filho biológico, adotivo ou socioafetivo, quando reconhecido juridicamente, integra a relação familiar em condição de igualdade quanto aos direitos decorrentes da filiação.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

A constitucionalização do Direito de Família também deslocou o centro de proteção jurídica da estrutura formal para a pessoa. A família passou a ser compreendida como espaço de desenvolvimento da personalidade, solidariedade, cuidado e realização existencial. A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição, funciona como vetor interpretativo para relações familiares nas quais o vínculo de cuidado se apresenta de modo socialmente reconhecível.

Essa mudança não elimina a relevância da biologia. A origem genética continua protegida, inclusive como dimensão do direito à identidade. O que se altera é a ideia de que a genética, isoladamente, deve determinar toda a estrutura jurídica da filiação. O modelo contemporâneo admite que diferentes fundamentos possam coexistir.

O reconhecimento da socioafetividade, portanto, não representa negação da filiação biológica. A jurisprudência constitucional brasileira caminhou justamente no sentido de afastar uma oposição absoluta entre as duas categorias, reconhecendo a possibilidade de coexistência dos vínculos.

## 2 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva pode ser compreendida como a relação de filiação fundada em uma realidade familiar construída pela convivência, cuidado, responsabilidade e reconhecimento social da condição de pai. O elemento central não é a existência de um sentimento subjetivo isolado, mas a exteriorização de comportamentos e relações que evidenciem o exercício efetivo da função parental.

A doutrina e a jurisprudência frequentemente relacionam a socioafetividade à chamada posse do estado de filho. Embora não exista uma fórmula legal única para sua caracterização, podem ser considerados elementos como o tratamento da pessoa como filho, o reconhecimento social dessa relação e a utilização do nome ou da posição familiar em situações concretas. Esses elementos devem ser analisados conjuntamente, de acordo com as circunstâncias do caso.

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou administrativamente o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva. O Provimento nº 63/2017 instituiu inicialmente a possibilidade de reconhecimento extrajudicial e foi posteriormente alterado pelo Provimento nº 83/2019. Atualmente, a matéria está sistematizada no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça, instituído pelo Provimento nº 149/2023. O regramento exige, entre outros aspectos, a demonstração de vínculo estável e exteriorizado socialmente e prevê a atuação do registrador na verificação dos elementos concretos da relação.

A regulamentação demonstra que o Direito não trata a afetividade como simples declaração unilateral. A existência do vínculo deve ser demonstrada por elementos concretos. Podem ser utilizados documentos relacionados à vida escolar, planos de saúde, residência comum, dependência, fotografias, declarações e outros meios juridicamente admitidos, sem que exista uma lista fechada de provas.

Outro aspecto relevante é a irrelevância jurídica de uma concepção meramente sentimental de paternidade. A parentalidade envolve deveres. O reconhecimento do vínculo pode gerar dever de assistência material, participação na vida do filho, responsabilidade parental e efeitos sucessórios. Por isso, o Direito deve proteger relações afetivas reais sem transformar o instituto em mecanismo para criação artificial de vínculos patrimoniais.

A paternidade socioafetiva é, assim, uma expressão da pluralidade das formas de filiação. Sua proteção decorre da combinação entre igualdade, dignidade, melhor interesse da criança e adolescente, proteção da família e reconhecimento da realidade social.

## 2.1 FAMÍLIA AFETIVA VERSUS FAMÍLIA BIOLÓGICA

A oposição entre família afetiva e família biológica é inadequada quando apresentada como escolha excludente. A família contemporânea pode apresentar simultaneamente elementos

biológicos e socioafetivos. O mesmo indivíduo pode possuir pai biológico, pai registral e pai socioafetivo, desde que estejam presentes os pressupostos jurídicos para o reconhecimento de cada vínculo.

O Supremo Tribunal Federal solucionou questão decisiva no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, Tema 622 da repercussão geral. A Corte fixou a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. O processo transitou em julgado em 6 de junho de 2019.

A tese constitucional consagrou a multiparentalidade como possibilidade jurídica. Isso significa que a proteção da identidade biológica não exige necessariamente a eliminação do vínculo socioafetivo e, inversamente, a existência de vínculo afetivo não autoriza apagar a origem genética quando o reconhecimento desta for juridicamente cabível.

O precedente também demonstra a dimensão dos direitos humanos na matéria. A identidade pessoal possui dimensão individual e relacional. A pessoa pode ter interesse juridicamente protegido tanto em conhecer sua origem genética quanto em preservar os vínculos familiares que efetivamente compõem sua história.

O princípio da isonomia exige que as diferentes formas de filiação recebam igual proteção jurídica. A igualdade, nesse contexto, não significa tornar todas as histórias familiares idênticas, mas assegurar que a origem do vínculo não seja utilizada para reduzir a dignidade ou os direitos do filho.

## 2.2 UNIÃO HOMOAFETIVA E PARENTALIDADE

O reconhecimento da diversidade familiar também alcança as relações homoafetivas. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADI 4.277 e na ADPF 132, a união estável entre pessoas do mesmo

sexo como entidade familiar, submetida ao mesmo regime jurídico das uniões estáveis heteroafetivas.

A relevância desse precedente para a filiação está no afastamento de uma compreensão restritiva de família fundada exclusivamente em padrões heteronormativos. Se a família constitucional é protegida em razão das relações de afeto, solidariedade e projeto de vida, a orientação sexual dos integrantes não pode servir como fundamento para negar proteção jurídica à entidade familiar.

No campo da parentalidade, famílias homoafetivas podem constituir vínculos de filiação por adoção, reprodução assistida e reconhecimento de parentalidade socioafetiva, observados os requisitos próprios de cada instituto. A proteção deve concentrar-se na existência de uma relação parental juridicamente relevante e no melhor interesse da criança ou adolescente.

A socioafetividade assume especial importância porque evidencia que a parentalidade não depende de correspondência automática entre estrutura biológica e estrutura familiar. A função parental pode ser exercida por quem efetivamente cuida, educa, protege e assume responsabilidades.

## 2.3 PATERNIDADE HETERÓLOGA

A reprodução assistida heteróloga constitui hipótese expressamente contemplada pelo Código Civil. O art. 1.597, V, estabelece presunção de filiação para os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. A disciplina deve ser interpretada em conjunto com a evolução constitucional da igualdade entre os filhos e com as normas de registro civil.

Na reprodução assistida heteróloga, o material genético de terceiro doador é utilizado na concepção. A relação de filiação não se organiza necessariamente em torno da identidade genética do

doador, mas da estrutura parental construída pelo projeto familiar e pela vontade juridicamente relevante dos responsáveis.

A experiência da reprodução assistida evidencia que genética e parentalidade são categorias relacionadas, mas não equivalentes. A pessoa que assume juridicamente o projeto parental pode ocupar a posição de pai ou mãe sem que exista correspondência genética.

Essa realidade aproxima-se da socioafetividade em um ponto fundamental: a parentalidade pode ser compreendida a partir da responsabilidade assumida perante a criança. Isso não significa ignorar o direito à identidade genética ou às informações de origem, mas reconhecer que a identidade familiar não se reduz ao DNA.

## 3 ESPÉCIES DE ADOÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A adoção constitui modalidade jurídica de filiação distinta da filiação biológica e da parentalidade socioafetiva constituída sem adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção é medida excepcional e irrevogável e atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

É importante distinguir adoção, reconhecimento de paternidade socioafetiva e situações de posse do estado de filho. Na adoção, existe um procedimento jurídico específico destinado à constituição do vínculo parental. Na socioafetividade, o vínculo pode ser reconhecido judicial ou extrajudicialmente quando a realidade familiar já demonstra uma relação parental. Já a chamada adoção à brasileira envolve registro de filho alheio como se fosse próprio sem observância do procedimento legal de adoção, circunstância que pode produzir consequências civis e penais.

A classificação apresentada neste artigo não pretende criar espécies legais autônomas de adoção onde a legislação não as

estabelece. Ela serve para organizar fenômenos frequentemente tratados pela prática jurídica.

## 3.1 ADOÇÃO À BRASILEIRA

A expressão 'adoção à brasileira' é utilizada para descrever a situação em que alguém registra como próprio filho que sabe ser de outra pessoa, sem observar o procedimento legal de adoção. A conduta pode enquadrar-se no art. 242 do Código Penal, ressalvadas as hipóteses e circunstâncias previstas no próprio dispositivo.

A existência de irregularidade na origem do registro não permite concluir automaticamente que todos os efeitos familiares devam ser desconstituídos. O Direito contemporâneo precisa analisar a realidade construída e, sobretudo, o interesse da criança ou da pessoa que viveu durante anos sob determinado estado de filiação.

Em determinadas situações, a relação socioafetiva consolidada pode receber proteção jurídica, inclusive quando a origem do registro apresenta vícios. Isso não transforma o registro irregular em modalidade legítima de adoção. São planos jurídicos distintos: uma coisa é a ilicitude do comportamento originário; outra é a análise posterior dos vínculos familiares efetivamente constituídos.

A jurisprudência deve, portanto, evitar tanto a legitimação automática da fraude quanto a desconsideração mecânica de uma história familiar consolidada. A solução depende das circunstâncias concretas, da proteção da pessoa e da natureza do vínculo existente.

## 3.2 ADOÇÃO CIVIL OU LEGAL

A adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é procedimento jurídico próprio e possui caráter excepcional e irrevogável. O art. 41 do ECA determina que a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, rompendo os vínculos com os pais e parentes

anteriores, ressalvados os impedimentos matrimoniais e as hipóteses legalmente previstas.

A adoção não constitui simples formalização de afeto. Ela é ato jurídico complexo, submetido ao controle judicial e orientado pelo melhor interesse do adotando. O ECA também estabelece que, em eventual conflito entre os interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive pais biológicos, devem prevalecer os direitos e interesses do adotando.

A igualdade sucessória decorrente da adoção demonstra a força jurídica do vínculo filial. Uma vez constituída a adoção, não existe filiação de segunda categoria. O filho adotivo integra a família com plenitude de direitos.

## 3.3 ADOÇÃO DE FATO E POSSE DO ESTADO DE FILHO

A expressão 'adoção de fato' é frequentemente utilizada para descrever situações em que uma pessoa exerce, durante período significativo, funções parentais em relação a outra sem que exista adoção formalizada. Tecnicamente, porém, é mais adequado falar em relação socioafetiva ou posse do estado de filho, conforme o caso.

A posse do estado de filho pode ser identificada por comportamentos públicos e duradouros que revelam a existência da relação parental. O tratamento como filho, a apresentação social como integrante da família e a construção de uma relação efetiva de cuidado são elementos que podem ser utilizados para a demonstração do vínculo.

A ausência de registro não elimina necessariamente a realidade da filiação. O próprio Tema 622 do STF reconhece que a paternidade socioafetiva pode existir ainda que não esteja declarada em registro público.

A análise deve, entretanto, preservar a segurança jurídica. Relações episódicas, vínculos de amizade ou simples convivência

não são suficientes, por si sós, para configurar filiação. O elemento diferenciador é o exercício social e afetivo da função parental.

## 3.4 CASO CONCRETO: O RE 898.060 E A MULTIPARENTALIDADE

O Recurso Extraordinário nº 898.060 constitui marco jurisprudencial para o estudo da filiação socioafetiva. No caso, discutiu-se a possibilidade de reconhecimento da paternidade biológica diante da existência de vínculo socioafetivo e de registro civil. O Supremo Tribunal Federal concluiu que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento concomitante da filiação biológica.

A tese firmada foi objetiva: 'A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios'. O Tema 622 encontra-se transitado em julgado desde junho de 2019.

O precedente rompeu com uma visão necessariamente binária da filiação. Não se trata de escolher abstratamente entre pai biológico e pai socioafetivo. A análise deve identificar os vínculos juridicamente existentes e os efeitos que deles decorrem.

A multiparentalidade pode produzir consequências no registro civil, no poder familiar, nos alimentos, na convivência, nos direitos sucessórios e na identidade da pessoa. A existência de múltiplos vínculos não significa multiplicação automática de direitos sem fundamento; cada consequência decorre do reconhecimento jurídico da filiação.

O STF também destacou a responsabilidade parental. A existência de pai socioafetivo não exclui, por si só, a responsabilidade jurídica do pai biológico. O reconhecimento de um vínculo não funciona como mecanismo para apagar outro que também esteja juridicamente configurado.

# 4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento da filiação socioafetiva produz consequências que ultrapassam a dimensão simbólica. A partir da constituição do vínculo, aplicam-se as normas jurídicas que protegem a filiação, observadas as peculiaridades de cada situação. Entre os efeitos estão o parentesco, o dever de cuidado, os alimentos, a convivência familiar, os direitos sucessórios e a possibilidade de participação nas decisões relacionadas à vida do filho.

O princípio da igualdade entre os filhos impede que a filiação socioafetiva reconhecida seja tratada como vínculo inferior. O art. 227, § 6º, da Constituição e o art. 1.596 do Código Civil afastam discriminações relacionadas à origem da filiação.

Isso não significa que toda consequência seja automática em qualquer situação em que alguém alegue afeto. Primeiro deve existir o reconhecimento jurídico da relação filial, judicial ou extrajudicialmente conforme a hipótese. Depois, os efeitos decorrem do próprio estado de filiação.

## 4.1 A QUESTÃO DA OBRIGAÇÃO DOS ALIMENTOS

O dever de prestar alimentos decorre da relação de parentesco e do princípio da solidariedade familiar. Reconhecida a filiação socioafetiva, não seria compatível com a igualdade entre os filhos negar ao filho socioafetivo a proteção material assegurada aos demais filhos.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu situações em que a formação de vínculo socioafetivo interfere diretamente na obrigação alimentar. Em precedente, a Terceira Turma entendeu que a existência de relação socioafetiva impede a repetição de alimentos pagos por quem criou a criança como filho, mesmo diante da posterior descoberta de ausência de vínculo biológico.

Em outro caso, o STJ reconheceu que ações de filiação socioafetiva e alimentos podem estar juridicamente relacionadas e que a existência de ação sobre paternidade não produz, por si só, suspensão automática de alimentos provisórios já fixados.

A obrigação alimentar deve ser examinada conforme o binômio necessidade-possibilidade, ou os critérios juridicamente aplicáveis ao caso concreto. O reconhecimento da filiação estabelece a relação jurídica que fundamenta o dever, mas o valor da prestação depende das necessidades de quem recebe e das possibilidades de quem presta, consideradas as circunstâncias concretas.

A mesma lógica vale para a obrigação alimentar em sentido inverso. A filiação é relação jurídica recíproca, e os efeitos não podem ser pensados apenas como direitos da criança ou do filho. A parentalidade envolve também deveres que podem alcançar diferentes fases da vida.

## 4.2 O DIREITO DE HERANÇA

O reconhecimento da filiação socioafetiva produz efeitos sucessórios porque a Constituição não admite categorias inferiores de filhos. Uma vez reconhecido o vínculo de filiação, o filho participa da sucessão segundo as regras aplicáveis à filiação e à ordem de vocação hereditária.

A multiparentalidade reforça essa conclusão. Se coexistem juridicamente os vínculos biológico e socioafetivo, não há fundamento para tratar um deles como filiação meramente simbólica. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de coexistência e de produção dos efeitos jurídicos próprios.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que a filiação socioafetiva não impede o reconhecimento da paternidade biológica com efeitos patrimoniais. Em caso analisado pela Terceira Turma, foi admitida a possibilidade de recebimento de herança tanto do pai biológico quanto do pai socioafetivo, em contexto no qual os vínculos de filiação coexistiam.

A sucessão, portanto, demonstra de maneira clara a densidade jurídica da filiação socioafetiva. Se o vínculo fosse apenas afetivo no sentido emocional, não produziria efeitos sucessórios. Quando reconhecido como filiação, contudo, passa a integrar o estado da pessoa e gera direitos e deveres correspondentes.

## 5 DIREITOS HUMANOS, DIGNIDADE E AFETIVIDADE

A valorização jurídica da socioafetividade encontra fundamento em uma concepção de direitos humanos centrada na pessoa e em sua dignidade. A família é espaço de desenvolvimento da personalidade, de proteção e de pertencimento. O Direito não pode ignorar relações familiares concretas apenas porque não correspondem ao modelo tradicional.

A dignidade da pessoa humana impede que indivíduos sejam reduzidos à sua origem genética ou a uma forma única de constituição familiar. A identidade de uma pessoa pode ser formada por experiências, vínculos, cuidados e relações que não são inteiramente explicados pela biologia.

O princípio da igualdade também possui dimensão familiar. O art. 5º, caput, da Constituição estabelece a igualdade perante a lei, enquanto o art. 227, § 6º, dirige proteção específica à igualdade entre os filhos. Dessa forma, uma vez reconhecido o estado de filiação, a origem biológica, adotiva ou socioafetiva não pode justificar discriminação.

A afetividade, por sua vez, não deve ser compreendida como princípio absoluto capaz de solucionar qualquer conflito familiar sem ponderação. O vínculo afetivo precisa ser demonstrado e confrontado com outros valores jurídicos, como proteção integral da criança, segurança jurídica, autonomia, identidade genética e responsabilidade parental.

O mérito da constitucionalização da família está justamente na superação de modelos rígidos. O Direito passa a reconhecer a pluralidade sem abandonar critérios jurídicos. O afeto importa porque se materializa em relações de cuidado e responsabilidade; a dignidade importa porque protege a pessoa que integra essa relação; e a igualdade importa porque impede que uma filiação reconhecida seja juridicamente inferior a outra.

## 6 RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A possibilidade de reconhecimento extrajudicial representa importante instrumento de desjudicialização. O Conselho Nacional de Justiça inicialmente regulamentou a matéria por meio do Provimento nº 63/2017, posteriormente alterado pelo Provimento nº 83/2019 e incorporado ao Código Nacional de Normas pelo Provimento nº 149/2023.

O procedimento extrajudicial não significa ausência de controle. A regulamentação prevê análise documental e objetiva do vínculo. O regramento consolidado exige a demonstração da estabilidade e exteriorização social da relação socioafetiva, além de prever mecanismos de controle quando houver suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação.

Esse modelo procura equilibrar dois valores. De um lado, facilita o reconhecimento de relações familiares reais e evita judicialização desnecessária. De outro, preserva a segurança registral e impede que a filiação seja utilizada de forma fraudulenta.

O reconhecimento extrajudicial também evidencia a evolução da concepção de registro civil. O registro deixa de ser visto apenas como espelho da biologia e passa a refletir estados jurídicos de filiação constituídos por diferentes fundamentos reconhecidos pelo ordenamento.

## 7 A PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Quando a relação socioafetiva envolve criança ou adolescente, o exame jurídico deve incorporar a doutrina da proteção integral. A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente colocam a criança e o adolescente em posição de prioridade absoluta e reconhecem o direito à convivência familiar e comunitária.

O reconhecimento de um vínculo socioafetivo não pode ser utilizado como instrumento de disputa entre adultos. O centro da análise deve permanecer na proteção da pessoa em desenvolvimento. A estabilidade da relação, a história de convivência, a vontade da criança ou adolescente conforme sua idade e grau de desenvolvimento e a preservação de vínculos relevantes devem ser considerados.

No procedimento extrajudicial, o CNJ estabeleceu requisitos específicos para o consentimento e para a análise do vínculo, especialmente quando o filho é menor de idade. O sistema também prevê encaminhamento ao Judiciário quando não estiverem presentes as condições necessárias para o reconhecimento administrativo.

O melhor interesse não significa que qualquer relação socioafetiva alegada deva ser automaticamente reconhecida. Significa que a decisão deve ser construída a partir das necessidades e dos direitos concretos da criança ou adolescente, evitando soluções que instrumentalizem sua identidade ou seus vínculos familiares.

## 8 A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PÓSTUMA

A possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva após a morte do pretenso pai ou mãe apresenta desafios probatórios específicos. A ausência de manifestação formal do falecido não significa necessariamente inexistência do vínculo, especialmente

quando a relação parental foi pública, estável e reconhecida socialmente.

Em decisão divulgada em fevereiro de 2026, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o reconhecimento póstumo da paternidade socioafetiva não exige manifestação formal do pretenso pai quando outros elementos demonstram o estado de filho reconhecido publicamente. O caso envolvia mulheres que alegavam ter sido criadas durante mais de duas décadas pelo padrasto, com vínculo familiar, cuidado e suporte material.

O precedente evidencia a importância da prova da realidade familiar. Fotografias, documentos, declarações, histórico de convivência, participação em eventos familiares, dependência e outros elementos podem contribuir para demonstrar a existência do vínculo.

A matéria sucessória torna a questão ainda mais sensível. O reconhecimento póstumo pode repercutir sobre herança, razão pela qual a prova deve ser apreciada com rigor, sem reduzir a análise a uma declaração unilateral posterior ao falecimento.

## 9 LIMITES E RESPONSABILIDADES DECORRENTES DA SOCIOAFETIVIDADE

O reconhecimento jurídico da afetividade deve caminhar ao lado da responsabilidade. Não é suficiente afirmar que o vínculo afetivo merece proteção; é necessário reconhecer que a parentalidade produz deveres e que o estado de filho não pode ser tratado como relação descartável conforme conveniências patrimoniais.

A estabilidade da relação é especialmente importante. O CNJ, ao disciplinar o reconhecimento extrajudicial, exige que a parentalidade socioafetiva seja estável e exteriorizada socialmente.

Essa exigência funciona como mecanismo de proteção da própria pessoa reconhecida como filho.

Também devem ser evitadas interpretações que convertam a socioafetividade em mecanismo automático de responsabilização patrimonial sem a demonstração de filiação. A proteção jurídica do afeto não equivale à patrimonialização de qualquer relação de cuidado.

Em sentido inverso, a dissolução da relação conjugal entre adultos não extingue automaticamente a filiação socioafetiva. O vínculo entre pai e filho possui autonomia em relação ao relacionamento entre os adultos. Essa distinção é essencial para preservar a continuidade da convivência e da responsabilidade parental.

A parentalidade é, portanto, uma posição jurídica de responsabilidade. O reconhecimento deve proteger a pessoa e a história familiar, mas também impor coerência entre os direitos reivindicados e os deveres correspondentes.

## 10 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O primeiro desafio é a definição dos critérios de prova. A afetividade é fenômeno subjetivo, mas a filiação é categoria jurídica. O Direito precisa utilizar fatos verificáveis para transformar uma realidade afetiva em vínculo jurídico, sem exigir provas impossíveis ou adotar critérios excessivamente rígidos.

O segundo desafio está na coexistência de vínculos. A multiparentalidade exige adaptação do sistema registral, familiar e sucessório para que a pluralidade não produza insegurança. O Tema 622 forneceu fundamento constitucional para a coexistência, mas cada caso continua exigindo análise de seus efeitos concretos.

O terceiro desafio diz respeito à proteção da identidade genética. O reconhecimento socioafetivo não deve impedir a pessoa de buscar informações sobre sua origem biológica quando houver fundamento jurídico para tanto. A identidade genética e a identidade familiar podem coexistir.

O quarto desafio é a utilização adequada dos mecanismos extrajudiciais. A desjudicialização amplia o acesso, mas exige atuação responsável dos registradores, observância dos requisitos normativos e encaminhamento ao Judiciário quando houver dúvida relevante ou conflito.

O quinto desafio é assegurar que a criança ou o adolescente não seja transformado em objeto de disputa entre adultos. A filiação deve ser interpretada como direito relacionado à identidade, pertencimento, cuidado e desenvolvimento da pessoa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A paternidade socioafetiva representa uma das manifestações mais significativas da transformação constitucional do Direito de Família. O modelo contemporâneo reconhece que a parentalidade pode resultar da biologia, da adoção ou de uma relação socioafetiva juridicamente consolidada, sem que uma origem seja utilizada para diminuir a dignidade da pessoa.

A Constituição de 1988 forneceu os fundamentos dessa transformação ao consagrar a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proteção plural da família, além de assegurar igualdade entre os filhos. O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporaram essas diretrizes, enquanto a jurisprudência constitucional e infraconstitucional passou a enfrentar situações familiares cada vez mais diversas.

O Tema 622 do Supremo Tribunal Federal constitui marco decisivo ao admitir a coexistência entre paternidade socioafetiva e

biológica. A tese afastou uma lógica de exclusão automática e reconheceu que os vínculos podem coexistir com seus respectivos efeitos jurídicos.

A regulamentação do reconhecimento extrajudicial pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra que a socioafetividade alcançou também a esfera registral. O sistema exige estabilidade e exteriorização social do vínculo e estabelece mecanismos de controle destinados a preservar a segurança jurídica.

Os efeitos da filiação socioafetiva não são apenas simbólicos. O reconhecimento pode gerar dever de alimentos, direitos sucessórios, efeitos no poder familiar, convivência e registro civil. A igualdade constitucional impede que o filho socioafetivo seja tratado como filho de segunda categoria.

Por isso, a valoração jurídica do afeto deve ser compreendida como valoração da realidade familiar construída por cuidado, responsabilidade e pertencimento. O afeto juridicamente relevante não é uma emoção passageira, mas uma relação que se manifesta socialmente e produz uma verdadeira experiência de parentalidade.

A proteção da paternidade socioafetiva, em última análise, realiza os direitos humanos no âmbito mais cotidiano da existência: o direito de pertencer a uma família, de ser reconhecido como filho, de receber cuidado e de ter sua identidade respeitada. A dignidade da pessoa humana, a isonomia e a proteção integral convergem para impedir que o Direito ignore vínculos familiares efetivamente constituídos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.060. Tema 622 da Repercussão Geral. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 21 set. 2016. Trânsito em julgado em 6 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277 e ADPF 132. Reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Brasília, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Dispõe sobre reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva. Brasília, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019. Altera o Provimento nº 63/2017 e estabelece requisitos para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Brasília, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial. Brasília, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Filiação socioafetiva: STJ garante direitos e define responsabilidades legais com base no vínculo afetivo. Brasília, 27 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Paternidade socioafetiva póstuma não exige manifestação formal do pai. Brasília, 26 fev. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Filiação socioafetiva não impede reconhecimento de paternidade biológica e seus efeitos patrimoniais. Brasília, 7 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Prejudicialidade entre ações de paternidade e alimentos não gera suspensão automática da pensão fixada. Brasília, 2 dez. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Forense.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# NECROPOLÍTICA, RACISMO ESTRUTURAL E ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE:

## A DISTRIBUIÇÃO SELETIVA DA MORTE E OS DESAFIOS DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL

*Necropolitics, Structural Racism, and a Permanent State of Exception: The Selective Distribution of Death and the Challenges for Anti-Discrimination Law in Brazil*

**Juliana de Oliveira Souza Alves**[9]

**DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1
**ISBN**: 978-85-7872-844-1
**ISSN:** 2965-2588

**RESUMO**

O presente artigo analisa a relação entre necropolítica, racismo estrutural, colonialismo e estado de exceção, a partir da compreensão de que a distribuição social da vida e da morte pode ser atravessada por estruturas históricas de poder. O estudo parte de categorias formuladas por Michel Foucault e Achille Mbembe e as coloca em diálogo com a experiência brasileira de escravização, colonialismo, desigualdade racial, seletividade penal e violência estatal. Examina-se a passagem da soberania clássica, compreendida como poder de decidir sobre a vida e a morte, para formas contemporâneas de gestão das populações e de exposição diferencial a riscos e à morte. Sustenta-se que a necropolítica não constitui, por si só, uma categoria jurídica positivada no ordenamento brasileiro, mas uma ferramenta teórica capaz de problematizar a forma como políticas, práticas institucionais e desigualdades estruturais podem produzir resultados assimétricos na proteção do direito à vida. O artigo também aborda a noção de estado de exceção, a filtragem racial, a letalidade policial, o

[9] Juliana de Oliveira Souza Alves é bacharela em Direito pela Faculdade Batista Brasileira, com conclusão em 2015.2, pós-graduada em Direito Processual Civil, advogada e Analista Técnica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE-BA).

encarceramento, a territorialização da violência e o papel das instituições de justiça, com especial atenção às Defensorias Públicas. Ao final, examina-se a necessidade de uma atuação jurídica orientada pela Constituição de 1988, pelos tratados de direitos humanos e pelo combate às discriminações raciais, destacando decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre racismo estrutural e abordagem policial baseada na cor da pele, bem como dados oficiais sobre a desigualdade racial na violência letal.

**PALAVRAS-CHAVE:** necropolítica; racismo estrutural; estado de exceção; colonialismo; violência estatal; direitos humanos; Defensoria Pública.

## ABSTRACT

This article examines the relationship between necropolitics, structural racism, colonialism and states of exception, based on the understanding that the social distribution of life and death may be shaped by historical structures of power. It brings Michel Foucault's and Achille Mbembe's concepts into dialogue with the Brazilian experience of slavery, colonialism, racial inequality, penal selectivity and state violence. The article discusses the transition from classical sovereignty, understood as the power to decide over life and death, to contemporary forms of population management and differential exposure to risk and death. Necropolitics is not presented as a positive legal category in Brazilian law, but as a theoretical framework for examining how policies, institutional practices and structural inequalities may produce asymmetrical protection of the right to life. The study also addresses states of exception, racial profiling, police lethality, incarceration, territorialized violence and the role of justice institutions, particularly Public Defender's Offices. Finally, it discusses constitutional and human-rights responses to racial discrimination, including recent decisions of the Brazilian Supreme Federal Court and official data on racial inequality in lethal violence.

**KEYWORDS:** necropolitics; structural racism; state of exception; colonialism; state violence; human rights; Public Defender's Office.

## 2 INTRODUÇÃO

A vida e a morte não se distribuem de maneira socialmente neutra. Em sociedades marcadas por desigualdades históricas, determinadas populações podem ser expostas de forma mais intensa à violência, à precariedade, ao encarceramento, à ausência de políticas públicas e à letalidade estatal. A compreensão jurídica desses fenômenos exige que o Direito não se limite à análise isolada de atos individuais, mas seja capaz de examinar as estruturas que condicionam a incidência dos direitos fundamentais.

As anotações que orientam este estudo aproximam colonialismo, plantation, soberania, racismo e necropolítica. A referência a Achille Mbembe permite compreender a necropolítica como dimensão radical do exercício do poder: não apenas administrar a vida, mas produzir condições nas quais determinados sujeitos ou grupos ficam mais expostos à morte. A leitura dialoga com Michel Foucault, especialmente com os conceitos de biopoder e biopolítica, e com Giorgio Agamben, no debate sobre estado de exceção.

O Brasil oferece um campo particularmente relevante para essa reflexão. A experiência colonial, a escravização de milhões de pessoas negras, a persistência de desigualdades raciais e territoriais e a atuação seletiva de instituições penais compõem um contexto no qual o direito à vida não pode ser estudado sem considerar marcadores raciais e sociais. O Atlas da Violência 2025, elaborado pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, registrou que, em 2023, uma pessoa negra tinha 2,7 vezes mais chances de ser vítima de homicídio do que uma pessoa não negra. O mesmo estudo aponta que a redução geral dos homicídios entre 2013 e 2023 ocorreu de forma desigual entre negros e não negros.

A questão central deste artigo é, portanto, investigar em que medida as categorias de necropolítica e estado de exceção ajudam a

compreender a permanência de padrões seletivos de violência e vulnerabilidade e quais são os limites e possibilidades de uma resposta jurídica orientada pela Constituição de 1988 e pelos direitos humanos.

A metodologia é bibliográfica e documental, com diálogo entre filosofia política, teoria crítica, direito constitucional, direito penal, direitos humanos e dados oficiais. O objetivo não é afirmar que toda ação estatal dirigida a territórios vulnerabilizados ou a grupos racializados seja, automaticamente, manifestação de necropolítica. A categoria é utilizada como instrumento crítico para investigar estruturas e efeitos, evitando transformar conceito teórico em rótulo jurídico automático.

## 3 1 COLONIALISMO, PLANTATION E A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA DISTRIBUIÇÃO DESIGUAL DA VIDA

O estudo da necropolítica no Brasil exige atenção à formação histórica do Estado e das relações sociais. O colonialismo europeu não foi apenas um processo econômico de exploração de territórios; constituiu também sistemas jurídicos, políticos e sociais destinados a organizar hierarquias entre pessoas e grupos. No regime de plantation, produção econômica, propriedade, controle territorial e violência estavam profundamente articulados.

A experiência da escravização negra constitui elemento central dessa história. A transformação de pessoas em propriedade e força de trabalho produziu uma ordem na qual a integridade física, a liberdade e a autonomia de determinados grupos foram submetidas aos interesses econômicos do sistema. A abolição formal da escravidão não eliminou automaticamente as estruturas sociais, econômicas e raciais construídas durante séculos.

A categoria de colonialidade, desenvolvida por autores como Aníbal Quijano, permite compreender a permanência de classificações e hierarquias mesmo após o encerramento formal do colonialismo. A raça passa a operar como marcador social,

influenciando oportunidades, acesso a bens, reconhecimento institucional e exposição a riscos.

O colonialismo também deixou como legado a associação entre determinados territórios e determinados corpos. A produção do espaço colonial envolveu fronteiras, zonas de exploração e áreas submetidas a diferentes níveis de proteção. Essa dimensão territorial permanece relevante quando se examina a concentração contemporânea da violência e a desigualdade no acesso à segurança, saúde, educação, moradia e justiça.

A história não deve ser confundida com causalidade automática. O fato de o Brasil ter sido marcado pela escravidão não significa que toda desigualdade contemporânea seja diretamente produzida por uma única instituição do passado. O argumento jurídico e sociológico é outro: estruturas históricas podem produzir efeitos persistentes quando instituições, relações econômicas e práticas sociais reproduzem padrões de desigualdade.

## 4 2 DE COLONIZADO A EXCLUÍDO: RAÇA, PODER E CONSTRUÇÃO DO SUJEITO VULNERÁVEL

A transformação do indivíduo em sujeito vulnerável não ocorre exclusivamente por uma decisão estatal explícita. Ela pode resultar da interação entre desigualdade econômica, discriminação racial, precariedade territorial, ausência de políticas públicas e seletividade institucional. Nesse contexto, o racismo pode operar tanto por atos discriminatórios identificáveis quanto por mecanismos institucionais que produzem resultados desiguais.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em seu repertório jurisprudencial, a categoria de racismo estrutural e a relaciona à forma como relações políticas, econômicas, jurídicas e sociais se organizam. Em 2025, no julgamento da ADPF 973, o Plenário reconheceu a existência de racismo estrutural no Brasil e determinou providências destinadas ao enfrentamento das desigualdades, incluindo protocolos de atuação para órgãos como Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas e polícias.

A decisão é relevante para a análise jurídica porque desloca a discussão do plano exclusivamente individual. O reconhecimento do racismo estrutural não significa presumir que cada agente público atue com intenção racista. Significa reconhecer que práticas e estruturas podem produzir desigualdades racialmente marcadas mesmo quando não há declaração explícita de discriminação.

Em perspectiva jurídica, essa compreensão dialoga com a igualdade material. O princípio da igualdade não exige tratamento idêntico em contextos diferentes; exige que diferenças juridicamente relevantes sejam consideradas para que a proteção dos direitos fundamentais seja efetiva. O próprio STF, ao analisar políticas afirmativas, reconheceu a constitucionalidade de medidas destinadas a enfrentar desigualdades raciais estruturais.

A categoria do sujeito vulnerável, portanto, deve ser examinada sem naturalização. Vulnerabilidade não é característica essencial de um grupo. É frequentemente resultado de relações sociais e institucionais que distribuem de maneira desigual proteção, oportunidades e riscos.

## 5 3 FOUCAULT: BIOPODER, BIOPOLÍTICA E GESTÃO DA VIDA

Michel Foucault identificou transformações nas formas de exercício do poder a partir da modernidade. Ao lado do poder soberano, centrado na possibilidade de fazer morrer e deixar viver, desenvolvem-se mecanismos disciplinares e estratégias de gestão das populações. O poder passa a operar também por estatísticas, políticas sanitárias, controles territoriais, instituições, classificação de corpos e regulação de comportamentos.

O conceito de biopoder descreve esse conjunto de técnicas voltadas à administração da vida. A população torna-se objeto de conhecimento e intervenção: natalidade, mortalidade, saúde, circulação, criminalidade e outros fenômenos passam a ser quantificados e governados.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

A biopolítica, nesse sentido, não é necessariamente negativa. Políticas de saúde pública, vacinação, saneamento, educação e proteção social também são formas de gestão da vida. O problema teórico surge quando se pergunta como essa capacidade de gestão é distribuída e quais vidas são efetivamente protegidas.

Foucault identifica a importância do racismo no interior da biopolítica porque o racismo cria uma divisão entre grupos que devem ser protegidos e grupos cuja eliminação ou exposição ao risco pode ser tolerada. Essa passagem é fundamental para a aproximação com Mbembe.

No plano jurídico brasileiro, a questão pode ser formulada de maneira concreta: se o Estado possui dever constitucional de proteger a vida, como interpretar situações nas quais os riscos de morte se concentram persistentemente sobre determinados grupos raciais e territoriais? A resposta não pode ser construída apenas a partir de intenções subjetivas. É necessário observar políticas, instituições, resultados, mecanismos de controle e padrões estatísticos.

## 6 4 MBEMBE E A NECROPOLÍTICA: O PODER DE PRODUZIR A MORTE

Achille Mbembe desenvolve e desloca a discussão foucaultiana ao formular o conceito de necropolítica. A pergunta deixa de ser apenas como o poder administra a vida e passa a incluir a investigação sobre quem é colocado em condições de morte, quais espaços são submetidos à violência e quais grupos são tratados como potencialmente sacrificáveis.

A necropolítica não deve ser reduzida à execução direta de pessoas pelo Estado. A noção abrange formas de poder que produzem mundos nos quais determinadas populações vivem sob exposição permanente à morte, à violência e à insegurança. A categoria permite analisar fronteiras, ocupações territoriais, guerras, segregação e formas contemporâneas de controle.

No Brasil, a utilização da categoria exige cuidado metodológico. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma autorização denominada 'necropolítica'. Ao contrário, a Constituição protege a vida, a igualdade, a dignidade e a segurança. O conceito funciona como lente crítica para identificar possíveis contradições entre a promessa normativa e a distribuição concreta da proteção.

É nessa tensão que a necropolítica adquire relevância para o Direito. Se uma estrutura institucional produz, de modo reiterado, exposição diferencial de grupos racializados à morte, a questão jurídica passa a envolver deveres positivos do Estado, controle de políticas públicas, responsabilidade institucional e proteção judicial de direitos fundamentais.

O conceito também ajuda a compreender a relação entre soberania e seleção. A soberania, em sua dimensão clássica, está associada ao poder de decidir. A necropolítica pergunta quem é incluído na esfera de proteção e quem é colocado na periferia dessa proteção.

## 7 5 ESTADO DE EXCEÇÃO E NORMALIZAÇÃO DA SUSPENSÃO DE DIREITOS

Giorgio Agamben analisa o estado de exceção como situação na qual determinadas garantias jurídicas são suspensas ou relativizadas sob o argumento de uma emergência. A questão central não é apenas a existência de uma emergência real, mas o risco de que a exceção deixe de ser temporária e passe a constituir técnica normal de governo.

Nas anotações que orientam este artigo, aparece a ideia de 'estado de exceção permanente' associada a grupos que convivem continuamente com a suspensão prática de garantias. A hipótese teórica é especialmente relevante quando determinadas comunidades são submetidas, de forma reiterada, a operações violentas, restrições de circulação, intervenções policiais e outras medidas extraordinárias.

É necessário, contudo, distinguir exceção juridicamente declarada de excepcionalidade material. O Brasil não vive, como

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

regra, em estado de sítio ou estado de defesa permanente. A expressão 'estado de exceção permanente' utilizada neste artigo descreve, no plano teórico, a possibilidade de determinados grupos experimentarem uma redução prática e recorrente da proteção de direitos sem que exista formalmente uma suspensão constitucional desses direitos.

Essa distinção é essencial para evitar exageros conceituais. A violência em determinado território não transforma automaticamente o local em estado de exceção. A análise exige identificação de padrões, frequência, seletividade, ausência de controles, impacto sobre direitos e persistência das medidas.

A contribuição jurídica da teoria do estado de exceção está justamente em provocar a pergunta sobre os limites do poder em situações de crise. A emergência não elimina a Constituição. Ao contrário, quanto maior a capacidade estatal de restringir direitos, maior deve ser a exigência de legalidade, necessidade, proporcionalidade, controle judicial e responsabilização.

## 8 6 RACISMO ESTRUTURAL E A TECNOLOGIA SOCIAL DA SELEÇÃO

O racismo estrutural pode ser compreendido como fenômeno que atravessa instituições e relações sociais, não se limitando a comportamentos individuais. Silvio Almeida destaca que o racismo integra a própria estrutura social, reproduzindo desigualdades por meio de relações políticas, econômicas e jurídicas.

O STF incorporou essa categoria ao seu repertório de pesquisa jurisprudencial e relaciona o racismo estrutural à organização normal das relações políticas, econômicas, jurídicas e familiares.

A ideia de 'tecnologia de poder', presente na tradição foucaultiana, ajuda a compreender que seleção não precisa ocorrer por uma ordem expressa. Ela pode ocorrer por critérios aparentemente neutros que, aplicados dentro de estruturas desiguais, produzem resultados diferenciados.

No campo da segurança pública, a filtragem racial é exemplo concreto dessa preocupação. Em 2024, o STF decidiu que abordagem policial e revista pessoal motivadas por raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física são ilegais, exigindo fundada suspeita baseada em elementos concretos relacionados à ocorrência de crime. □cite□turn0search5□

A decisão não impede a atividade policial. Ao contrário, delimita juridicamente os critérios que podem legitimar uma busca pessoal. A distinção é relevante porque o Estado possui poder de coerção, mas esse poder está submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.

Quando o critério racial substitui a suspeita concreta, a aparência do indivíduo passa a funcionar como fundamento de intervenção estatal. O Direito precisa impedir que essa transformação de identidade racial em suspeição seja normalizada.

## 9 7 SELETIVIDADE PENAL, ENCARCERAMENTO E TERRITORIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA

O sistema penal não atua em um espaço social neutro. As instituições de polícia, Ministério Público, Judiciário e sistema penitenciário operam em uma sociedade marcada por desigualdades econômicas e raciais. A seletividade penal descreve, em termos gerais, a distribuição desigual da incidência do sistema criminal sobre diferentes grupos.

O Conselho Nacional de Justiça registra que a população negra constitui maioria entre pessoas atingidas pelo sistema carcerário e socioeducativo e relaciona esse cenário à seletividade penal e ao racismo estrutural e institucional nas políticas de segurança pública e justiça.

O encarceramento pode ser analisado como uma das dimensões da gestão diferencial de populações. O indivíduo submetido à prisão perde liberdade por decisão jurídica, mas permanece titular de direitos fundamentais não atingidos pela

sentença ou pela medida cautelar. A execução penal, portanto, não autoriza a suspensão geral da dignidade.

A territorialização da violência acrescenta outra dimensão. Determinados bairros e periferias podem experimentar maior frequência de operações policiais, conflitos armados, homicídios e restrições de circulação. A análise jurídica deve evitar tanto a estigmatização desses territórios quanto a invisibilização das violações.

A desigualdade territorial não significa que todos os moradores de uma comunidade sejam vítimas ou que todos os agentes estatais atuem de forma abusiva. Significa que o território pode funcionar como marcador de risco e de acesso diferenciado a direitos. O desafio constitucional é impedir que o endereço se transforme em critério implícito de redução de cidadania.

## 10 8 VIOLÊNCIA POLICIAL, LETALIDADE E DIREITO À VIDA

A violência policial constitui tema central quando se analisa a relação entre poder estatal e direito à vida. A polícia possui autorização jurídica para exercer força em determinadas situações, mas essa autorização é limitada pela legalidade, necessidade, proporcionalidade e pelos direitos fundamentais.

O STF, no julgamento do HC 208.240, estabeleceu que abordagem e busca pessoal não podem ser justificadas exclusivamente por critérios raciais ou aparência física. A Corte manteve a condenação no caso concreto por entender que havia outros elementos considerados suficientes, mas fixou entendimento geral contrário à filtragem racial.

O dado racial da violência letal também merece atenção. O Atlas da Violência 2025 aponta que, em 2023, a população negra apresentou risco de homicídio 2,7 vezes superior ao da população não negra. O estudo ressalta que a redução geral dos homicídios não ocorreu de maneira igual entre os grupos raciais.

Dados não substituem análise jurídica de casos individuais. Eles, porém, permitem identificar padrões que justificam investigação

institucional e formulação de políticas públicas. Se o direito à vida é universal, diferenças persistentes de risco exigem explicação e resposta.

A resposta jurídica não deve partir da presunção de culpa coletiva de agentes policiais. Deve partir de critérios objetivos de controle: legalidade da operação, fundamento da intervenção, documentação, cadeia de comando, preservação de provas, investigação independente quando necessária e responsabilização por abusos comprovados.

## 11 9 RACISMO, MORTALIDADE E PRODUÇÃO DE VULNERABILIDADE

O racismo pode atuar antes do momento da violência letal. Desigualdades de renda, moradia, educação, saúde, saneamento, emprego e acesso à justiça podem aumentar a exposição de determinados grupos a riscos. Por isso, a análise da necropolítica não deve se restringir à morte física.

A noção de vulnerabilidade social ajuda a perceber que a morte pode ser precedida por uma sequência de perdas de proteção. O indivíduo que vive em território sem serviços adequados, possui acesso precário à saúde, enfrenta discriminação no mercado de trabalho e está exposto a violência pode experimentar uma vida juridicamente protegida, mas materialmente submetida a maiores riscos.

O Estado possui deveres positivos. A Constituição não exige apenas que o poder público se abstenha de matar; exige políticas que tornem possível a realização de direitos sociais e a proteção da vida. A segurança pública, portanto, deve ser articulada com políticas de educação, saúde, moradia, trabalho, cultura e assistência.

O STF, ao reconhecer em 2025 a existência de racismo estrutural e determinar providências de enfrentamento, reforçou a necessidade de respostas institucionais coordenadas. A decisão incluiu medidas dirigidas a órgãos do sistema de justiça e de

segurança, demonstrando que o enfrentamento não pode ser atribuído a um único setor.

A abordagem estrutural não elimina a responsabilidade individual. Ao contrário, permite identificar tanto condutas concretas quanto falhas sistêmicas. O desafio jurídico consiste em construir mecanismos que responsabilizem agentes quando houver ilícitos e, simultaneamente, corrijam estruturas que favoreçam sua repetição.

## 12 10 A SOBERANIA E O PODER DE DECIDIR SOBRE A VIDA E A MORTE

A soberania moderna pode ser compreendida como poder de decisão sobre a ordem política. No campo da necropolítica, a pergunta ganha uma dimensão mais radical: quem pode decidir quais vidas serão protegidas, quais riscos serão tolerados e quais mortes serão consideradas aceitáveis?

No Estado Democrático de Direito, nenhuma autoridade possui poder ilimitado sobre a vida. A soberania estatal está subordinada à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos. A decisão sobre o uso da força deve observar limites jurídicos e mecanismos de controle.

Isso não elimina situações nas quais a força letal pode ser juridicamente necessária. A questão é que a excepcionalidade da força letal precisa permanecer excepcional. Quando a morte passa a ser tratada como resultado previsível e normal de determinadas políticas ou práticas, o debate constitucional se torna inevitável.

A necropolítica, como categoria crítica, ilumina justamente esse risco de normalização. Ela permite investigar se certas populações estão sendo tratadas como permanentemente expostas ao risco e se essa exposição é acompanhada por mecanismos insuficientes de proteção e responsabilização.

Em uma democracia constitucional, o poder de decidir deve estar submetido a razões públicas, normas, controle institucional e

direitos fundamentais. A vida não pode ser distribuída segundo hierarquias raciais ou territoriais.

## 13 11 A DEFENSORIA PÚBLICA E O ENFRENTAMENTO DAS PERMANÊNCIAS COLONIAIS

A Defensoria Pública ocupa posição estratégica no enfrentamento jurídico das desigualdades porque sua missão constitucional está vinculada à orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos das pessoas necessitadas.

No contexto analisado, sua atuação pode ocorrer em diferentes frentes: defesa criminal, execução penal, atendimento a vítimas de violência estatal, proteção de grupos vulnerabilizados, litigância coletiva, ações de saúde e moradia, controle de políticas públicas e produção de dados e diagnósticos institucionais.

A atuação antirracista não se limita à defesa de pessoas acusadas. A Defensoria também pode atuar na proteção de vítimas de violência, na tutela coletiva de direitos e no controle de práticas institucionais discriminatórias. A amplitude da missão constitucional permite uma atuação transversal.

A ADPF 973 possui especial relevância institucional porque o STF determinou que Defensorias Públicas, juntamente com Judiciário, Ministério Público e polícias, criem protocolos de atuação e atendimento de pessoas negras para enfrentar disparidades raciais.

A perspectiva institucional exige, portanto, que a Defensoria produza conhecimento sobre os grupos que atende. Dados de raça, gênero, território, idade e condição socioeconômica, tratados com as salvaguardas de proteção de dados, podem ajudar a identificar padrões de violações e orientar estratégias de atuação.

Também é papel da instituição traduzir conceitos teóricos em linguagem jurídica operacional. Necropolítica, racismo estrutural e colonialidade não devem aparecer em peças processuais como

rótulos abstratos. Sua utilidade está em auxiliar a demonstração de padrões, contexto, vulnerabilidade, seletividade e deveres estatais.

## 14 12 DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E CONTROLE CONSTITUCIONAL

O Direito Antidiscriminatório procura compreender e enfrentar desigualdades produzidas por discriminações diretas, indiretas, institucionais e estruturais. Sua aplicação é particularmente importante quando práticas aparentemente neutras produzem impacto desproporcional sobre determinados grupos.

A Constituição de 1988 estabelece a igualdade como fundamento da República e determina a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Também define o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

A legislação infraconstitucional ampliou mecanismos de combate ao racismo. A Lei nº 7.716/1989 tipifica crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e foi modificada ao longo do tempo para incorporar novas formas de discriminação. A injúria racial também passou por importante evolução legislativa.

O controle constitucional das práticas estatais exige atenção especial quando a raça aparece como critério explícito ou implícito. O precedente do STF sobre filtragem racial demonstra que o poder de polícia não é incompatível com o combate à discriminação; ao contrário, deve ser exercido dentro de parâmetros que evitem discriminação.

O Direito Antidiscriminatório, nesse cenário, atua como instrumento de transformação institucional. Não se trata apenas de punir o ato discriminatório consumado, mas de prevenir práticas, revisar protocolos, corrigir desigualdades e produzir mecanismos de responsabilização.

## 15 13 NECROPOLÍTICA E DIREITOS HUMANOS: LIMITES DE UMA CATEGORIA CRÍTICA

A utilização do conceito de necropolítica no Direito exige rigor. Trata-se de categoria teórica desenvolvida no campo da filosofia política e da teoria crítica, não de tipo penal ou princípio constitucional. Seu emprego jurídico deve ser acompanhado da identificação de fatos concretos e normas aplicáveis.

Um primeiro limite é evitar a equiparação automática entre política pública controversa e necropolítica. A categoria deve ser sustentada por análise de estruturas, efeitos e padrões, não apenas por discordância política.

Um segundo limite consiste em não substituir a prova por estatísticas. Dados populacionais podem demonstrar padrões, mas não comprovam, sozinhos, a responsabilidade de uma pessoa em um caso concreto. No processo, é necessário preservar contraditório, ampla defesa, devido processo legal e individualização.

Um terceiro limite é evitar que o conceito obscureça soluções jurídicas concretas. A crítica estrutural deve conduzir a medidas verificáveis: protocolos, formação, controle externo, transparência, investigação, reparação, políticas de prevenção e acesso à justiça.

Quando utilizado com esses cuidados, o conceito amplia a capacidade analítica do Direito. Ele permite conectar fatos individuais a estruturas sem apagar a responsabilidade individual nem reduzir casos concretos a estatísticas.

## 16 14 A RESPOSTA JURÍDICA À SELEÇÃO DA MORTE

Se a análise revela distribuição desigual de riscos, a resposta jurídica deve atuar em diferentes níveis. No plano individual, é necessário garantir investigação, defesa, acesso à justiça, reparação e proteção. No plano institucional, devem existir mecanismos de controle, formação e responsabilização. No plano estrutural, políticas públicas devem enfrentar fatores que produzem vulnerabilidade.

A primeira resposta é a preservação do direito à vida e à integridade. Isso envolve parâmetros objetivos para o uso da força, investigação de mortes decorrentes de intervenção estatal e mecanismos de responsabilização.

A segunda resposta é o combate à filtragem racial. A cor da pele não pode funcionar como substituto de fundada suspeita. O precedente do STF fornece parâmetro constitucional relevante para o controle de abordagens e revistas.

A terceira resposta é a redução das desigualdades que produzem vulnerabilidade. Educação, saúde, moradia, trabalho e acesso à justiça também são políticas de proteção da vida.

A quarta resposta é institucional. O reconhecimento do racismo estrutural pelo STF e a determinação de protocolos para instituições do sistema de justiça indicam que a transformação precisa alcançar práticas organizacionais.

A quinta resposta é a produção de dados. Sem informações confiáveis sobre raça, território, idade, gênero, uso da força, encarceramento e acesso à justiça, torna-se mais difícil identificar padrões e avaliar políticas.

## 17 15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necropolítica oferece uma chave teórica para investigar a dimensão mais radical do poder: a capacidade de produzir condições desiguais de exposição à morte. Em diálogo com Foucault, Mbembe demonstra que o governo das populações não se resume à administração da vida; envolve também a definição de espaços, grupos e condições nos quais a morte se torna mais provável.

No Brasil, essa discussão precisa considerar a herança da escravidão, do colonialismo e das desigualdades raciais. A experiência histórica não determina mecanicamente o presente, mas estruturas podem persistir quando desigualdades são reproduzidas por instituições e relações sociais.

Os dados oficiais contemporâneos demonstram que a violência letal permanece racialmente desigual. O Atlas da Violência 2025 apontou risco de homicídio 2,7 vezes maior para pessoas negras em comparação com pessoas não negras em 2023. O dado não autoriza, sozinho, conclusões sobre cada caso individual, mas constitui elemento relevante para a formulação e avaliação de políticas públicas.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal também mostra que o tema deixou de ocupar exclusivamente o espaço acadêmico. Em 2024, o STF fixou parâmetros contra abordagens policiais baseadas em raça ou cor da pele. Em 2025, reconheceu a existência de racismo estrutural e determinou providências institucionais para seu enfrentamento.

A partir desse quadro, o Direito Antidiscriminatório deve funcionar não apenas como mecanismo de repressão, mas como instrumento de transformação institucional. A Constituição exige igualdade, dignidade, segurança e proteção da vida; essas garantias precisam alcançar também os grupos historicamente expostos a maiores riscos.

A Defensoria Pública possui papel relevante nesse processo porque atua na fronteira entre a proteção individual e a transformação estrutural. Sua atuação pode conectar defesa jurídica, direitos humanos, litigância estratégica, produção de dados e controle de políticas públicas.

Por fim, a ideia de estado de exceção permanente deve ser utilizada com precisão. Não se trata de afirmar que o ordenamento brasileiro esteja formalmente suspenso, mas de investigar se determinados grupos vivenciam, na prática, uma redução contínua da proteção de direitos. É precisamente essa tensão entre igualdade constitucional e distribuição concreta da proteção que torna o estudo da necropolítica juridicamente relevante.

A tarefa do Direito, nesse cenário, é impedir que a seletividade da violência seja naturalizada. A vida, em uma ordem constitucional fundada na dignidade humana, não pode ser juridicamente protegida em abstrato e materialmente desprotegida de forma sistemática para

determinados grupos. A efetividade dos direitos humanos exige que a universalidade proclamada pela Constituição seja acompanhada de mecanismos concretos de igualdade, controle e responsabilização.

## 18 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Atlas da Violência 2025. Brasília: Ipea, 2025.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: n-1 edições.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: CLACSO.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 973. Racismo estrutural e providências de enfrentamento. Brasília, 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 208.240. Abordagem policial, busca pessoal e filtragem racial. Brasília, 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição e o Supremo: jurisprudência sobre racismo estrutural e igualdade material. Brasília.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Guia para estruturação da política judiciária de atenção e apoio às vítimas. Brasília: CNJ.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Matriz pedagógica: justiça juvenil, colonialismo, necropolítica, violência estatal e racismo. Brasília: CNJ.

FANON, Frantz. Os condenados da terra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA.

MBEMBE, Achille. On the postcolony. Berkeley: University of California Press.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Zahar.

# O DIREITO E A DECOLONIALIDADE NA AMÉRICA LATINA

*LAW AND DECOLONIALITY IN LATIN AMERICA*

**Gabriela Calábria Araújo Moraes dos Santos**

**RESUMO:**

O presente artigo se propõe a discutir o direito e a decolonialidade na América Latina, considerada a pertinência do tema ante as suas repercussões sociais.

O pensamento decolonial, que também é conhecido como giro ou opção decolonial, representa uma nova abordagem para a crítica latino-americana, que se iniciou com o Grupo Colonialidade e concentra-se na questão da colonialidade como uma forma de violência velada da modernidade.

Através de uma revisão bibliográfica, foi explorada a possibilidade de construir uma abordagem epistemológica e hermenêutica que reconheça a diversidade e a interculturalidade, comprometida com o bem-estar socioambiental.

O estudo buscou demonstrar como o movimento decolonial, através de sua perspectiva crítica, pode contribuir para que o campo jurídico supere as amarras coloniais.

**Palavras-chave**: Direito, Decolonialidade, América Latina, Modernidade, Eurocentrismo e Hierarquia Epistêmica

**ABSTRACT:**

This article discusses law and decoloniality in Latin America, considering the topic's relevance in light of its social repercussions.

Decolonial thought—also known as the decolonial turn or decolonial option—represents a new approach to Latin American critical theory; originating with the Coloniality Group, it focuses on the issue of coloniality as a form of veiled violence inherent to modernity.

Through a literature review, the study explored the possibility of constructing an epistemological and hermeneutic approach that recognizes diversity and interculturality while remaining committed to socio-environmental well-being.

The study sought to demonstrate how the decolonial movement, through its critical perspective, can help the legal field overcome colonial constraints.

**Keywords:** Law, Decoloniality, Latin America, Modernity, Eurocentrism, and Epistemic Hierarchy.

**Sumário:** Apresentação; 1. Introdução; 2. Colonialidade e transmodernidade; 3.Modernidade, eurocentrismo e hierarquia epistêmica; 4 O pensamento decolonial e a américa latina; 5 O direito e a perspectiva decolonial; 6 Direito constitucional, pluralismo e decolonialidade; 7 Decolonialidade, interculturalidade e transformação social; 8 crítica anticolonial e emancipação; 8 considerações finais; referências

## 1.INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a discutir o direito e a decolonialidade na América Latina, considerada a pertinência do tema ante as suas repercussões sociais. O pensamento decolonial, que também é conhecido como giro ou opção decolonial, representa uma nova abordagem para a crítica latino-americana, que se iniciou com o Grupo Colonialidade e concentra-se na questão da colonialidade como uma forma de violência velada da modernidade.

Através de uma revisão bibliográfica, foi explorada a possibilidade de construir uma abordagem epistemológica e hermenêutica que reconheça a diversidade e a interculturalidade, comprometida com o bem-estar socioambiental. O estudo buscou demonstrar como o movimento decolonial, através de sua perspectiva crítica, pode contribuir para que o campo jurídico supere as amarras coloniais.

## 2.COLONIALIDADE E TRANSMODERNIDADE

No contexto brasileiro, por exemplo, os conhecimentos locais e regionais têm sido subalternizados em relação ao centro epistemológico eurocêntrico historicamente dominante. Esse eurocentrismo reflete-se no ordenamento jurídico, que se baseia em princípios e regras advindos de construções teóricas europeias e hegemônicas. Embora a validade das normas jurídicas seja fundamental, as mesmas frequentemente carecem de eficácia material, o que se torna evidente pelas alarmantes desigualdades sociais presentes na sociedade em geral.

Na década de 1990, nos Estados Unidos, surgiu o Grupo Colonialidade, que se tornou o principal fórum para pesquisadores latino-americanos iniciarem um movimento epistemológico que consistiu na "radicalização do argumento pós-colonial" (BALLESTRIN, 2013, p. 89) na região. O grupo foi composto principalmente por pesquisadores latino-americanos e tornou-se um importante ponto de encontro para discussões e debates.

De acordo com Aníbal Quijano, sociólogo peruano (2010, p. 84), o conceito de colonialidade descreve as condições que levaram à adoção do sistema capitalista como modelo predominante de relações de poder na modernidade. Esse sistema funciona por meio da imposição de uma classificação racial e étnica da população mundial.

A proposta do pensamento decolonial é romper com os padrões hegemônicos enraizados na mente e no corpo das pessoas e perpetuados ao longo de gerações.

Isso pode ser alcançado através da inclusão de narrativas provenientes de experiências locais vivenciadas pelos povos subalternizados na situação colonial à história. (REIS; ANDRADE, 2018, p. 5).

A decolonialidade surge naturalmente a partir dos sujeitos que são dominados e racializados como inferiores. Eles utilizam seus saberes locais para expor a lógica de subalternização da modernidade/colonialidade (COLAÇO, 2012, p. 143). Os movimentos indígenas na América Latina, o levante zapatista, e a história do colonialismo vista a partir da perspectiva dos atores que viveram em colônias, como crioulos, mestiços, indígenas ou afro-americanos, bem como seus equivalentes na África e na Ásia, são "lugares de pensamento" que geram a decolonialidade, e não "lugares de estudo" (COLAÇO, 2012, p. 144).

Dussel (1993, p. 187) propôs o conceito de transmodernidade como algo importante para a decolonialidade. Ele explicou que a crítica à modernidade não tem como objetivo o retorno a um projeto pré-moderno, antimoderno ou pós-moderno, mas sim um projeto de descolonização. Em vez de uma modernidade única, centrada na Europa e imposta ao restante do mundo, Dussel sugere que se enfrente a modernidade eurocêntrica por meio de "uma multiplicidade de respostas críticas descoloniais que partam das culturas e lugares epistêmicos subalternos de povos colonizados de todo o mundo" (DUSSEL, 1993).

Segundo Colaço (2012, p. 187), a decolonialidade do conhecimento não consiste em uma simples inversão das regras ou na inclusão dos saberes locais. É, na verdade, o surgimento do "outro" que questiona a perspectiva epistêmica que estabelece a superioridade das formas político-jurídicas ocidentais em detrimento das formas locais. A decolonialidade não aceita a ideia de que as formas não-ocidentais devem desaparecer ou serem consideradas como etapas em direção às formas eurocêntricas de conhecimento.

Sobre o termo colonialidade, Colaço (2012, p. 122) assim manifesta-se:

> A palavra colonialidade (e não colonialismo) é utilizada para chamar atenção sobre as continuidades históricas entre os tempos coloniais e o tempo presente e também para assinalar que as relações coloniais de poder estão atravessadas pela dimensão epistêmica. Colonialidade é um conceito complexo (atua em vários níveis).

A colonialidade engloba as narrativas, subjetividades, modos de existência e conhecimentos colonizados que geram as respostas decoloniais. Enquanto a colonialidade permanece invisível na modernidade, é justamente ela que impulsiona o pensamento decolonial.

## 3.MODERNIDADE, EUROCENTRISMO E HIERARQUIA EPISTÊMICA

Essa é uma reflexão importante sobre como a modernidade/colonialidade é fundada por conhecimentos e teorias eurocêntricos que foram impostos a todas as sociedades do mundo, levando à supressão e opressão de outras línguas, memórias, saberes e experiências subjetivas. Isso levou a uma homogeneização cultural e a uma imposição de padrões universais abstratos que ignoram as particularidades locais e perpetuam a dominação ocidental.

O processo de globalização tem sido utilizado como uma ferramenta de expansão desse sistema de poder, levando a um contato violento e agressivo do Ocidente com outras culturas e formas de vida. O pensamento decolonial busca desafiar essa dominação,

valorizando e incorporando as perspectivas locais e subalternas no diálogo epistêmico global.

A partir de uma perspectiva colonial, a humanidade é dividida em espécies e subespécies, com uma hierarquização necessária para diferenciar e separar indivíduos com base em suas particularidades por meio de instrumentos legais que permitam o distanciamento entre grupos diferentes.

O processo de colonização operou em diferentes condições e configurações de um universo relacional de domínio europeu sobre outras populações globais. A dominação colonial marcou a história latino-americana não apenas por transformar a realidade, mas também por moldar a forma como é contada. A modernidade, sob uma ótica eurocêntrica, seria um processo de emancipação da imaturidade por meio de um esforço racional que imporia um novo desenvolvimento à humanidade.

A perspectiva binária difundida pelo eurocentrismo resultou em um fluxo de expansão colonial com o objetivo de dominar o globo terrestre. Essa visão hegemônica, que fundamentava as diferenças entre europeus e não-europeus em uma suposta diferença natural, precisa ser questionada.

Essa percepção biológica tornou-se um elemento constitutivo e fundamental das relações de dominação. Os povos dominados, com base em traços fenotípicos, tiveram suas contribuições culturais e epistemológicas deixadas de lado em prol de uma racionalidade eurocêntrica universal.

A colonialidade aparece diante da retórica moderna, por trás dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento, multiculturalismo, por exemplo. Ela se sustenta na ideia de que alguns estão em um lugar universal e assim representam o conhecimento verdadeiro, neutro, justo, bom para todos, enquanto “outros” estão em um lugar particular e localizado e, por isso, devem receber esse conhecimento (COLAÇO, 2012, p. 187).

Essa ideia de que alguns têm acesso ao conhecimento universal e neutro enquanto outros estão em uma posição

subordinada é a base da hierarquia epistêmica da colonialidade. Essa hierarquia epistêmica estabelece que os saberes produzidos na Europa e nos Estados Unidos são superiores aos saberes produzidos em outras partes do mundo, o que leva à marginalização e subalternização de outros modos de conhecimento. A decolonialidade busca romper com essa hierarquia epistêmica, valorizando e incorporando saberes e perspectivas produzidos em outros lugares e culturas, e reconhecendo a diversidade e pluralidade de modos de conhecimento.

## 4. O PENSAMENTO DECOLONIAL E A AMÉRICA LATINA

Segundo Ballestrin (2013, p. 94-96), o movimento decolonial se diferencia de outras correntes críticas das relações coloniais em duas características fundamentais. A primeira é a busca por uma separação completa dos autores eurocêntricos no âmbito do próprio pensamento decolonial. A segunda característica é uma maior preocupação em assegurar que as especificidades da América Latina sejam levadas em conta nas discussões.

De acordo com Zeifert e Agnoletto (2019, p. 203), o movimento decolonial se diferencia de outras abordagens críticas das relações coloniais em dois aspectos fundamentais: a busca por uma ruptura definitiva com autores e teorias eurocêntricas e a ênfase nas particularidades da América Latina. O pensamento decolonial busca se afastar da racionalidade hegemônica e privilegiar saberes que foram suprimidos ou esquecidos ao longo dos processos de "desenvolvimento", visando a empoderar formas de pensamento alternativas.

Lisbôa (2018, apud CASTRO-GOMEZ; GROSFOGUEL, 2017) argumenta que o conceito de decolonialidade desafia discursos acadêmicos que afirmam estarmos vivendo em um mundo descolonizado e pós-colonial, baseados na ideia de que as administrações coloniais acabaram e que foram formados Estados-Nação nas periferias. No entanto, essa visão não corresponde à

realidade, uma vez que ainda é possível perceber a continuidade da divisão internacional do trabalho entre centro e periferia, além da hierarquização de populações com base em critérios étnico-raciais que surgiram com a expansão colonial europeia.

Sobre o objeto de análise e as fontes dos estudos decoloniais, Colaço (2012, p. 120) ensina:

> Os estudos decoloniais utilizam um amplo número de fontes, as teorias europeias e norte-americanas críticas da modernidade, os estudos chamados propriamente de pós-coloniais, a teoria feminista chicana, a filosofia africana, entre outras. A principal força orientadora dos estudos decoloniais é, entretanto, uma reflexão continuada sobre a realidade cultural e política latino-americana, sendo influenciados decisivamente pelo pensamento filosófico e político desenvolvido no nosso continente.

Algumas das figuras que têm se dedicado à discussão da decolonialidade incluem o antropólogo e teórico cultural argentino Walter Mignolo, o sociólogo peruano Aníbal Quijano, o filósofo argentino Enrique Dussel, o filósofo colombiano Santiago Castro-Gómez, o sociólogo porto-riquenho Ramón Grosfoguel, o antropólogo colombiano Arturo Escobar, o sociólogo venezuelano Edgardo Lander, o filósofo portoriquenho Nelson Maldonado Torres e a linguista estadunidense Catherine Walsh, que trabalha com movimentos indígenas no Equador, entre outros (COLAÇO, 2012, p. 119).

Boaventura de Sousa Santos é um importante pensador decolonial no Brasil, que trouxe contribuições relevantes para a crítica teórica e prática, especialmente na área do direito e da ideia de emancipação. Embora não tenha participado da origem do movimento, sua obra "Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur" (SANTOS, 2010) é

considerada um marco de seus estudos, os quais estão relacionados à sua colaboração com o Grupo Modernidade/Colonialidade.

## 4 O DIREITO E A PERSPECTIVA DECOLONIAL

Como já mencionado, o pensamento decolonial tem se expandido na América Latina, no entanto, é importante notar que a produção acadêmica relacionada ao direito é limitada e pouco desenvolvida em comparação com outras áreas de estudo.

A maior parte das reflexões decoloniais é abordada em conjunto com temas de raça, gênero e sexualidade, por exemplo.

Ainda que haja pouca produção acadêmica sobre o pensamento decolonial no campo do direito, é fundamental ressaltar sua relevância na luta pela libertação dos oprimidos pelo colonialismo, a fim de garantir o reconhecimento de direitos que antes eram negados. É o que afirma Carvalho (2020, p. 24):

Nesse sentido, ao compreender o movimento decolonial como a expressão da resistência guiada pela busca em superar essa lógica de dominação e exploração, tendo como horizonte a libertação dos oprimidos e das oprimidas que sofreram com o processo de colonização e que continuam sofrendo com a colonialidade na periferia do sistema-mundo, pensar o direito dentro do movimento decolonial pode trazer à tona discussões sobre lutas sociais e reconhecimento de direitos: estes, que permanecem ocultos por meio da colonialidade; aquelas, as lutas sociais, que ocorrem contra as formas de opressão e exploração típicas da modernidade/colonialidade.

A abordagem decolonial possibilita uma visão crítica sobre os discursos jurídicos que se apresentam como universais, mas que, na verdade, são construídos a partir das práticas coloniais. Com essa perspectiva, é possível compreender o direito de uma forma mais ampla, considerando diversas categorias e formas de conhecimento

que não eram consideradas pelo direito ocidental. Essa visão contribui para a desconstrução de ideias hegemônicas e para o reconhecimento de outras formas de pensar o direito e a justiça.

O movimento decolonial busca produzir conhecimento que não seja neutro e que possa ser aplicado em diversas áreas do conhecimento. Para alcançar esse objetivo, é importante que haja a inclusão de lugares, tanto institucionais quanto não institucionais, onde os oprimidos possam ter voz e ser ouvidos. O direito é um desses lugares, apesar de ter sido muitas vezes utilizado como fonte de opressão. Agora, ele deve ser um instrumento para dar voz e contar a história pela perspectiva dos mais violentados. A luta contra a dominação, a exploração e a subalternização em diferentes áreas da vida são, portanto, lutas por direitos.

## 5 DIREITO CONSTITUCIONAL, PLURALISMO E DECOLONIALIDADE

É importante destacar que a decolonialidade não se resume à inclusão de saberes e pessoas não-ocidentais em espaços tradicionalmente negligenciados. Embora essa seja uma iniciativa positiva, é fundamental ir além e decolonizar o

conhecimento, questionando as relações coloniais em sua estrutura e epistemologia. A tarefa de descolonização é complexa, uma vez que a colonialidade se manifesta de maneiras sutis e profundas. Propor mudanças apenas simbólicas e retóricas não é suficiente para descolonizar a modernidade/colonialidade (COLAÇO, 2012, p. 186).

Conforme apontado por Carvalho (2020, p. 26), a contradição entre o direito como representação da modernidade/colonialidade e ao mesmo tempo como resistência contra ela se torna mais evidente no direito constitucional, principalmente na própria Constituição. Isso ocorre porque, embora a Constituição legitime formas de dominação e opressão, bem como determine quais saberes são considerados

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

legítimos, ela também expressa as lutas por uma sociedade mais justa e igualitária.

Portanto, pode-se afirmar que o direito constitucional e a teoria da constituição oferecem um terreno fértil para a análise a partir da perspectiva decolonial, com o objetivo de criar um sistema jurídico mais apropriado à situação brasileira.

## 6 DECOLONIALIDADE, INTERCULTURALIDADE E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Atualmente, é evidente a necessidade de mudanças no mundo moderno/colonial, para que sejam construídas estruturas de conhecimento baseadas na experiência de humilhação e marginalização. Movimentos como o zapatista e as recentes lutas indígenas na Bolívia e no Equador são exemplos claros desse movimento (COLAÇO, 2012).

Em verdade, os colonizadores atuam em diferentes ambientes e situações dentro de um sistema que privilegia o poder europeu sobre outras populações globais. O processo de colonização promove um afastamento da realidade ao adotar uma ideia universal que não representa os desejos dos dominados. A dominação colonial influencia toda a história da América Latina, não apenas na tentativa de transformar a realidade, mas também na maneira como a história é contada.

Sob uma perspectiva eurocêntrica, a modernidade é vista como um processo de emancipação da imaturidade através do esforço racional que leva a um novo desenvolvimento imposto à humanidade. Sara Araújo acerca da dominação europeia no continente africano, menciona:

A existência de diferentes sistemas jurídicos em África pode ser vista como uma forma de resistência ao poder colonial e uma tentativa de manter a identidade cultural e a autonomia local" (ARAÚJO, 2008).

O projeto de colonização tende a rejeitar os valores regionais em favor de uma ética civilizatória eurocêntrica. O que é diferente, nessa toada, é pintado como a "negação absoluta", representando o ponto mais distante do horizonte. A barbárie contra o dominado é tida, então, como uma máquina que suprime as identidades culturais e dificulta a alteridade. Funciona como uma perspectiva universalizante. O "Outro" foi trazido para a Europa através de museus e exposições de arte, e dessa maneira, cada vez mais colocado à disposição do imaginário popular, vez que podiam criar e ultrapassar as fronteiras da verdade por meio das crenças.

Por isso é que resta imprescindível refletir sobre o campo jurídico a partir de saberes locais que rompam com as influências coloniais, para que se identifique as origens do conhecimento latino-americano e crie-se espaço para questionamentos epistemológicos direcionados aos objetos particulares desta realidade.

O projeto de colonialidade representa uma verdadeira estruturação do poder, por meio de uma hierarquização que leva em consideração a língua e o privilégio de comunicação, além do conhecimento produzido através da manipulação de conceitos que permitem a subalternização das produções, objetos e sujeitos que não são reconhecidos pelo movimento eurocêntrico.

Especificamente, essa manifestação discursiva envolve processos de desumanização que objetivam negar os comportamentos éticos específicos das regiões colonizadas por nações europeias. Assim, nas situações coloniais, especialmente no campo jurídico, encontram-se processos de opressão e exploração cultural, sexual e econômica.

## 7 CRÍTICA ANTICOLONIAL E EMANCIPAÇÃO

A crítica anticolonial é realizada justamente por aqueles que defendem a posição de unificação da humanidade, a fim de responder às crises do universalismo e da exploração daqueles considerados

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

subalternos e marginalizados. Pode-se, portanto, afirmar que a Europa deixou de ser o centro de gravidade do mundo, ou, ao menos, deveria.

Essa crítica evidencia como o saber e a influência conectam-se e acabam servindo à criação de um plano que acabe por favorecer os menos favorecidos. Por

meio da periferia epistemológica, o indivíduo não apenas tolera a dominação, mas liberta-se da lógica utilizada pelos opressores. Para isso, compreender sua própria condição é crucial, iniciando-se, assim, o processo de transformação e recuperação da humanidade, descaracterizando o processo de desumanização imposto ao longo dos últimos séculos.

A abordagem escolhe posicionar o sujeito em um processo revolucionário que começa pela filosofia da libertação, mas não para por aí, já que se torna fundamental a desconstrução da própria tradição que, muitas vezes, se apresenta como contraponto ao discurso da diferença:

> A colonialidade é uma forma de poder que opera em todos os níveis da vida social, desde a economia até a cultura, desde a política até a subjetividade
>
> (...)
>
> A luta anticolonial é uma luta contra a colonialidade do poder e uma luta pela descolonização da vida social, cultural e política" (MBEMBÉ, 2017).

O objetivo maior é demonstrar que a história ocidental não é apenas uma organização e elucidação de fatos, mas uma violência epistêmica. A construção do sujeito colonizado como "Outro", no sentido de oposição, contraponto ao centro, é o exemplo mais evidente dessa violência, que já é naturalizada.

Mas, além da desconstrução, é importante enfatizar a necessidade de superar a figura do simples subordinado, pois ele é considerado uma metáfora para a atribuição de menor valor aos demais. A identificação do subalterno como o colonizado, ou o sujeito colonial, posto que não é um ser passivo, mas um sujeito ativo (COLAÇO, 2012).

Dentre os pensamentos ignorados pela lógica hegemônica eurocêntrica, a escolha decolonial deseja fortalecer o discurso local, estabelecendo o potencial epistêmico além das bases já estabelecidas e aceitas pelas intenções universalistas. Essa mudança do conhecimento envolve uma grande batalha histórica, que permite, ou não, a validação de sabedorias alternativas à compreensão das relações sociais, A finalidade é criar formas diferentes de experimentação da vida.

É esse o futuro idealizado para a humanidade, que rompe as fronteiras científicas objetivas eurocêntricas onde foram desenvolvidas a maioria das retóricas políticas e ecológicas, as quais já se demonstram insustentáveis a longo prazo. Considerando tais suposições, observam-se os fundamentos necessários para a quebra da concepção eurocêntrica, que já se provou não ser a única capaz de induzir o mundo ao progresso jurídico e racional, inclusive porque se as lentes europeias forem usadas para exame da realidade sociopolítica da América Latina, não se terá a percepção correta das diferenças.

Os legados eurocêntricos ainda são os responsáveis por bloquear a percepção ampla das experiências sociais, produzindo, assim, pensamentos cíclicos que apenas são reproduzidos, sem qualquer grau de raciocínio ou crítica. A perspectiva decolonial busca romper esse status ao possibilitar a potencial desvinculação dos saberes que foram sucessivamente silenciados, promovendo a união de conhecimentos sociais.

Nesse sentido é que os saberes subalternos e marginalizados são reconhecidos como de uma capacidade epistemológica hábil ao desenvolvimento dialógico com outros saberes, sob perspectivas cada vez mais plurais e capazes de transformar o meio em que se inserem.

A proposta do projeto decolonial, reitere-se, é a de transformar a realidade atual, mas de maneira distinta do que é amplamente proposto na contemporaneidade latino-americana, objetivando não cair em uma reprodução ideológica do colonialismo. Através da decolonialidade, busca-se construir um pensamento não eurocêntrico de produção contra-hegemônica, em uma evidente oposição ao projeto de colonização epistemológica.

Dessa forma, a interculturalidade é considerada uma importante fonte de inspiração, podendo ser utilizada para representar um multiculturalismo inclusivo, neoliberal e, em certas ocasiões, conservador, significando também um processo e projeto político-social de mudança. O projeto de decolonialidade é extremamente pertinente na medida em que propõe uma interação entre sujeitos, racionalidades e princípios que foram subtraídos, marginalizados. É importante que esses movimentos reconheçam as assimetrias, assim como a capacidade de produção de políticas públicas que surjam a partir das margens socioeconômicas.

Esse fenômeno representa uma diversidade de processos que reconhecem os múltiplos procedimentos na construção de uma nova cidadania e sociedade, desvinculada de padrões historicamente impostos, que leve em consideração as nuances da subalternidade. Sendo assim, a decolonização busca o estabelecimento de noções interpretativas que reafirmam a capacidade local de construção de saberes que orientem os entendimentos jurisprudenciais e os governos, de forma plural e multifacetada.

Após considerar todos os argumentos apresentados, podemos afirmar que o movimento decolonial representa uma luz no fim do túnel em uma história marcada pela violência, colonialismo e capitalismo nos países latino-americanos. É fundamental que essa abordagem se difunda por outras áreas do saber, especialmente no âmbito jurídico, onde o direito figura como uma ferramenta de grande relevância para a promoção de mudanças e o progresso social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após considerar todos os argumentos apresentados, podemos afirmar que o movimento decolonial representa uma luz no fim do túnel em uma história marcada pela violência, colonialismo e capitalismo nos países latino-americanos.

É fundamental que essa abordagem se difunda por outras áreas do saber, especialmente no âmbito jurídico, onde o direito figura como uma ferramenta de grande relevância para a promoção de mudanças e o progresso social.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sara. Pluralismo jurídico em África: ficção ou realidade? Revista Crítica de Ciências Sociais. n. 83, p. 121-139, 2008. Disponível em: https://rccs.revues.org/468. Acesso em: 12/04/2023.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. América Latina e o giro decolonial.

Revista Brasileira de Ciência Política, v. 2, p. 89-117. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>. Acesso em: 12/04/2023.

CARVALHO, Rayann Kettuly Massahud de. Direito e pensamento descolonial: aspectos introdutórios. Revista de direito. Viçosa. v. 12, n. 02. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10700/5950>. Acesso em: 12/04/2023.

COLAÇO, Thais Luzia. Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99625>. Acesso em: 12/04/2023.

DUSSEL, Enrique. 1492 – O encobrimento do outro. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. Disponível em: <http://www.mel.unir.br/uploads/56565656/arquivos/1492_O_encobremento_do_outr o_de_ENRIQUE_DUSSEL_441400838.pdf>. Acesso em: 12/04/2023.

LISBÔA, Natalia de Souza. Perspectivas decoloniais do novo constitucionalismo latinoamericano. CONPEDI Law Review. e-ISSN: 2448-3931. 2018. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/11300/1/ARTIGO_Perspectiva DecoloniaisNovo.pdf>. Acesso em: 12/04/2023.

MBEMBÉ, Achille. Crítica da Razão Negra. 2017. São Paulo: Antígona, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010. Disponível em: <http://www.mel.unir.br/uploads/56565656/noticias/quijano-anibal%20colonialidade% 20do%20poder%20e%20classificacao%20social.pdf>. Acesso em: 12/04/2023.

REIS, Maurício de Novais; ANDRADE, Marcileia Freitas Ferraz. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. Revista Espaço Acadêmico, n. 202. Março/2018. Disponível em:< http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41070/21945>. Acesso em: 12/04/2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; AGNOLETTO, Vitória. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidades nas sociedades latino-aericanas. Revista Húmus, v. 9, n. 26, p. 197-218. 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12077 >. Acesso em: 12/04/2023.

# CRUZAMENTO DE INFRAESTRUTURAS EM FAIXAS DE RODOVIAS

*Infrastructure Crossings in Highway Rights-of-Way*

**Igor Pedroso Monte Santo**[10]

**RESUMO:**

O presente estudo analisa a possibilidade jurídica de cobrança pela utilização das faixas de domínio de rodovias e ferrovias para a instalação de infraestruturas destinadas à prestação de serviços públicos essenciais. A pesquisa examina a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como as alterações introduzidas pelo Marco Legal das Ferrovias (Lei nº 14.273/2021). Verifica-se que o STF consolidou o entendimento de que as faixas de domínio das rodovias constituem bens públicos de uso comum do povo, sendo ilegítima a cobrança pela sua utilização quando indispensável à prestação de serviços públicos. Em consonância com essa orientação, o STJ passou a afastar a exigência de retribuição pecuniária em situações semelhantes. O trabalho também aborda a distinção entre bens públicos de uso comum e bens de uso especial, destacando precedentes que admitem a cobrança em hipóteses específicas. No âmbito ferroviário, analisa-se a previsão legal de cobrança constante do art. 53 da Lei nº 14.273/2021 e a ausência de regulamentação pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Conclui-se que, diante do atual cenário normativo e jurisprudencial, prevalece o entendimento pela impossibilidade de cobrança pela utilização das faixas de domínio quando vinculada à prestação de serviços públicos essenciais, permanecendo em aberto a definição regulatória acerca das ferrovias.

**Palavras-chave:** Faixa de domínio. Rodovias. Ferrovias. Serviços públicos. Concessões. Marco Legal das Ferrovias.

[10] Formação: Advogado; Formado em Direito pela UFRJ; Cursando Pós Graduação em Direito Público.

## ABSTRACT:

This study analyzes the legal feasibility of charging fees for the use of highway and railway rights-of-way to install infrastructure intended for the provision of essential public services. The research examines the evolution of case law from the Supreme Federal Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), as well as changes introduced by the Legal Framework for Railways (Law No. 14.273/2021). It is observed that the STF has consolidated the understanding that highway rights-of-way constitute public assets for common use by the public, rendering the imposition of charges for their use illegitimate when such use is indispensable for the provision of public services. In line with this stance, the STJ has also begun to reject the requirement for monetary compensation in similar situations. The study also addresses the distinction between public assets for common use and assets for special use, highlighting precedents that allow for charges in specific scenarios. Regarding railways, the study analyzes the statutory provision for charging fees found in Article 53 of Law No. 14.273/2021 and the lack of corresponding regulation by the National Land Transportation Agency (ANTT). It concludes that, given the current regulatory and judicial landscape, the prevailing view is that charging for the use of rights-of-way is impermissible when linked to the provision of essential public services, although the regulatory definition regarding railways remains unresolved.

**Keywords:** Right-of-way. Highways. Railways. Public services. Concessions. Legal Framework for Railways.

## INTRODUÇÃO – DO CRUZAMENTO DE INFRAESTRUTURAS EM FAIXAS DE RODOVIAS

Durante certo tempo houve discussão sobre a possibilidade ou não de cobrança pela instalação de infraestruturas nas faixas de domínio público às margens de rodovias. Era possível observar da jurisprudência do STJ diversas questões diferentes e ponderações específicas que analisavam a presença da fazenda pública em algum dos polos das discussões, dentre outras questões.

## DESENVOLVIMENTO – DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS FERROVIAS E DAS DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Recentemente o STF parece ter posto fim a uma discussão clássica sobre a questão do aproveitamento e cobrança de infraestrutura importante para o desenvolvimento dos serviços públicos nacionais, pacificando discussão com diversos contornos em relação à jurisprudência do STJ. A decisão do STF pode ser assim observada:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. **As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo**. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que **ele constitui, em si, o próprio serviço público** [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de **equipamentos necessários à prestação de**

> **serviço público**. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.
>
> (RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27-05-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177)

Neste sentido, a jurisprudência do STF reiteradamente esclareceu uma questão importante no que afeto às faixas de domínio de rodovias[11]: seriam bens de uso comum do povo, insuscetíveis de cobrança direcionadas à terceiros que prestam serviços públicos. Em decisão recente, o STJ se adequou à essa jurisprudência do STF, concluindo também pelo descabimento da Cobrança:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RODOVIA FEDERAL CONCEDIDA À INICIATIVA PRIVADA. COBRANÇA IMPLEMENTADA PELA CONCESSIONÁRIA PELO USO DO SUBSOLO DA FAIXA DE DOMÍNIO. UTILIZAÇÃO POR PARTE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA RESPONSÁVEL PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO INDISPENSÁVEL À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA.
>
> RECURSO DA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, na linha das decisões proferidas no RE n. 581.947/RO

[11] RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27-05-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177

> (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 27/8/2010 - Tema n. 261/STF), sob o rito da repercussão geral, da ADI n. 3.763/RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/5/2021), na ADI n. 6.482/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21/5/2021) e no RE n. 889.095 AgR-ED-EDv (Tribunal Pleno, Rel. Min. André Mendonça, DJe de 21/3/2025), firmou jurisprudência no sentido de que o **bem público de uso comum do povo, ainda que concedido à exploração pela iniciativa privada, permanece afetado à destinação pública, resultando, nesse viés, ilegítima a exigência de retribuição pecuniária pela utilização da faixa de domínio** de rodovia estadual concedida, em detrimento de concessionária responsável pela implementação de serviço também de natureza pública (no caso, água e esgoto), sabidamente caracterizado por sua essencialidade. 2. Diante da contemporânea jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, do princípio da razoável duração do processo e da arquitetura hierárquica jurisdicional desenhada na Constituição Federal, faz-se de rigor a aplicação da referida orientação no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial da concessionária de rodovia não provido.
>
> (REsp n. 2.137.101/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 7/8/2025, DJEN de 18/8/2025.)

Percebe-se, portanto, que a conclusão a ser extraída não é apenas que a faixa de domínio é insuscetível de cobrança, mas que as faixas de domínio de rodovias, por serem bens de uso comum do povo, são de uso gratuito para fins de instalação de equipamentos de serviços públicos.

Ocorre que, em outro sentido, é possível perceber que existem outras situações em que será possível ver bem público, mas que não seja de uso comum do povo, o que poderia atrair a questão da possibilidade da cobrança. Neste sentido o STJ possui jurisprudência sobre a cobrança pela instalação de infraestrutura de serviço público em túnel de metro (bem de uso especial):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREAMBULAR DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. REJEIÇÃO. RECURSO QUE NÃO APRESENTA DE FORMA SATISFATÓRIA AS RAZÕES DE VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS COMO VIOLADOS. SÚMULAS 282 E 284/STF. CONHECIMENTO PARCIAL. DIREITO DE PASSAGEM. CABOS DE FIBRA ÓPTICA. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRETENSÃO DE EXERCER O DIREITO DE PASSAGEM GRATUITAMENTE. ART. 12 DA LEI 13.116/2015. INAPLICABILIDADE. TÚNEIS DO METRÔ DE SÃO PAULO. BEM DE USO ESPECIAL. COBRANÇA, POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO, PELO USO DO ESPAÇO PÚBLICO POR ENTIDADE PRIVADA QUE EXPLORA SERVIÇO DE INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE, MEDIANTE PREVISÃO CONTRATUAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

(...)

4. Embora sustente a desnecessidade de contrato prévio para a utilização dos túneis do metrô, o recorrente deixou de indicar de forma satisfatória a relação entre a pretensão de exercer o direito de passagem, mesmo que a título oneroso, sem a celebração de instrumento contratual, a norma suscitada e a conclusão alcançada pelo Tribunal. Consequentemente, carece o recurso de clareza sobre a forma pela qual teriam sido violados os dispositivos legais. Ainda, deixou de promover a indicação de dispositivo legal que corrobore a sua tese, o que evidencia a deficiência do recurso quanto ao tema.

5. A exceção insculpida no art. 12 da Lei 13.116/2015 não alcança o exercício do direito de passagem pretendido pela TIM nos túneis do Metrô de São Paulo, em virtude da não adequação do bem a qualquer uma das situações dispostas na Lei Geral das Antenas, quais sejam, vias públicas,

faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo.

6. **Falta aos túneis do Metrô de São Paulo característica essencial para que sejam classificados como bem de uso comum: a submissão aos mandamentos da isonomia, da generalidade, da ausência de restrições**.

Os subsolos do metrô estão afetados ao serviço público de transporte metroviário de passageiros, amoldando-se mais adequadamente à definição de **bem de uso especial de uso administrativo externo do que à definição de bem de uso comum do povo, porquanto o seu uso é restrito aos usuários do serviço de transporte subterrâneo**.

7. É legítima a retribuição financeira exigida por concessionária em face de outra empresa privada prestadora de serviço de interesse público, a fim de obter rendimentos alternativos, complementares, acessórios ou de projetos associados, na forma do art. 11 da Lei 8.987/1995, desde que haja previsão contratual, diante dos impactos para a promoção de modicidade tarifária e do favorecimento à melhor satisfação do interesse público.

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 1.990.245/SP, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

Noutro sentido das concessões rodoviárias, a nova lei que regula o setor ferroviário (Lei 14273 de 2021) prevê expressamente:

"Art. 53. Ressalvados os **direitos** à **cobrança** de indenizações ou de **pagamento pelo uso da faixa de domínio**, a operadora ferroviária não pode impedir a travessia de suas linhas por tubulações e

> redes de transmissão elétrica, telefônica e similares, anterior ou posteriormente estabelecidas, observada a regulamentação nacional específica de proteção ao tráfego e às instalações ferroviárias.
>
> § 1º Os encargos de construção, conservação e vigilância cabem à parte que executar o serviço mais recente.
>
> § 2º A operadora ferroviária **pode cobrar das concessionárias, autorizatárias ou autarquias de serviço público pelo uso da faixa de domínio**, **exceto quando houver isenção prevista em legislação específica**."

É de se destacar que o STJ já havia rechaçado a possibilidade da cobrança pelo uso da faixa de domínio, interpretando que o decreto 1832/96 não permitiria tal cobrança em relação à passagem de dutos de gás, sob o argumento de que não haveria permissivo para tal cobrança, não pelo fato da classificação do bem público, mas por critério tributário:

> "(...)4. **Não possui** a recorrente - **concessionária de transporte ferroviário** - **capacidade tributária ativa** para **instituir a cobrança de tributo (taxa)** pela **utilização de subsolo em faixa territorial sob o seu domínio**. **Há permissibilidade para cobrar tarifa pela prestação do serviço público de transporte de cargas e pessoas, o que não se discute nos autos**.
>
> (...)
>
> (REsp n. 954.067/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27/5/2008, DJe de 23/6/2008.)"

Do inteiro teor do acórdão é esclarecedor que a fundamentação caminhou pela inexistência da possibilidade da cobrança, ante a

ausência de permissivo. Ocorre que, ao contrário do existente à época, hoje existe o permissivo, encartado no art. 53 da Lei das ferrovias. Assim, é cabível questionar se existiria desde já uma autorização para cobrança pelo uso de faixa de ferrovias, ou se deve ser interpretado que não.

Nesse ponto, é cabível investigar que na redação original do projeto de lei do Senado, PLS 261/2018, havia no art. 63 as diversas espécies de tarifas que poderiam ser cobradas[12].

Ocorre que, apesar da previsão original, não houve a especificação na lei final, havendo apenas a previsão genérica já transcrita. Nesse sentido, **a ANTT tem como tema de agenda regulatória exatamente este tema**[13], registrado sob o nº 50500.070881/2015-58.

Neste sentido a jurisprudência diz que se algo é expressamente retirado da lei, não se trata de lacuna legal, mas sim de silêncio eloquente. Assim, deve-se interpretar que a retirada das previsões específicas de tarifas foi feita com o fito de que fosse regulada a questão por agente com competência normativa, ou seja, a ANTT.

Percebe-se que a figura é reconhecida à muito pela jurisprudência do STF:

> "1. O acórdão recorrido, seguindo a orientação que se tornou dominante no tribunal a quo, deu pela competência, no caso, à Justiça do Trabalho, por aplicação analógica de uma das alterações que o artigo 114 da Constituição Federal introduziu na competência daquela Justiça: a de que lhe compete o julgamento dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

[12] PLS 261/2018, Art. 63, VI – tarifa de ocupação sobre a faixa de domínio privado: devida pela pessoa física ou jurídica que for licenciada pela administração ferroviária a edificar sobre a faixa de domínio ferroviário. documento

[13] Regulamento de faixa de domínio - Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

Sucede, porém, que sô se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam "silêncio eloqüente" (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

No caso, O litígio entre sindicato de empregados e empregador sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo diz respeito a pretensão que sô indiretamente decorre de relação de trabalho. Essa hipótese, que não está abarcada pela primeira parte do artigo 114 da Constituição, se situa entre as "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" a que o mesmo dispositivo constitucional deixa ao legislador ordinário a faculdade de estender a elas a competência da Justiça Trabalhista, o que não ocorre com a previsão da parte final desse mesmo artigo 114 que já fixa a competência dessa Justiça especializada para o julgamento dos "litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas", Essa parte final se adstringe a execução das sentenças trabalhistas que a comportam, bem como à ação de cumprimento para a observância da sentença coletiva, e observa o princípio de que cabe à Justiça, de que emanou a sentença a ser cumprida, resolver os litígios que tenham origem no cumprimento delas.

Portanto, ao não se referir o artigo 114 da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenções ou acordos coletivos, utilizou-se ele do "*silêncio eloquente*", pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação do trabalho, ainda que indiretamente.

Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, é competente para julgá-la a justiça comum.”

Assim, visto que houve a previsão original no projeto da Lei de Ferrovias, que foi excluído durante a tramitação, propoe-se que não há uma lacuna na norma, e que, na verdade, não é possivel cobranças pelo uso da faixa de domínio de ferrovias, até que haja fixação do tema pela agência reguladora.

Portanto, para fins do que se pode concluir atualmente de forma geral sobre ferrovias, tem-se que as faixas de domínio são a porção de terreno com largura mínima de quinze metros de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implantação da respectiva ferrovia, conforme se extrai do decreto 7929 de 2013. Não há ainda uma regulamentação por parte da ANTT e houve inovação legal para incluir expressamente a possibilidade de cobrança de concessionárias pelo uso das faixas de domínio.

Em contraponto, tem-se que a jurisprudência histórica do assunto se fundamentava no decreto 1832/96 que continua vigente, e que a jurisprudência do STJ e do STF se alinharam pela necessidade da gratuidade de uso do bem público (faixa de domínio), ainda que existente lei prevendo a possibilidade de cobrança; A alteração legislativa não necessariamente é aplicável e parece padecer de regulamentação, logo, sem regulamentação, seria inaplicável;

Além disso, há jurisprudência recente, posterior a nova lei, do STJ, tratando do assunto que aponta pela impossibilidade da cobrança, **vide o REsp n. 2.242.443**, Ministro Paulo Sérgio Domingues, **DJEN de 07/04/2026**, do qual se extraem os seguintes trechos do inteiro teor:

> “Sustenta ofensa ao art. 11 da Lei 8.987/1995, ao argumento de que o acórdão teria negado vigência à autorização legal para receitas alternativas previstas no edital e no contrato de concessão, inclusive por meio de cobrança pela utilização da faixa de domínio da ferrovia (fls. 1080/1083).

Aponta violação da Lei 14.273/2021 (Marco Legal das Ferrovias), especificamente do art. 53, § 2º, alegando que o acórdão teria negado vigência à norma que prevê a legalidade da cobrança pelo uso da faixa de domínio por concessionária de serviço público ferroviário (fls. 1083/1084).

Argumenta que a tese firmada em repercussão geral no Tema 261 do Supremo Tribunal Federal (STF) não se aplica ao caso concreto, por tratar de cobrança de taxa por municípios em relação a concessionárias de energia elétrica, e que a utilização desse precedente gerou contradição no julgado (fls. 1077/1080)

(...)

Ainda que a presente discussão refira-se à cobrança de valores de concessionária de gás, vale registrar, a título de *obiter dictum*, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do RE 889.095 AgR-ED-EDv, pela qual foi declarada a impossibilidade de concessionárias de rodovias cobrarem tarifa de concessionárias prestadoras do serviço de energia elétrica pelo uso de faixas de domínio.

(...)

Registro, ademais, que o entendimento firmado pelo STF já repercute no âmbito do STJ, que passou a adotar a mesma orientação em julgados recentes, em superação ao posicionamento exarado nos EREsp 985.695/RJ Exemplo disso é o acórdão proferido no REsp 2.137.101/PR, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, no qual a Primeira Seção, em agosto de 2025, reafirmou a ilegitimidade da cobrança pela utilização de faixa de domínio de rodovia concedida quando se tratar de ocupação indispensável à prestação de serviço público essencial. A ementa desse julgado dispõe:

(...)

Dessa forma, o STF afastou de modo expresso a possibilidade de concessionárias de rodovia cobrarem tarifas de concessionárias prestadoras do

> serviço de público pelo uso de faixas de domínio. **Foi firmada a compreensão de que tais bens, por se tratar de bens públicos de uso comum do povo**, **devem ser compartilhados de forma não onerosa quando a ocupação se mostra indispensável à prestação de serviço público essencial**, de modo a preservar a uniformidade regulatória e o interesse coletivo."

Tal decisão ainda não transitou em julgado, estando pendente agravo interno (Agravo Interno (AgInt) - PETIÇÃO Nº 918017/2026). Assim, é possível com certo grau de embasamento opinar pela impossibilidade de cobrança de tarifas pelo uso de faixa de domínio de ferrovia.

Entretanto, não é de se esquecer que a ausência de permissivo expresso no contrato de concessão (art. 11 da Lei de concessões), inclusive, é a jurisprudência do STJ[14], impedira também a cobrança.

[14] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. USO DA FAIXA DE DOMÍNIO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. FONTE ALTERNATIVA DE RECEITA. PREVISÃO EM CONTRATO. ENTENDIMENTO DO STF NA ADI 3.763/RS. NÃO APLICAÇÃO. DISTINGUISHING. PROVIMENTO NEGADO. 1. Esta Corte Superior analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não padecendo a decisão agravada de nenhuma omissão a ensejar o acolhimento da tese de violação do art. 489 do Código de Processo Civil (CPC). 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 975.097/SP, concluiu pela **possibilidade** de "o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, **prever**, em favor da concessionária, **no edital de licitação**, **a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas**, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas". O entendimento em questão reflete a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. A decisão constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.763/RS diz respeito à competência de entes locais que, ao legislar, inviabilizaram a competência atribuída à União para legislar sobre a cobrança pelo uso de faixas de domínio tanto em rodovias estaduais como em federais. No presente caso, a controvérsia foi solucionada à luz da interpretação da Lei Federal 8.987/1995, razão pela qual é necessário realizar o distinguishing entre as situações sob exame. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

## CONCLUSÃO – POSSÍVEIS CONCLUSÕES ANTE O CENÁRIO ATUAL DO TEMA

Ante todo o exposto, entende-se possível concluir pela existência do silêncio eloquente na lei das ferrovias e que não seria possível a cobrança de tarifas pelo uso e ocupação das faixas de domínio de ferrovias indispensável à prestação de serviço público essencial, de modo a preservar a uniformidade regulatória e o interesse coletivo.

Em relação à possibilidade futura de cobrança, restará questão a ser debatida, visto que, em tese, as faixas de domínio de ferrovias possuem características análogas às das rodovias, sendo possível sustentar sua natureza de bem de uso comum. Entretanto, existem peculiaridades específicas que poderiam atrair a configuração como bem de uso especial.

## REFERÊNCIAS

(RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27-05-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177)

(REsp n. 2.137.101/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 7/8/2025, DJEN de 18/8/2025.)

RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27-05-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177

(AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 1.281.521/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

(REsp n. 1.990.245/SP, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

PLS 261/2018 https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7736239&disposition=inline

Regulamento de faixa de domínio - Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT - https://portal.antt.gov.br/pagina-de-teste/-/asset_publisher/zhlgU1mXEzF5/content/regulamento-de-faixa-de-dom%25C3%25ADnio/3116054

REsp n. 2.242.443, Ministro Paulo Sérgio Domingues, DJEN de 07/04/2026.

AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 1.281.521/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.

 **DOI**: 10.56089/978-85-7872-844-1 - **ISBN**: 978-85-7872-844-1 - **ISSN:** 2965-2588

# ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME
## UM ESTUDO SOBRE A ABORDAGEM ECONÔMICA DO CRIME SOB A ÓTICA DE ALGUMAS DAS MUITAS VARIÁVEIS SOCIOECONÔMICAS DA CRIMINALIDADE

*ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME*

*A study of the economic approach to crime through the lens of some of the many socioeconomic variables associated with criminality.*

**Aline dos Santos Natal**[15]

**RESUMO:** O artigo examina a aplicação da Análise Econômica do Direito ao estudo do crime, a partir do diálogo entre conceitos econômicos e jurídicos. Apresenta a formação dessa abordagem e a contribuição do modelo de escolha racional associado a Gary Becker, segundo o qual a decisão de delinquir pode ser influenciada pelos benefícios esperados e pelos custos percebidos, inclusive o risco de detecção e punição. Discute o emprego de recursos públicos escassos em políticas de segurança e o papel da eficiência na elaboração das normas e na atuação do sistema de justiça. Sustenta que a análise econômica pode oferecer subsídios à compreensão da criminalidade, desde que sua aplicação ao Direito Penal respeite os direitos fundamentais, as garantias penais e processuais e os limites da criminalização e da punibilidade.

**Palavras-chave:** Análise econômica do crime; Direito Penal; eficiência; escolha racional; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** This article examines the application of Law and Economics to crime through a dialogue between economic and legal

[15] Bacharelado em direito pela UFRJ; Pós-graduada pela FESUDEPERJ; Pós-graduada em direito societário pela LEGALE; Pós-graduação em processo civil pela LEGALE; técnica judiciário e analista judiciário (TJRJ)

concepts. It outlines the development of this approach and Gary Becker's rational choice model, under which the decision to offend may be influenced by expected benefits and perceived costs, including the risk of detection and punishment. It discusses the allocation of scarce public resources to security policies and the role of efficiency in lawmaking and the criminal justice system. The article argues that economic analysis can inform the understanding of crime, provided that its application to criminal law respects fundamental rights, substantive and procedural safeguards, and the limits of criminalization and punishment.

**Keywords:** Economic analysis of crime; criminal law; efficiency; rational choice; fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Há muitas poucas décadas, a economia era utilizada pelo direito apenas em áreas muito específicas, como, por exemplo, para fins tributários ou ainda para mensurar danos e estabelecer, dentro do limite do possível, balizas minimamente objetivas para a fixação de verbas indenizatórias.

Recentemente, percebeu-se que a economia poderia ajudar em diversas áreas do direito, já que este, sob a acepção de ordenamento jurídico, deve ser entendido como a instituição que dita as regras do jogo da convivência em sociedade. E justamente porque é no direito que se fundam as regras sociais é que ganha relevo o diálogo com a ciência econômica, principalmente sob o viés da microeconomia, que dá ao jurista a possibilidade de antever como a coletividade responderá às regras criadas, sem olvidar da importância das consequências do direito perante a sociedade.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a análise econômica do direito é fundamental em dois momentos específicos. O primeiro, como dito, na elaboração das normas, das regras do jogo, mormente quando é cediço que boas normas têm íntima relação com o

desenvolvimento social e com o crescimento econômico de um estado. Já o segundo momento tem impacto direto no Poder Judiciário, mais especificamente, na tomada de decisões dos magistrados, porquanto permite que às decisões judiciais se incorporem parâmetros de eficiência.

E em países como o Brasil, que carecem de recursos e, mais, demandam a boa aplicação desses mesmos recursos, a eficiência é um conceito fundamental, que acaba, aliás, por se confundir, não raras vezes, com o próprio conceito de justiça. Em outras palavras, a alocação adequada dos recursos públicos garante a promoção de justiça social.

A constatação dos benefícios da simbiose entre as ciências do direito e da economia não escapou ao direito penal, nada obstante uma análise econômica do delito já tivesse sido objeto de estudo por Beccaria e Bentham, nos séculos XVIII e XIX. Contudo, foi após 1968, com importante artigo publicado por Gary Becker, que a teoria econômica do crime passou a ser profundamente analisada por estudiosos, que buscavam nas variáveis econômicas explicações para a prática do delito.

Basicamente, a teoria de Becker, que também serve de norte para este trabalho, diz que o crime é uma atitude racional como qualquer outra, sendo certo que o criminoso é quem, após elaborar o cálculo do custo x benefício do crime, resolve alocar seu tempo em atividades ilícitas.

Neste artigo, faremos uma abordagem econômica do crime, com uma breve exposição do modelo de Becker e dos custos sociais da criminalidade, discorrendo, ainda, sobre algumas das principais variáveis econômicas que influem na taxa de criminalidade e sobre a necessidade de se combater o crime de forma economicamente eficiente.

## 2. ECONOMIA E DIREITO

As ciências sociais ocupam-se dos mais diversos aspectos do comportamento humano, daí por que não é equivocado chamá-las de ciências do comportamento ou ciências humanas. Desse estrato fazem parte, dentre outras, a ciência política, que trata das relações entre o Estado e a nação, formas de governo e condução dos negócios públicos; a sociologia, que se ocupa das relações sociais e da organização da vida em sociedade; a psicologia, que delimita seu objeto de estudo no comportamento humano (motivações, estímulos, valores, etc.); e o direito, a quem cabe estabelecer as normas que regem a sociedade, tanto em relação a direitos e deveres individuais e coletivos.

A economia também é uma ciência humana, cuja foco principal do estudo está na forma em que a sociedade lança mão de seus recursos – escassos, é dizer – para produzir bens úteis e distribuí-los entre diferentes pessoas – físicas e jurídicas –, nos mais variados negócios da vida. À economia, assim, cabe o estudo da ação econômica do homem, que envolve principalmente o processo de produção, a geração e a apropriação de renda, o dispêndio e a acumulação (ROSSETTI, 2003, p. 30).

Embora divirjam em um ou outro ponto, sobretudo no que toca à necessidade de maior ou menor grau de interferência estatal na regulação do mercado, há um consenso entre os economistas no sentido de que a ciência econômica centra-se na análise da alocação de recursos e no emprego destes de modo mais eficiente para os indivíduos, para as empresas e à sociedade (STIGLITZ, 2003, p. 8).

MANKIW (2005, p. 4) define economia como sendo o estudo pelo qual a sociedade administra seus recursos escassos, apontado a importância desse gerenciamento diante da finitude de bens e serviços e analisando a tomada de decisões dos indivíduos integrantes de uma determinada sociedade: o quanto trabalham, o que compram, quanto gastam e quanto poupam, como investem suas economias e como interagem uns com os outros. Em síntese, é a

ciência que analisa as forças e tendências que atingem a economia como um todo.

Pois bem, qualquer sociedade, complexa ou simples, no seu processo de formação, exige que sejam respondidas ao menos três perguntas – a tríade de problemas econômicos: o que o grupo deve produzir? Como será produzido? Como se dividem os resultados obtidos com essa produção? (GREMAUD et al, 2005).

Em uma visão extremamente simplista, pode-se afirmar que, nas sociedades complexas, é ao Direito que se atribui a tarefa de regular as soluções encontradas para esses problemas, o que ele faz, por exemplo, por meio de institutos como o contrato, a proteção da propriedade privada, a defesa dos direitos do consumidor, a regulação do direito de concorrência, dentre outros. E quanto mais complexa é a sociedade, maiores são os bens, os recursos, os interesses e as ramificações sociais, dando ao Direito espetacular relevo na sobrevivência do grupo social.

Por sua vez, o conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados – rememoremos que o cerne da Economia é justamente a alocação de recursos e o emprego destes de modo mais eficiente para as pessoas – contribui fundamentalmente para a aproximação entre o Direito e a Economia, embora não se submetam as normas jurídicas exclusivamente aos anseios econômicos. Cuida-se, portanto, de ciências que se complementam, e não que se excluem.

## 2.1. A integração entre Direito e Economia

Como visto, a interpenetração entre Direito e Economia existe desde que o homem se tornou um ser social. Entretanto, ela passou a ser estudada de forma sistemática a partir do século XVIII, com Adam Smith, e nas últimas décadas, essa relação se intensificou e ganhou contornos ainda mais complexos.

No Brasil, contudo, o tema vem sendo melhor explorado há pouco, conforme expõem ZYLBERSTAJN e SZTAJN (2005) em seu estudo conjunto sobre a análise econômica do Direito. Desses recentes estudos, extrai-se a ideia de que noções básicas de economia e de conhecimento de mercado são fundamentais ao direito e se prestam, sobretudo, a dar respostas mais eficientes e mais úteis aos complexos problemas enfrentados pelos juristas, não havendo razões lógicas para a cisão radical entre tais ciência.

É no mercado, veja-se, que as relações jurídicas se desenvolvem em sua plenitude, o que permite concluir que toda teoria do direito traz consigo um pressuposto econômico assim como toda teoria econômica tem em si uma reflexão do significado e da importância do direito para as sociedades.

O Direito, não raras vezes, preocupa-se com o retorno das coisas ao *status quo ante*, ao passo que a Economia tem como foco o futuro, antecipando resultados que permitam estabelecer diretrizes de desenvolvimento e transformação social. Segundo PINHEIRO (2008), a justiça tem olhos para o passado na tentativa de reconstituir um estado anterior das artes, enquanto a economia olha essencialmente para o amanhã, na busca de prever e 'precificar' o futuro.

Esses olhares diversos, contudo, não impedem ou obstaculizam o diálogo entre o Direito e a Economia, mormente quando ambas as ciências, consoante Bruno Meyerhof Salama, procuram solucionar problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade (2008, p. 49). Em outros termos, mais do que um instrumento de garantia de liberdades, o Direito é um instrumento de intervenção na vida social e política que visa a dar regularidade a certas arranjos sociais, promovendo desenvolvimento e transformação social, e para isso se vale das transformações da economia, sobretudo em momentos de crise.

A Constituição Federal, como programática que é, direciona o legislador e o aplicador do direito no sentido de se garantir o estado de bem-estar social, sendo certo que os mais diversos programas da Carta Magna, muitas das vezes, cedem diante do contexto econômico e das forças do poder econômico e político. Isso significa dizer, em

linhas objetivas, que se a Economia traz para o palco central de debates assuntos caros ao Direito, como dignidade, cidadania, direitos humanos, democracia, a interligação dessas ciências escapa ao plano meramente teórico e ganha contornos concretos a justificar a análise conjunta dessas disciplinas.

Para Rachel Sztajn (2005):

> Comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes.
>
> Por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento – o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de Direito e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias – nas escolas de economia –, os operadores do Direito veem com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito (SZTAJN, 2005, p. 75)

## 2.2. A gênese do estudo conjunto das disciplinas

A despeito de a análise econômica do direito ser hoje uma ferramenta essencialmente difundida, um exame das bases históricas desse movimento é primordial na compreensão exata do seu alcance e importância.

Como visto, o movimento de análise crítica do direito sob a perspectiva de conceitos basicamente econômicos ganhou relevância mundial na segunda metade do século XX, inicialmente nos Estados Unidos, por meio de estudos publicados por economistas das Universidades de Chicago e de Yale, e depois espalhou-se para o mundo, inclusive no Brasil, já em meados da década de 80.

A análise conjunta destas especialidades detém como importante marco a obra de Roland Coase, renomado advogado norte-americano que, em 1991, ganhou o Prêmio Nobel de Economia (VASCONCELLOS e GARCIA, 2012, p. 41), e após a publicação de um artigo intitulado "A Teoria do Custo Social" (*The Problem of Social Cost*), em 1960, o pensamento jurídico americano jamais foi o mesmo.

Em seus estudos, o economista, que era integrante do movimento chamado de Escola Econômica de Chicago[16], tratou dos impactos econômicos positivos e negativos no que diz respeito ao consumo e à produção, suscitando relevantes temas sobre o direito que cada indivíduo teria – ou não – de prejudicar outros e quais as melhores formas de refrear essa ação socialmente prejudicial. A fim de evitar tais danos, defende que ao causador poderia ser atribuída uma responsabilidade, ou seja, um custo pelo prejuízo causado a outrem (apud PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 102).

Coase concentrou seus estudos na microeconomia e foi o criador da afamada teoria da firma, demonstrada pela primeira vez na obra *The Nature of Firm*, publicada em 1937 (CASSI e GONÇALVES). Nesse trabalho, o autor defendeu que a aquisição de determinado produto por meio do sistema de mercado deveria considerar, além do preço, os chamados custos de transação.

[16] Escola Econômica de Chicago foi um movimento surgido na Universidade de Chicago, especialmente a partir da década de 50, conduzido por ilustres economistas, boa parte deles vencedores do prêmio Nobel. A Escola de Chicago, que teve forte impacto na ciência política e no direito, resgatou uma série de princípios da economia neoclássica, como a teoria da formação de preços e o liberalismo econômico. O movimento também está associado à Nova Economia Institucional, ao implicar a forte relação entre as instituições, como o Judiciário, e o desenvolvimento econômico em nível macro (BARROS, 2012).

Em outros termos, uma firma, para firmar contratos vários, teria custos de pesquisa, informação, negociação e fiscalização, que, a depender da monta, poderiam tornar inviáveis a negociação no mercado, o que, no seu entender, justificaria que estas mesmas firmas, para diminuir os custos de transação, dilatassem sua estrutura e internalizasse as tratativas que, a princípio, seriam realizadas em uma estrutura de mercado.

Quase duas décadas depois, Coase publicou o já mencionado artigo *The Problem of Social Cost*, esse sim, como visto, reconhecido como o artigo científico mais citado no mundo da economia e referido como paradigma da gênese do estudo do movimento *Law and Economics*.

Para Coase, era inaceitável a ideia de a intervenção estatal ser a regra para a solução dos problemas ocasionados pelas externalidades, e defendia, por sua vez, que a solução a ser aplicada deveria ser aquela que causasse menos prejuízos, fosse quem fosse o culpado da situação. Assim, para ele, as partes envolvidas no conflito deveriam negociar, a fim de que, elas mesmas, alcançassem um equilíbrio, uma solução que fosse benéfica a ambos e aceita e absorvida pela sociedade.

Nessa obra, o autor exemplifica a hipótese com o caso no qual um rebanho ultrapassa as confrontações da propriedade do pecuarista e, invadindo o terreno ao lado, destrói parte da plantação do agricultor. Considerando que, para a construção de uma cerca, o pecuarista teria um custo de $9 (nove) dólares e o preço da plantação seria de $1 (um) dólar por tonelada, ele faz algumas ponderações. Se o rebanho for de até 3 (três) cabeças, a perda anual do agricultor será de 6 (seis) toneladas; se for de 4 (quatro) cabeças, a perda será de 10 (dez) toneladas. Contudo, se o rebanho for de até 3 (três) cabeças, seria mais interessante ao pecuarista pagar pelas perdas do agricultor do que construir uma cerca que evitasse a transposição dos limites pelos animais, situação que seria diversa quando o número de cabeças superasse a 3 (três).

Outro exemplo foi o de uma fábrica que causasse poluição em um determinado rio. Segundo Coase, deveria ser ponderado se o bem produzido pela fábrica, a despeito da degradação ambiental, seria

mais eficiente para a comunidade do que a própria poluição, na medida em que uma empresa, à toda evidência, gera empregos e aumenta a arrecadação tributária, ao passo que a solução para o fim da degradação seria a cessação das atividades fabris.

A lei, assim, poderia autorizar o dono do empreendimento a causar danos ao meio ambiente, desde que fossem adotadas uma série de condições, que poderiam variar, naquele caso específico do rio, desde a obrigatoriedade de investimentos em saneamento urbano, como no dever de adotar medidas preventivas que ao menos atenuem os efeitos da poluição.

Em suma, a busca de Coase era por uma solução jurídica que fosse, em termos econômicos, eficiente, ou seja, uma solução na qual as partes litigantes se beneficiassem do resultado, maximizando riquezas para a sociedade. Nessa procura, não estaria o intérprete preso a regras de justiça ou equidade, mas sim focado em premissas econômicas que garantissem a solidez que se espera das decisões judiciais (BARROS, 2012).

E é nesse ponto da análise dos custos das tomadas das decisões, seja na elaboração de uma lei ou na sua aplicação pelo intérprete, que se percebe com clarividência a indissolúvel conexão entre as ciências jurídica e econômica, ainda que, rememore-se, não deva o jurista afastar-se por completo dos postulados que formam o direito.

Pois bem, uma vez aberta a fonte do estudo conjunto entre direito e economia, muitos outros estudos se destacaram, havendo o aprofundamento cada vez maior sobre a matéria e em diferentes ramos do direito, a exemplo do artigo *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law*, de Guido Calabresi, publicado em 1961. Guido, jurista da Universidade de Yale, debruçou-se na tentativa de demonstrar a importância de se analisar os impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, tanto em âmbito legislativo quando na esfera judicial.

Conforme expõem ZYLBERSTAJN e SZTAJN (2005), para esse renomado autor, uma análise adequada do direito não prescinde do tratamento econômico das questões. De certa forma, é possível

afirmar que se Coase preocupou-se em estabelecer um diálogo com outros economistas, ao invés, Calabresi queria ser ouvido por juristas, no que, é dizer, teve êxito.

Nessa mesma trilha, seguiu a obra de Trimarcchi, que também fomentou importantes discussões sobre a relação entre Direito e Economia, tendo como pano de fundo o direito continental europeu, especificamente o italiano, cabendo-lhe a tarefa de demonstrar a possibilidade da adoção de critérios que provocassem nos indivíduos a procura por eficiências alocativas (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005, p. 2).

Já na década de 1970, o debate da disciplina, que já havia ganhado proporções muito maiores no panorama jurídico, voltou seus holofotes para a tese de que o direito deveria ter um fim essencial: a maximização da riqueza social, já que, apenas assim o direito seria eficiente. A defesa dessa teoria foi encabeçada pelo jurista e economista Richard Allen Posner, que passou a ser um dos grandes nomes do movimento ao afirmar que a análise econômica do direito era uma ferramenta revolucionária para a apreciação de uma infinidade de problemas sociais e jurídicos.

Os estudos de Posner sobre a análise econômica do direito foram seguidos de tantas outras obras sobre o tema, em especial a de Gary Becker, cujo projeto será mais densamente analisado neste trabalho, considerando ter sido ele o precursor do movimento que inter-relaciona conceitos ligados à microeconomia e aos comportamentos e à interação humana.

## 3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Consoante exposto por Robert Cooter e Thomas Ulen, “a análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos” (COOTER; ULEN, 2010, p. 33).

A convergência dos fundamentos da Economia e dos fundamentos do Direito oportuniza a compreensão do real sentido e da razão de ser da norma jurídica, pois a empresa, como agente econômico e como sujeito de relações jurídicas, assume importante papel social. A regulamentação jurídica pode influenciar empreendimentos econômicos ao fim de promover o desenvolvimento e a mudança social.

A almejada justiça social, cuja busca encontra-se constitucionalmente traçada, insere-se na ordem econômica e na ordem social, de modo que sua realização necessariamente detém implicações econômicas e sociais.

É o que dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170 ao estatuir que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e no artigo 193 ao estabelecer que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Desta forma, o Direito e a Economia detêm importantes papéis a serem cumpridos e constituem partes integrantes do processo de desenvolvimento nacional.

Segundo Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos e Manoel Enriquez Garcia (2012, p. 42),

> "[…] as normas jurídicas buscam, em última análise, regular as atividades econômicas, no sentido de tornar os mercados eficientes (função alocativa) e buscar melhor qualidade de vida para a população como um todo (função distributiva)".

Assim, importantes concepções da teoria econômica podem ser relacionadas ou molduradas em conformidade com as normas jurídicas, sendo ainda possível que para a solução de relevantes e

determinados problemas econômicos ocorram alterações no ordenamento jurídico.

Portanto, a busca pela justiça social necessariamente perpassa pelas perspectivas da Economia e do Direito para tratar de modo adequado diversos problemas sociais, pois a divisão entre estas antigas disciplinas pode não ser benéfica à sociedade.

Para tanto, a análise econômica do Direito, a qual oportuniza a abordagem multidisciplinar destas específicas disciplinas, a princípio antagônicas, deve expressar uma contínua evolução apta a propiciar o desenvolvimento social e a eficiência econômica. “Ainda que não seja unanimidade, a Análise Econômica do Direito é largamente reconhecida como um caso de sucesso” (WILLIAMSON, 2005, p. 16).

O interesse no estudo conjugado decorre do tradicional isolamento entre as áreas de conhecimento da Economia e do Direito e das respectivas instituições acadêmicas brasileiras. Normalmente, aqueles que atuam em cada um destes campos desconhecem as contribuições que poderiam advir da área diversa, o que conduz as inevitáveis alterações para repensar a abordagem separada, promovendo o estabelecimento de liames conceituais e originando modos de comunicação entre as disciplinas (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005).

Marcos Nobre expôs que o Direito, como disciplina acadêmica, não acompanhou o qualitativo crescimento da pesquisa científica das outras disciplinas das ciências humanas. Ainda em relação ao Direito, destacou a desconformidade da situação existente entre a prática, a teoria e o ensino nacional (apud ARIDA, 2005, p. 60).

Ao tratar a respeito das organizações sob os aspectos econômicos e jurídicos, Oliver Williamson sugere a interação entre as disciplinas no ensino do Direito (2005, p. 53):

> “[…] recomendo que o enfoque dominante da Análise Econômica do Direito possa beneficiar-se com a incorporação das lições e de alguns métodos da Análise Econômica do Direito e das

> organizações – naquilo que tem a oferecer para a formulação de políticas públicas e para o currículo das faculdades de Direito".

Desta forma, relativamente a diversos temas que geram efeitos socioeconômicos mostra-se oportuno estimular uma análise crítica à luz dos fundamentos doutrinários que permeiam a Economia e o Direito, o que pode melhor adequar a robusta literatura existente em cada área à realidade nacional, pois configuram disciplinas congruentes.

## 4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

É inegável, portanto, a importância do Direito e da Economia, duas áreas que historicamente estão em constante evolução e de manifesta acuidade por estudiosos. Malgrado seja crível relatar que, ao longo dos anos, experiências foram realizadas na tentativa de otimizar a ciência jurídica utilizando-se as ferramentas da economia, a fase embrionária, denominada Análise Econômica do Direito, que gerou resultados mais expressivos consagrando a interdisciplinaridade entre Direito e Economia ocorreu na década de 1960, nos Estados Unidos, após a publicação dos artigos "The Problem of Social Cost" (1960) e "Some Thougts on Risk Distribution and the Law of Torts" (1961), escritos respectivamente por Ronald Coase e Guido Calabresi (CALIENDO, 2009).

No primeiro artigo, o cerne do raciocínio defendido pelos autores supracitados demonstra até que ponto a intervenção do estado via jurisdicional seria justificável em circunstâncias de despesas de transações predominantemente elevadas. Chegou-se à conclusão de que a ingerência do Estado em conflitos sociais de custo módico de transação estariam economicamente aquém daquelas advindas da ordem espontânea. Já na segunda publicação, a teoria econômica foi utilizada para observar a difusão do risco como juízo

crítico de imputação da responsabilidade sobre o Direito de danos (ALVAREZ, 2006).

Trata-se do uso das ferramentas próprias da economia às normas jurídicas, reinterpretando o ordenamento jurídico em conformidade com as escolhas racionais para que se efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer. Assim, tenta-se “explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema”.

Analisar o crime sob o viés da economia representa, em síntese, uma nova forma de encarar os fatos sociais, que, para além do estudo normativo, passam a ser vistos por uma lente também econômica. A análise econômica do crime proporciona uma nova compreensão do fenômeno criminal, sobretudo a partir do aporte de preceitos microeconômicos.

Em que pese as relações entre Direito e Economia, como já abordado, tenham encontrado a sua gênese no âmbito macroeconômico, ampliando seu alcance, no mais das vezes, nos vínculos de natureza contratual, a aplicação de princípios econômicos ao Direito Penal permite inclusive compreender, ao menos em parte, tanto as causas como a consequência da criminalidade praticada em diferentes estratos sociais.

A premissa inicial de Becker é a de que o indivíduo, ao considerar a prática de um crime, age de forma racional e pondera os custos e benefícios envolvidos. Nessa avaliação, ele compara as vantagens que espera obter com a atividade ilícita aos riscos e às possíveis consequências de sua conduta, decidindo se, do seu ponto de vista, vale a pena praticá-la.

Desta feita, a teor do que orienta a Análise Econômica do Crime, um sujeito comete um delito apenas se a utilidade esperada exceder a utilidade que se poderia obter mediante o dispêndio de tempo e outros recursos em outras atividades. Assim, a decisão do indivíduo de se aventurar na empreitada criminosa perpassa,

necessariamente, pela ponderação dos custos e dos benefícios dessa atividade delitiva.

Além disso, Becker alargou a análise econômica a novos domínios dos comportamentos humanos e das relações humanas, debruçando seu estudo também sobre a economia da pobreza e da discriminação social, a economia da educação, a análise econômica do crime e da justiça criminal, a análise econômica do direito da família, e ultimamente a análise econômica do direito das drogas.

E todos esses estudos têm fundamental e inequívoca incidência prática. Especificamente quando se trata, por exemplo, da economia da justiça criminal, pode-se pensar em um critério de escolha de normas penais de que possa resultar um rendimento máximo da justiça criminal e um custo mínimo dos prejuízos sociais decorrentes das infrações e das atividades repressivas (SOUSA, 1992, p. 117).

Basta pensar, desse modo, que eficiência não se trata de mero vetor hermenêutico, algo para além da criação da norma, mas também em algo que deva influenciar o momento da elaboração das normas, a fim de que o Direito cumpra, de fato, aquilo a que se propõe, qual seja, a pacificação das relações sociais por meio da obediência às regras de conduta preestabelecidas.

Retoma-se, assim, a questão inicialmente proposta: pode a Análise Econômica do Crime recorrer ao preceito do cuidado de perigo para orientar a busca pela eficiência? Para responder a essa pergunta, é preciso definir o que se entende por eficiência no Direito Penal e quais limites devem orientar sua aplicação.

A eficiência, embora relevante nos textos constitucionais e processuais, não deve ser compreendida, nesse campo, como simples maximização da riqueza ou dos resultados da punição. Seu papel é contribuir para a realização da justiça e, ao mesmo tempo, impor limites à criminalização e à punibilidade.

É a concepção onto-antropológica do cuidado de perigo que permite distinguir essas duas formas de compreender a eficiência. Ela afasta uma lógica meramente utilitarista e economicista, fundada no

cálculo de custos e benefícios, e admite a eficiência quando voltada à justiça e à paz, mediante a preservação ou a reconstrução daquela relação fundamental de cuidado de perigo. Nessa perspectiva, ser eficiente também significa reconhecer quando o Direito Penal não deve criminalizar ou punir.

Não se ignora que o Direito Penal possui barreiras intransponíveis, imunes, portanto, à apreciação econômica da própria legalidade, como é o caso dos princípios penais elementares, dentre eles a fragmentariedade, a subsidiariedade e o non bis in idem. Em outros termos, o Direito Penal, como *ultima ratio,* traz em sua ciência conceitos próprios que servem de limites para a atuação do legislador na criação e na reforma de tipos penais.

Todavia, não é impensável vislumbrar a utilidade da economia do direito na aplicação dogmática do Direito Penal. Não por outra razão, veja-se, que a própria criação do princípio da insignificância, fruto de uma análise profunda da tipicidade sob a ótica puramente material, caracteriza, por exemplo, uma análise eminentemente (mas não exclusivamente) econômica, já que são ponderados justamente os custos e benefícios da reprovabilidade do comportamento formalmente ilícito.

Assim, mesmo no campo do Direito Penal, fortemente vinculado à legalidade estrita, é possível explorar territórios que permitam buscar uma solução mais eficiente para a criminalidade e sua responsividade, sem, contudo, descurar de limites inatos àquela ciência, em obséquio, inclusive, a postulados constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

Insta destacar que a Análise Econômica do Direito também está sujeita a críticas, especialmente quanto aos limites do uso de conceitos econômicos na interpretação das normas jurídicas. Seu caráter interdisciplinar permite compreender melhor as consequências práticas das decisões, mas exige cuidado na escolha dos critérios utilizados.

O principal risco surge quando a teoria econômica passa a ser tratada como a única forma relevante de compreender o Direito. Nessa hipótese, a avaliação dos resultados de uma norma ou decisão pode

deixar em segundo plano princípios jurídicos e garantias fundamentais, que não podem ser reduzidos a cálculos de custos e benefícios.

É nesse sentido que se situam muitas das críticas dirigidas à obra de Posner. Elas se concentram, sobretudo, no uso da eficiência como critério de interpretação do Direito quando entendida em termos predominantemente monetários. A objeção, portanto, recai sobre a possibilidade de que esse critério prevaleça mesmo diante de direitos e garantias que o ordenamento jurídico deve proteger.

Nesse contexto, o respeito aos direitos fundamentais, especialmente às garantias penais e processuais penais, funciona como limite ao predomínio da lógica econômica. Preserva-se, assim, o caráter interdisciplinar da análise, que deve reunir contribuições do Direito e da Economia sem reduzir os problemas jurídicos a critérios exclusivamente econômicos.

Outra ressalva importante está na adaptação da Análise Econômica do Direito e de seus preceitos às realidades jurídicas e sociais nas quais for implantada, o que ganha singular relevância no Brasil, uma vez que se cuida de país periférico e em desenvolvimento. Desse modo, não há como transportar conceitos práticos aplicados em nações desenvolvidas, porquanto a salvaguarda de alguns direitos possui relevância maior do que nos territórios subdesenvolvidos, que ainda não consolidaram um modelo de sistemas jurídico e social (POSNER, 2010, p. XVIII).

De todo modo, ainda que considerados os “contras”, são inegáveis os benefícios da aplicação da Análise Econômica do Direito também no campo criminal, sobretudo quando se busca eficiência na elaboração das leis e nas decisões judiciais.

## 5. CONCLUSÃO

O pensamento econômico se baseia na ideia de que os homens, em todas as atividades de suas vidas, são suscetíveis a

incentivos e agem de acordo com um critério de maximização de suas preferências. Com fulcro nessa lógica, a análise econômica do direito propõe que leis, decisões judiciais e contratos são incentivos ao modo de agir das pessoas. Elas reagem aos estímulos postos pelo direito da mesma forma que ocorre na lei de oferta e demanda: mediante uma relação inversamente proporcional entre preços e condutas.

A teoria explica, por exemplo, a razão pela qual a imposição de penalidades em uma decisão judicial torna não interessante o descumprimento de uma ordem, principalmente em um ambiente em que o Poder Judiciário seja eficiente no cumprimento de suas determinações.

Essa leitura sobre as escolhas humanas frente a incentivos normativos é o que pode ser denominada de dimensão interna da análise econômica do direito. Para além dessa concepção, há também a proposta que visa a compreender os reflexos do direito no mundo dos fatos. Trata-se da dimensão externa da teoria, a qual entende que o direito é uma instituição normativa que atua em um mundo em que os recursos são escassos, razão pela qual teria a obrigação de gerenciá-los de maneira eficiente.

A Análise Econômica do Direito não constitui, nem pretende constituir atualmente, um método autossuficiente de estudo e interpretação jurídica. Ainda assim, mesmo para quem critica seus pressupostos, pode oferecer ao jurista instrumentos úteis para compreender as consequências das normas e das decisões e, com isso, contribuir para um Direito mais atento às necessidades da sociedade.

Especificamente quanto à sua aplicação no campo da dogmática penal, a análise econômica do crime utiliza conceitos da economia para examinar como os indivíduos decidem praticar delitos. Nessa abordagem, considera-se que o potencial infrator pode avaliar os benefícios esperados da conduta e compará-los com seus custos, entre eles a possibilidade de ser descoberto e punido.

Essa perspectiva também orienta a discussão sobre o uso de recursos públicos, que são limitados. Ao formular políticas de segurança, o Estado deve considerar em quais medidas o

investimento pode produzir melhores resultados, como o aprimoramento da atuação policial, da investigação e do funcionamento do sistema de justiça.

O foco da análise, portanto, não se restringe às causas históricas e sociais da criminalidade, buscando também procura identificar medidas capazes de alterar as condições em que a decisão de cometer um crime é tomada, especialmente pelo aumento da probabilidade de detecção e de responsabilização do autor.

## REFERÊNCIAS

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

BRASIL. Constituição, 1988.

CALIENDO, Paulo Antônio. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GREMAUD, Amaury Patrick et al. *Manual de economia*. Organização de Diva Benevides Pinho e Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomas Learning, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA, João Ramos de. Gary Becker: também na fronteira da economia e do direito. *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, Coimbra, n. 3, p. 117–120, maio/ago. 1992.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Tradução de Helga Hoffmann. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do direito. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WILLIAMSON, Oliver. Porque direito, economia e organizações? Tradução de Decio Zylberstajn. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

# A POSSE DOS BENS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

*Possession of Public Assets as an Instrument for Land Regularization*

**Bianca Ferreira Martins Gomes**[17]

**RESUMO:**

O presente trabalho pretende analisar o uso dos bens públicos dominicais para persecução da regularização fundiária, tendo em vista o déficit habitacional que assola o Brasil na atualidade.

Desta forma, buscar-se-á debater de que forma se traduz o melhor interesse da sociedade na dicotomia interesse público versus interesse do ente público quanto a utilização dos bens do Estado para e a sua funcionalização.

***Palavras-chave:*** Ocupações. Regularização Fundiária. Propriedade pública. Função social da propriedade pública. Função social da posse. Dignidade Humana. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia. Concessão Real de Uso. Direito à moradia. Direito à cidade.

**ABSTRACT:**

*This study aims to analyze the use of *dominical* public assets (state-owned assets not dedicated to public use) to achieve land*

[17] Graduada em Direito e pós-graduada em Direito Imobiliário pela PUC-Rio. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*tenure regularization, in light of the housing deficit currently plaguing Brazil.*

*Thus, the study seeks to discuss how the best interest of society is reflected in the dichotomy between the public interest and the interest of the public entity itself regarding the use and functional purpose of State assets.*

***Keywords:*** *Settlements/Occupations. Land tenure regularization. Public property. Social function of public property. Social function of possession. Human dignity. Concession of Special Use for Housing Purposes. Real Right of Use Concession. Right to housing. Right to the city.*

**SUMÁRIO:** Introdução; Capítulo I – A Posse no Direito Brasileiro; Capítulo II – A destinação dos Bens Públicos; Capítulo III – Direito à moradia e função social da propriedade; Conclusão; Referências Bibliográficas

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo entender os problemas habitacionais no Brasil e em que local o bem público dominical pode se inserir como forma de solução parcial.

De acordo com as pesquisas da Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional quantitativo (número de pessoas que não possuem residência) chegou ao total de 22 milhões de brasileiros em 2008. Já no chamado déficit qualitativo (número de pessoas que vivem em circunstância extremamente inadequada) o número era 53 milhões de pessoas.[18]

[18] "Segundo estudos da Fundação João Pinheiro, que é utilizado oficialmente pelo Governo, em 2013 o número de imóveis vagos no Brasil ultrapassa 7,2 milhões

Mais recentemente um levantamento feito pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc) em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) apontou que o déficit de moradias cresceu 7% em apenas dez anos, de 2007 a 2017, tendo atingido 7,78 milhões de unidades habitacionais em 2017.[19]

Desta forma, é interessante entender a origem da moradia mais contrastante entre os níveis sociais existentes, quais sejam as comunidades. Desta forma, será abordado no primeiro capítulo o breve histórico que remete ao Rio de Janeiro imperial e principalmente as habitações coletivas chamadas cortiços e como o seu fim propiciou o surgimento das favelas.

Nos últimos anos as comunidades cresceram exponencialmente, e isso se deve tanto a omissão do poder público, quanto a crise econômica que assola o país e impede que a classe baixa migre para os centros e busque melhores condições habitacionais.[20]

De 2016 para 2017, de acordo com o Instituto Pereira Passos (IPP), a área ocupada pelas favelas no Rio de Janeiro aumentou em mais de 330 mil metros quadrados. As pesquisas apontam que esse foi o maior crescimento desde 2012, apesar disto, este crescimento foi medido apenas na expansão horizontal, ou seja, não se mediu o

sendo 79% localizados em área urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, 6,249 milhões estão em condições de serem ocupados, 981 mil estão em construção ou reforma. Em 2014 os números são bastantes semelhantes: os domicílios vagos somam 7,24 milhões de unidades, 6,35 milhões das quais em condições de serem ocupados e 886 mil em construção ou reforma. Enquanto isso, o Brasil está entre os países com maior déficit habitacional do mundo, ao lado de países como Índia e África do Sul." SIQUEIRA, Igor. O problema habitacional no Brasil e a luta por moradia. Jornalistas Livres, São Paulo, 29 jul. 2017. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/o-problema-habitacional-no-brasil-e-luta-por-moradia/>. Acesso em: 19 maio 2018.

[19] https://exame.abril.com.br/brasil/deficit-habitacional-e-recorde-no-brasil/

[20] "As comunidades da capital fluminense tiveram o maior crescimento territorial no ano passado desde 2012, segundo um estudo do Instituto Pereira Passos (IPP). Atualmente, o Rio tem 162 bairros e em 139 deles existem favelas, ou seja, quase 86% dos bairros. Segundo especialistas, isso é reflexo da falta de infraestrutura e ações do poder público. < https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/29/favelas-do-rio-tiveram-o-maior-crescimento-territorial-desde-2012.ghtml>

crescimento vertical, que como se sabe, é a forma mais fácil de crescimento das favelas através da laje.

No entanto, apesar deste rápido crescimento, pesquisas apontam que apenas 23% do território de favela estão em processo de regularização[21], dado preocupante, que traz insegurança a situação dos que não estão inseridos na porcentagem apresentada.

Assim, tendo em vista o dado acima, importante a discussão sobre o valor econômico e social da terra, eis que o movimento segue a lógica capitalista e exclui cada vez mais as classes baixas da regularização fundiária, pois, ainda hoje para o Direito Brasileiro, pode-se afirmar que a posse possui maior peso em frente a propriedade.

Considerando a questão da falta de habitação no país que toca quase 30% da população brasileira, entende-se que o tema é de inestimável importância, de forma que é necessário encontrar formas de não se agravar o problema, bem como de, se possível, solucioná-lo ainda que parcialmente.

Para tal, abordar-se-á no capítulo seguinte os tipos de bem público, e os institutos que autorizam e consolidam a posse nestes imóveis, em especial voltados para a regularização fundiária tais como a Concessão Real de Uso, e a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia.

A questão é delicada, pois a jurisprudência não aceita que haja posse sem um contrato administrativo com o ente público, de forma que se faz necessária a análise do interesse público versus o interesse do ente público, e qual a melhor forma de equilibrar este conflito.

Discute-se principalmente se pode o Estado atuar como um ente privado que persegue o lucro em contraponto ao direito constitucional de moradia.

[21]https://oglobo.globo.com/rio/cerca-de-103-mil-imoveis-em-favelas-ou-23-do-total-estao-em-processo-de-regularizacao-11173161

A seguir, no último capítulo abordar-se-á a função social da propriedade com ênfase no bem público, para demonstrar que todo e qualquer bem deverá ser funcionalizado para atender a Constituição Federal.

Em sequência, se discutirá o direito à moradia digna, direito fundamental, e condição de existência e efetivo exercício de outros direitos fundamentais, como direito à saúde, à educação, e a efetiva existência de dignidade humana, para então, por fim, conectar a situação dos bens públicos dominicais a questão fundiária no Brasil.

## CAPÍTULO 1 – A POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

### 1.1 Breve Histórico – O surgimento das favelas

Importante se faz a percepção de que o problema com a falta de moradia digna está presente no território brasileiro há séculos, e em verdade, tal situação continua se perpetuando sem que haja expectativa de fim, observado a falta de políticas públicas que busquem sanar este mal estar social.

Em primeiro lugar, importante citar que o período compreendido entre o século XIX e o começo do século XX foi repleto de mudanças importantíssimas para o país, eis que profundas transformações de ordem tanto econômica quanto social, política, cultural e espacial ocorreram. A começar pela constante pressão pela abolição da escravatura que culminou em 1888.

Além disso, cidades como Rio de Janeiro e São Paulo que se converteram em centros industriais. Destaca-se que nesta transição a substituição do trabalho escravo pelo assalariado, a formação de mercados e a mercantilização de bens, inclusive a moradia e o trabalho foram pontos chaves para o desenvolvimento da cidade de forma desordenada.

No que tange a problemática da falta de moradia, assim dispõe Rachel Delmas:

> **"O problema se apresenta, na medida em que aqueles que têm o controle do espaço, pretendem manter tal controle, e ainda obter o maior lucro possível pelo uso do solo, impossibilitando, portanto, que o acesso à moradia seja universal, eis que tal acesso deve derivar da disponibilidade financeira para tanto."[22]**

De fato, a tentativa de manter o controle do espaço para obtenção de lucro, foi o que impossibilitou, e impossibilita o acesso a moradia digna tanto no século XIX, quanto atualmente.

Pois bem.

A partir da substituição do trabalho escravo pelo assalariado, bem como a decadência do setor econômico ligado a exploração do café fluminense, os demais setores secundário e terciário da economia se desenvolveram, o que propiciou ainda o crescimento da imigração de nacionais e estrangeiros.

Conforme dispõe Lilian:

> "O crescimento demográfico foi intenso: a população aumentou de 235.000 habitantes em 1870 para 522.000 em 1890. Foram criados modernos serviços públicos: sistemas de transporte coletivo (bondes puxados a burro e estradas de ferro), de esgoto, de abastecimento de água, telégrafo, iluminação a gás, telefone, energia elétrica, etc."[23]

[22] Rachel
[23] Artigo português

Tanto os libertos quanto os imigrantes nacionais e estrangeiros buscavam estabelecer sua moradia na área central, local onde havia maior facilidade na obtenção de ofertas empregatícias, eis que os transportes coletivos ainda estavam se desenvolvendo. Desta forma a solução encontrada para estabilizar a grande procura no centro, amparando a necessidade de moradias baratas foram as chamadas *habitações coletivas*.

> "O cortiço passa a ser então uma atividade de grande rentabilidade para o especulador uma vez que, para maior parte da população, torna-se a única opção possível de moradia, simbolizando o aviltamento e a humilhação imposta pelo sistema sócio-econômico de então."[24]

Essas moradias se multiplicaram pela alta procura e pela rentabilidade do negócio envolvido, a mais famosa dentre as espécies foi o cortiço, o qual nada mais era do que uma casa cujos cômodos eram alugados por muitas pessoas, geralmente servindo cada aposento deles como habitação para uma família em que as instalações sanitárias eram comuns.

Entretanto, logo foi percebido uma conexão com a insalubridade das moradias o que fez com que elas estivessem rapidamente fadas ao desaparecimento, de forma que, em substituição, fossem construídas moradias higiênicas.

Desta forma, o Estado atuou restringindo a construção de novos cortiços, bem como fechando os existentes. Ocorre que, em verdade, existiam outros interesses de um agente nasceu deste momento histórico: o empresário do novo setor imobiliário, que viria a introduzir um novo padrão de edificação no Rio de Janeiro.

[24] http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-26.htm

Ainda de acordo com Lilian[25], inúmeras foram as denúncias acerca das habitações coletivas:

> "Sucediam-se as denúncias de médicos higienistas, relatórios de engenheiros sanitaristas, pareceres de comissões de notáveis e editoriais da imprensa, apontando, por um lado, para as péssimas condições físicas das moradias (insalubridade, má distribuição dos espaços internos, falta de iluminação e ventilação, insuficiência e deficiência de instalações sanitárias) e consequente degradação da saúde da população moradora nessas condições e, por outro lado, para a superlotação, a promiscuidade e a depravação moral que as acompanhava."

Assim, o Estado, ainda imperial, incentivou a edificação de vilas que seriam consideradas higiênicas e acessíveis a classe trabalhadora, e outorgou concessões de favores aos construtores, que consistiam em garantir que os novos empresários do ramo imobiliário pudessem desapropriar propriedades que se fizessem necessárias ao empreendimento, bem como o direito à isenção de impostos.

Através do discurso amplamente massificado de que as habitações coletivas geravam mal a toda sociedade, o termo "cortiço" se transformou ganhou conotação negativa. O mais famoso, chamado Cabeça de Porco[26] foi o caso mais emblemático tendo restado até hoje como sinônimo de moradia insalubre e de baixa renda.

[25] Lilian

[26] "(...) Se hoje costumamos nos referir a "cabeça de porco" como sinônimo de sobrados multifamiliares insalubres, o nascimento deste termo remete a 1880. Próximo à estação ferroviária Central do Brasil, o Cabeça de Porco original constituía-se como um verdadeiro bairro, com sobrados subdivididos em diversos quartos. O nome era uma referência ao adorno do portal de entrada: a escultura da cabeça de um suíno. Era voz corrente entre a população que o dono do Cabeça de Porto atendia pelo nome de Luís Filipe Maria Fernando Gastão de Orléans, o conde d'Eu, marido da princesa Isabel. Entretanto, a documentação

Desta forma, as habitações recém-construídas buscavam em um primeiro momento a higiene e a modernidade. No entanto, os humildes moradores dos cortiços se depararam com aluguéis altos demais para sua condição financeira e tiveram de buscaram locais mais afastados do centro.

De pouco em pouco diversas medidas do poder público municipal impediam cada vez mais a presença das habitações coletivas na área central da cidade. Tais habitações eram encerradas e multadas e como condição para reabertura, os proprietários deveriam fazer obras visando o desenvolvimento sanitário, ao passo em que tais melhorias eram vetadas pelo órgão municipal de licenciamento de construções.

As obras de saneamento e embelezamento da cidade ficaram conhecidas como “movimento bota-abaixo”, e, em verdade, foram responsáveis por eliminar grande parte das moradias populares, obrigando as classes mais baixas a se debandarem para os subúrbios e para o começo de favela que já existia em pequena quantidade.

> “No Rio de Janeiro, através deste processo, a população trabalhadora foi expulsa das freguesias centrais e empurrada para novos habitais no entorno. A parte da população mais dependente da centralidade manteve-se na proximidade em habitações coletivas nos bairros antigos periféricos ao centro; outra parte distanciou-se, procurando

disponível faz referência a diversos proprietários, desde a primeira metade do século XIX. O Cabeça de Porco ganhou fama pela persistência. Durante o Império, não foram poucas as tentativas de desativá-lo. Em 1891, por exemplo, um contrato da municipalidade com o engenheiro Carlos Sampaio previa a construção de um túnel e a desapropriação de imóveis. Mas no meio do caminho lá estava ele: Cabeça de Porco impediu o bota-abaixo. Dois anos depois, entretanto, o prefeito Barata Ribeiro determinou a sua eliminação. As obras do túnel João Ricardo puderam então começar - mas levariam longos 30 anos. Durante mais de uma década, o cortiço suscitou lendas urbanas: embora não haja registros definitivos sobre o assunto, diziam que nele chegaram a morar, ao mesmo tempo, 4 mil pessoas.” https://museudoamanha.org.br/pt-br/cabeca-de-porco-o-maior-cortico-da-historia-do-rio

> estabelecer-se nos subúrbios, local ideologicamente destinado a esta população."[27]

Ocorre que, apesar do "êxodo" para o subúrbio, onde havia grande oferta de lotes e a construção era facilitada, o prefeito Passos, por meio do decreto nº 391 de 10 de fevereiro de 1903, impôs uma série de exigências para as novas construções de toda a cidade, onerando-as de forma que mesmo longe da zona central a construção restou inviabilizada para o proletariado.

Em consequência a toda dificuldade imposta pelo governo, não restou aos mais pobres alternativa a não ser a ocupação dos morros vazios nas proximidades do centro. Assim, se difundiu a construção de pequenos barracos com materiais precários em terrenos em que não se sabia a quem se pertencia, quando, enfim, fazendo com que a favela finalmente se tornasse parte da estrutura do Rio de Janeiro de forma expressiva.

Assim, é importante notar que as favelas, além de alternativa barata de moradia, também se mostravam nesta época como forma de resistência da população que ali habitava aos desmandos do governo, porém acima de tudo, elas se traduziam em falta de oportunidade de residir em um ambiente moderno.

## *1.2 Terra como valor econômico*

Conforme pode-se observar no tópico anterior, desde o período de colonização e posteriormente o Império, a questão habitacional sempre teve enorme relevância nos problemas das classes mais baixas.

Ainda, é fato que mesmo para a classe média que não estivesse no foco de tais situações como as remoções forçadas, ainda

[27] Lilian

subsistiam contratempos tais como os altos custos de financiamento imobiliário, para a busca da aquisição da casa própria, ou até mesmo decorrentes das relações contratuais acerca dos imóveis residenciais.[28]

Em verdade, o processo de urbanização de toda e qualquer cidade sempre atendeu a expectativa capitalista de modo a escoar qualquer tipo excedente de produção. Desta forma, confirma-se o vínculo entre o desenvolvimento do próprio capitalismo e o processo de urbanização, com influência direta na formação sócio espacial das cidades.[29]

Conforme dispõe Rachel Delmas:

> "o processo de urbanização sempre foi destinado a atender a dinâmica capitalista com o objetivo de escoar os excedentes de produção, confirmando a ligação íntima entre o desenvolvimento do capitalismo e o processo de urbanização, com influência direta na formação sócio espacial das cidades."

Neste contexto, como abordado no item anterior, foi que as favelas se desenvolveram. Naquele momento ainda não havia restado claro a questão possessória que envolvia a situação.

> **"Inobstante sua característica enquanto modo de produção, o capitalismo está longe de ser exclusivamente um modelo econômico. Deve ser encarado como uma relação social[11], que envolve não somente a apropriação de tudo quanto o ser humano pode precisar para satisfazer suas necessidades, como por suas relações espaciais e de trabalho. É uma relação social, que transborda de simples modelo**

[28] Rachel
[29] Rafael texto urbanização democratica

> **econômico onde há produção e acumulação de riqueza, estabelecendo em sua conjuntura inúmeras consequências jurídico-políticas."**[30]

Em verdade é fundamental para o sistema capitalista que a comunidade seja formada por pessoas que não detém os meios de produção, eis que a terra é mais que um valor econômico, mas também representa poder. A propriedade imóvel, em um no começo da sociedade em si entendida como terra agrícola separaria a grande massa dos meios de produção, fazendo com que ela seja dominada pelas classes proprietárias ou concessionárias.

Neste sentido, dispõe Rachel Delmas:

> "É por isso que em determinado momento Marx esclarecerá que na formação de classes não existirá somente o embate burguesia – proletariado, mas especialmente existirão três classes sociais: burguesia, proletariado e proprietário fundiário. Pois o capitalista rural, por exemplo, não necessariamente precisará ser proprietário da terra, mas necessitará que esta terra esteja afastada das mãos do trabalhador rural, e possa ser adquirida por ele. Quando se fala nesse potencial de aquisição, não necessariamente a aquisição precise ser efetivada em aquisição da propriedade, mas ao menos aquisição do uso."[31]

A classe, que viria se tornar a burguesia, ocupou as terras e necessitou adotar uma série de medidas contra a apropriação do solo por parte da grande massa que formaria a classe dos trabalhadores assalariados, pois mais do que possuir o valor econômico, a terra se

[30] Rachel Tese
[31] Rachel Tese

consolidou o principal meio de produção, tanto na colonização quanto na industrialização.

Até os dias atuais, mais do que o valor monetário e de uso, o proprietário que pretende alienar seu bem pensará no valor econômico a partir da possibilidade de auferir renda. Desta forma, obedecendo a lógica capitalista, que não só autoriza, mas também incentiva a busca de renda fundiária como efeito natural da propriedade e da autonomia privada, os bens se afastam cada vez mais de qualquer finalidade sócio econômica.

Assim, o efeito da perda de finalidade social do bem traz diversos problemas a sociedade moderna relacionados com a pobreza, distribuição de renda, e claro, a moradia. O objetivo de todo proprietário, seja ele rural ou urbano está centrado nas finalidades econômicas do bem, de forma a obter o maior lucro possível, assim todo o custo em torno do bem se eleva, tendo em vista a própria competitividade do sistema capitalista.

## CAPÍTULO II - OS BENS PÚBLICOS E SUA DESTINAÇÃO

### 2.1 Classificação do bem público

O presente trabalho busca propor a utilização de certos bens públicos como solução parcial para a regularização fundiária e problema de habitação no Brasil. Para tal, é necessário que se tenha uma visão sobre a propriedade pública e em que situação eles poderiam ser utilizados de forma sem prejudicar a coletividade, mas sim em prol dela.

Desta forma, passa-se a abordar a classificação do bem público.

O jurista Justen Filho define a propriedade pública como aquela de titularidade do Estado que está subordinada a regime jurídico de

direito público, e que ainda, seriam indispensáveis ao desempenho das funções públicas, sendo com isso dignas de proteção especial[32].

Podem ser titulares de tais bens a União, Estado e Municípios (administração direta), bem como entidades da administração indireta autarquias e fundações dotadas de personalidade jurídica pública.[33]

A doutrina administrativista e o Código Civil de 2002 repartem a propriedade do Estado em três tipos, quais sejam: bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominiais ou dominicais.

Confira-se:

> Art. 99. São bens públicos:
>
> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
>
> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
>
> III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Os bens de uso comum, como intuitivo pelo nome, são bens para utilização livre e desimpedida de toda a coletividade, tais como praças e ruas, ou seja, não estão submetidos à fruição privada de ninguém.

[32] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1044.

[33] Código Civil de 2002 - Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Ainda, geralmente são usados de forma gratuita por toda a coletividade de forma proporcional e em igualdade de condições

Já os bens de uso especial são selecionados para utilização de cumprimento das funções públicas tais como repartições estatais e na persecução de serviços públicos. Estes bens são conhecidos por suas características invioláveis: são indisponíveis, inalienáveis, impenhoráveis e não onerosos.

Por fim, os bens que interessam a este trabalhado são os chamados bens dominicais que são utilizados pelo Estado para fins econômicos, tal como o faria um particular, ou seja, não se possuem o dever efetivo de satisfação de quaisquer necessidades coletivas.

Desta forma, este último bem acima classificado pode, por vezes, restar desimpedido e sem uma finalidade, ociosos. Além disso, podem ser vendidos observados os requisitos legais, e é possível haver o uso privativo mediante contratos celebrados com a administração pública.

Importante ressaltar que hoje, é pacífica a jurisprudência que acolhe o entendimento de que nenhum bem público poderia ser usucapido. Em verdade, sequer se admite a hipótese de haver posse do bem público. Os tribunais entendem que mesmo após anos, toda e qualquer ocupação não passaria de mera detenção.

Em verdade, entende-se que apenas diante da existência de um justo título, ou seja, um contrato administrativo poderia haver posse em bem público.

Assim, mesmo na condição de inércia por longos períodos de tempo, o poder público apenas permite que tais situações ocorra, podendo assim remover a todo e qualquer momento quem porventura se instalar ou se utilizar da propriedade ainda que abandonada.

O STJ já sumulou o entendimento destacado acima. No caso, se abordou-se a questão de retenção por benfeitorias. No entanto, para efeitos práticos, a súmula se destina para toda situação jurídica que envolva propriedade pública seja ela móvel ou imóvel.

> **Súmula 619 - A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.** (Súmula 619, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018)

Neste mesmo sentido, confira-se jurisprudência recente:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. TERRACAP. BENS PÚBLICOS. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. INAPLICABILIDADE. MERA DETENÇÃO. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronunciou-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.
>
> 2. "Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (TERRACAP) são públicos" (EREsp n. 695.928/DF, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2006, DJ 18/12/2006, p.
>
> 278).
>
> **3. A indevida ocupação de bem público descaracteriza a posse, qualificando a mera detenção, de natureza precária, que inviabiliza a pretendida indenização por benfeitorias. Precedentes.**
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 762.197/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

***

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS ACESSÕES.

INEXISTÊNCIA.

1. O fato de as conclusões do acórdão recorrido serem contrárias aos interesses da parte, não configura violação ao artigo 535, II do Código de Processo Civil.

2. Restando configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias e o almejado pleito indenizatório à luz da alegada boa-fé.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1470182/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 10/11/2014)

***

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LC 733/2006. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. ARTS. 128 E 460 DO CPC.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS.

INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorrentes é pública e afastou o direito à indenização pelas benfeitorias.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A LC 733/2006, suscitada no Recurso Especial, é distrital, e não federal, de modo que não pode ser apreciada pelo STJ. Incide, por analogia, a Súmula 280/STF.

4. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria (arts. 128 e 460 do CPC), que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal a quo, dada a ausência de prequestionamento.

5. Configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito à indenização por benfeitorias. Precedentes do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1310458/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 09/05/2013)

Como já mencionado, entende-se que seria necessário um contrato com a administração pública para que pudesse existir a situação de posse do bem público. No entanto, tal situação parece descabida, principalmente quanto aos bens dominicais, eis que por sua natureza estes, não só estão desafetados, como podem estar abandonados, sem funcionalidade.

Conclui-se que o Judiciário continua a negar a possibilidade de alteração da situação detenção-posse diante do fato concreto, e o faz em desacordo com o artigo 1198, p. único do CC/02[34], ignorando a

[34]Art. 1.198. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

dinamicidade do instituto e a funcionalidade que deve ser cumprida por qualquer propriedade seja ela pública ou particular.

> "É importante a análise das hipóteses em que a ocupação do particular em área pública ocorre com e sem justo título, mas sempre com a ciência da Administração Pública. Tais hipóteses refletem muitas vezes a ideia de que se trata de uma ocupação com tolerância e permissão do poder público, caracterizando, assim, detenção, e não posse, nos termos do artigo 1.208, 1ª parte do Código Civil"[35]

Ora, parece simples que uma vez que o ente público não toma nenhuma atitude para frustrar a ocupação, gerando o ato permissivo, o correto deveria ser assegurar que, a contar da situação de fato em que o particular passasse a atuar de forma individualizada na destinação que é dada à propriedade, a relação seria orientada para a posse, justa e de boa-fé.

Atualmente o direito brasileiro precisa de uma releitura, não apenas no que tange a posse em bens públicos, como no conceito de posse como um todo. É necessário que se garanta acima de tudo funcionalização da propriedade, como será abordado em capítulo próprio.

## 2.2 Institutos de Posse sobre o bem público

Apesar da jurisprudência afirmar que não há posse em bem público, existem diversos institutos que autorizam a posse,

[35] MENDONÇA, Rafael da Mota. A posse dos bens públicos e a função social da propriedade pública. Controvérsias de Direitos Reais. Ed. Processo. Rio de Janeiro. 2018. No prelo.

justamente com a finalidade de se dar funcionalidade a propriedade pública e regularização fundiária.

A Lei 11.952/09, por exemplo, dispõe sobre regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra.

Além disso, pode-se abordar três instrumentos jurídicos importantíssimos para o debate da posse do bem público, quais sejam: a Concessão de Uso de Bem Público, Da Concessão De Direito Real De Uso E Da Concessão De Uso Especial Para Moradia.[36] Para fins de regularização fundiária, abordar-se-á as duas últimas modalidades.

### 2.2.1 A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU)

A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) pode ser classificada como um direito real que se instrumentaliza através de um contrato. Trata-se de um direito real resolúvel sobre coisa alheia, podendo ser tanto privada, quanto pública, motivo pelo qual se discute no presente trabalho. Importante notar que, para sua concessão devem ser obedecidos requisitos dispostos na legislação.37

O instituto está previsto no Decreto-Lei nº 271, de 1967, bem como na Lei nº 9.636, de 1998, e poderá ser aplicado nos casos previstos em Terrenos de Marinha e acrescidos, áreas que são inalienáveis.

A Concessão de Direito Real de Uso também poderá ser utilizada em áreas vazias com finalidade de provisão habitacional, em áreas ocupadas que podem ou não estarem sujeitas à pressão imobiliária ou mesmo passíveis de conflito fundiário, mas também para fins

[36] Lilian Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 43-56, 2016

[37] https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/16/edicao-1/concessao-de-direito-real-de-uso

comerciais e o mais importante, para a segurança da posse de comunidades tradicionais.[38]

A CDRU pode ser aplicada como garantia real e difere da CUEM - Concessão de Uso Especial para fins de Moradia por não fazer exigências tão específicas quanto este instituto que será abordado a seguir.

Além disso, pode ser gratuita ou onerosa e pode abarcar situações em que o espaço será usado para atividades comerciais ou até mesmo outras atividades econômicas em áreas de regularização fundiária de interesse social, diferente da CUEM que é, a princípio, apenas para moradia.

Importante ressaltar que a concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, pode ser transferida ato *inter vivos*, bem como por sucessão legítima ou testamentária, como qualquer direito real.[39]

Pode ser concedida por tempo certo ou indeterminado. E poderá ser resolvida antes de seu termo, se o concessionário der ao

[38]http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/destinacao-de-imoveis/instrumentos-de-destinacao#8--concess-o-de-direito-real-de-uso---cdru

[39] Decreto-Lei nº 271, de 1967: Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007) § 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. § 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. § 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. § 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou, ainda descumprir cláusula resolutória do ajuste, motivo pelo qual ele perderá o direito às benfeitorias de qualquer natureza.

No entanto, a CDRU não será resolúvel por mera vontade da Administração pública, como mencionado acima, a sua revogação deverá ser pautada no descumprimento das normais legais e/ou contratuais.

Na hipótese de haver inafastável interesse público, e desta forma for necessária a retomada do imóvel utilizado, o Estado deverá observar as mesmas garantias da desapropriação, sem prejuízo, é claro, de haver um acordo ao concessionário, de forma que a concessão se dê outra área.

O mais importante em usar este instituto para a regularização fundiária é que o Estado estabeleça as condições jurídicas de uso dos seus imóveis de modo que se atendam os fins sociais perseguidos, ou seja, adotar uma postura que afaste esses bens da pressão do mercado imobiliário e que reconheça a validade dos títulos conferidos em equivalência com o direito de propriedade.

### 2.2.2 A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia - CUEM

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia está regulamentada na Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001. A Lei 11.481/2007 inseriu o instituto no inciso XI do art. 1.22540 do Código Civil de 2002 tornando definitivamente a concessão como um direito de natureza real e incorporou todos os seus requisitos legais.

Diógenes Gasparini dispõe sobre a CUEM alegando ser:

[40] Art. 1.225. São direitos reais: (...) XI - a concessão de uso especial para fins de moradia

> "Ato administrativo ou jurisdicional que outorga, como direito subjetivo, o uso da área pública urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados ou mais, respectivamente ao possuidor ou à população de baia renda que até 30 de junho de 2001 detinham-na como sua, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família"[41]

A CUEM é direcionada apenas aos imóveis públicos, diferente da CRDU anteriormente tratada, de forma que, apesar dos imóveis públicos não possam ser usucapidos, é possível se obter um título de posse sobre eles de outras formas[42].

A sua concessão deve ser outorgada a qualquer indivíduo que atenda aos requisitos necessários, de forma que tal direito não se apresenta de forma discricionária, a Instrução Normativa n° 02 de 23 de novembro de 2007 da Secretaria de Patrimônio da União no seu artigo 2°, confirma:

> Art. 2º A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é o instrumento pelo qual a Secretaria do Patrimônio da União, por meio das Gerências Regionais do Patrimônio da União, reconhece o direito subjetivo à moradia, quando preenchidos os requisitos da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, **não se submetendo a CUEM à análise de conveniência e oportunidade pela Administração. (Grifo nosso)**

O instituto foi pensando tendo em vista o contexto das situações de posse em áreas públicas, que é justamente o objeto do presente trabalho. Hoje tem-se diversas ocupações que não possuem

[41] GASPARINI, Diógenes. O Estatuto da Cidade. 1ª edição. São Paulo: Editora NDJ, 2002. p. 91

[42] Código Civil de 2002 - Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

qualquer direito sobre o local em que residem e estão a mercê das arbitrariedades do Estado.

Desta forma, a CUEM propicia a consolidação de ocupações históricas garantindo moradia digna. Por ser um direito subjetivo sua outorga deverá acontecer de forma gratuita, conforme dispõe parágrafo 1º do art. 1º da MP 2220[43], diferente da CRDU que pode ser gratuita ou onerosa.

A concessão aplica-se a pessoas de baixa renda e sem outros imóveis, evidenciando desta forma a proposta social. Julia Moretti verifica tal questão ao preceituar:

> "Essa vinculação com uma destinação econômico-social específica, qual seja, moradia para famílias de baixa renda, vem, de certa forma, expressa no art. 8º da MP 2.220/01, que determina a extinção da CUEM, e consequente retomada do bem pelo Poder Público, nos casos de destinação diversa à da moradia ou se o usuário vier a receber outro imóvel.)".[44]

O particular deverá que cumprir os requisitos elencados no art. 1º da MP. 2.220[45] para consagração do seu direito subjetivo à CUEM, quais sejam: até 30 de junho de 2001 possuir o imóvel como seu por 5 anos ininterruptos (*animus domini*), sem oposição (posse mansa e pacífica), imóvel público em área urbana, que não ultrapasse 250

[43] § 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

[44] MORETTI, Júlia Azevedo. Concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária em áreas da União. In: IV Congresso de Direito Urbanístico, 2006, São Paulo. Desafios para o Direito Urbanístico Brasileiro no Século XXI, 2006.

[45] Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

metros quadrados, e que o seu uso seja destinado para sua moradia, ou de sua família. Ainda, não poderá o possuidor ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Uma vez que os pressupostos citados no artigo 1º da MP 2.220 sejam preenchidos, os possuidores do imóvel (moradores ou, em seu nome, por uma associação que os represente) devem promover requerimento administrativo buscando legitimar a posse que deverá ser reconhecida, eis que, como já dito, trata-se de direito subjetivo do particular.

Na hipótese de ter seu direito desrespeitado na fase do requerimento, pode o particular recorrer à via judicial, se após 12 meses da data do protocolo do pedido, ainda não houver um parecer conclusivo sobre a solicitação que almeja, conforme dispõe MP 2.220/2001.

Confira-se:

> Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.
>
> § 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

Novamente, importante ressaltar que o instituto foi criado para que os bens públicos atendam o interesse da sociedade privilegiando

a função social da posse e da propriedade urbana (art. 5º, XXIII[46] e art. 170, III[47]).

Com a intenção de demonstrar a importância da posse do bem público, se apresentou os dois institutos acima, CUEM e CRDU. É importante entender que patrimônio estatal deve atender, como todo e qualquer bem a sua função social.

Assim, é necessário que sempre que possível cumpra com os princípios e objetivos constitucionais. Portanto, se há a possibilidade de garantir o exercício do direito constitucional à moradia, essa hipótese deve prevalecer, e não apenas haver negativa da posse, de forma a enaltecer a propriedade sobre a vida humana.

O Estado existe para proporcionar o mínimo de qualidade de vida aos seus cidadãos. Ao atribuir a CRDU ou CUEM a um imóvel assegura-se a predominância da posse sobre a propriedade, e estabelece não só que o bem público deve cumprir sua função social, mas que o bem principal de toda sociedade é a dignidade da pessoa humana, e esta só pode se perfazer a partir de uma moradia digna e pacífica.

## 2.3. Interesse público x interesse do ente público

Por fim, não se pretende aqui ferir a coletividade ao dar a melhor posse para um particular. Em verdade, busca-se suprir a falta de regularização fundiária adequada que é obrigação do próprio

[46] 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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[47] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...) III - função social da propriedade;

Estado, já que hoje o déficit habitacional no país é de pelo menos 6.150 milhões de unidades[48].

Nesta seara, é necessário que se trabalhe a dicotomia entre o interesse do ente público *versus* o interesse público.

Em primeiro lugar, demonstrou-se dois institutos que protegem a posse em particulares públicas justamente para se entender que ignorar a sua existência posse apenas por se tratar de bem público é uma violência com as ocupações, em especial as históricas e principalmente se o bem estiver sendo usado de moradia.

Neste ponto, é importante entender qual o interesse público. Hoje no Brasil, o déficit habitacional cresce exponencialmente, a crise econômica dificultou para o brasileiro de classe baixa tanto comprar, quanto alugar uma moradia digna. Em verdade, a situação das ocupações se consolida por inércia do próprio poder público. Desta forma, desocupar terrenos públicos se baseando em um entendimento de mera detenção é ultrapassado e tende a complicar a situação do país.

A sociedade se beneficiaria mais da regularização do que da desocupação do bem público. Não se pretende, é claro, se tocar nos bens de uso comum, ou sequer nos de uso especial. No entanto, no que tange os de uso dominicais que não estão afetados e até certas situações mesmo inutilizados, não é razoável que se desocupe agravando o problema habitacional, o que de fato prejudicaria toda a comunidade.

Não pode o Estado funcionar como uma personalidade privada, de forma arrecadar bens sem motivo, e sem que precisem cumprir sua função social apenas por serem públicos. Assim, fica óbvio que se trata de dois centros de interesse, o primeiro do **ente** público que deve se curvar ao interesse público.

[48]MENDONÇA, Alba Valéria. Ministro lança programa de Habitação no Rio e diz que meta esse ano é construir 650 mil moradias. G1,Globo. Rio de Janeiro. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ministro-lanca-programa-de-habitacao-no-rio-e-diz-que-meta-esse-ano-e-construir-650-mil-moradias.ghtml>. Acesso em 24 maio 2018.

O Estado deve promover sempre que possível a dignidade da pessoa humana, e este princípio só se concretiza conjuntamente a moradia digna. Se o particular tem a obrigação de funcionalizar sua propriedade sob pena de perdê-la, também deve o poder público ter o mesmo dever, tendo como consequência a perda da posse em prol da melhor funcionalização do bem.

Neste sentido, dispõe Nelson:

> "Inegável, favelas situadas em áreas urbanas públicas devem ter o mesmo tratamento dos moradores das favelas situadas em áreas urbanas privadas, com relação ao direito à moradia. A concessão de uso constitucional é um direito subjetivo da população de baixa renda moradora em favelas situadas em áreas urbanas públicas, e que atendem aos requisitos constitucionais de posse previstos no artigo 183 da Constituição"[49]

Assim, deve ser sobrepesado de que forma a propriedade pública irá melhor atender a sociedade, de forma que, se dê prioridade ao interesse público e não do ente público apenas possuir bens como um particular.

Ressalta-se que mesmo o particular, como já falado deve funcionalizar o bem para que não o perca diante de uma melhor posse. Isto, pois, os direitos sociais consubstanciados no direito à moradia digna estão a frente do direito à propriedade não funcional, da mesma forma não pode o ente público manter bens inutilizados sem propósito. Conclui-se que todo e qualquer bem público deve servir à coletividade, mesmo que indiretamente.

[49] Nelson, pg 401

# CAPÍTULO III – DIREITO À MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

## 3.1 Função Social da Propriedade

Muito embora existam posicionamentos de que o conceito de função social não se aplicaria a propriedade pública, entende-se que todo e qualquer bem deve ter destinação como já mencionado anteriormente.

Nas palavras de Nilma de Castro Abe:

> "O fundamento do direito de propriedade pública é assegurar, aos Estados, bens que constituam os meios ou instrumentos de atuação estatal para cumprimento do interesse da coletividade, de modo que o regime especial a que se submetem os bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade) constitui mero instrumento normativo para atender aos interesses da coletividade"

Nesta perspectiva o bem público ganha outra faceta, qual seja um olhar de o direito de todos para todos.

No entanto, antes de se abordar a perspectiva da função social do bem público que ainda é virgem no Direito Brasileiro, aborda-se o mesmo instituto no olhar privado para fins comparativos.

Com a constitucionalização do Direito Civil o direito de propriedade atingiu nova era. Neste momento o que preocupa o legislador são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, da igualdade e da função social da propriedade.

Dito isto, tratar-se-á neste sobre a função social da propriedade a seguir.

Ao discutir o tema função social da propriedade, deve-se buscar qual o objetivo daquela propriedade, seja ela qual for (privada ou pública).

A Constituição Federal de 1988 assim consagrou em seu artigo 5º, inciso XXIII:

> 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:
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

O artigo constitucional acima elenca dois centros de interesse merecedores de tutela. Em um primeiro momento tem-se a situação jurídica proprietária disposta no artigo 1.228 do Código Civil de 2002 que elenca os direitos do proprietário, ainda relativo à propriedade privada:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O artigo acima prevê os direitos do proprietário, em contrapartida também traz as diretrizes que o sujeito deve seguir para que sua propriedade atenda as finalidades sociais necessárias em conformidade com o art. 5º, XXIII da CF/88.

Neste momento, tem-se noção de que o proprietário tem uma relação jurídica com o sujeito passivo universal, que diz respeito ao poder exigir que toda a coletividade se abstenha de violar o seu bem.

Além disto, ao dispor que a propriedade deve cumprir a sua função social, o constituinte destinou esse comando aos terceiros não proprietários que podem ser possuidores ou não do bem.

O artigo estabelece uma relação dialética entre esses dois centros de interesse merecedores de tutela, desta forma o que se observa é que além do proprietário, outros personagens merecem a proteção jurídica legal.

Nas palavras de Gustavo Tepedino:

> "A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma "mini-propriedade", como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada 'se non costruendo in una endiadile situazioni del proprietario edei terzi'. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional."[50]

[50] TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004. p. 323

A estrutura do direito de propriedade contém duas faces: interna (estrutura econômica) e externa (estrutura jurídica). A primeira é formada pelos poderes de usar, fruir ou gozar e dispor. Já a estrutura externa é concretizada pelo poder de reivindicar a coisa e a relação do proprietário com terceiros.

A função social encontra-se como um elemento da estrutura externa, e tem o intuito de balizar a relação do proprietário com os terceiros não proprietários, como parâmetro para solucionar conflitos de interesses, reconhecendo a existência destes terceiros que gozam dos mesmos direitos daquele primeiro.

A propriedade como situação jurídica complexa deve ser funcionalizada para atender demandas existenciais e diversos centros de interesse, como por exemplo, direito ao meio ambiente, além de direitos metaindividuais, culturais e urbanos.

A Constituição Federal em seu artigo 182 parágrafo 2º dispõe sobre quando a propriedade urbana atende a sua função social:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes
>
> (...)
>
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

De acordo com o texto constitucional, a função social do imóvel urbano restará atendida quando se cumprem as exigências do Plano Diretor.

De forma sucinta: a função social da propriedade é fazer com que a propriedade deixe de ser um direito subjetivo absoluto e passe a ser vista como uma situação jurídica complexa, ou seja, o proprietário deve atuar para funcionalizar a propriedade e atender outros centros de interesse.

Já sob a ótica do bem público, primeiro deve-se mencionar que apenas serão abordados aqui os bens imóveis e dominicais.

Uma vez que todo e qualquer bem público já deveria, em seu objetivo primário servir ao atendimento das necessidades da sociedade e da coletividade, nada mais natural que existam dúvidas de como equilibrar a situação do interesse público *versus* a aplicação da função social de forma direcionada a cidadãos singulares.

Em verdade, o que se aborda aqui são os bens que estariam, por assim dizer, abandonados, ou até mesmo já ocupados por pessoas em situação de rua, ou que já construíram sua vida naquele espaço que, ***a priori***, deveria servir a toda sociedade.

A doutrina diverge sobre a possibilidade de aplicação do conceito de função social para o bem público. É o que se abordará a seguir.

A primeira corrente acredita não ser possível aplicar a ideia de função social à propriedade pública, eis que entendem que tais bens estariam totalmente conectados com o dever de atender toda sociedade por e nunca a situações singulares. Desta forma, a Constituição Federal abordaria apenas os bens privados.

Em complemento, Roberto Freitas Filho e Flora Regina Camargos Pereira discorrem:

> “Jambrenghi apud Di Pietro afirma que os bens públicos não cumprem função social porque são eles próprios a função social, isto é, a propriedade pública é a própria função social, assim não tem função social.”

Já a segunda corrente entende que, embora o conceito de função social da propriedade tenha se desenvolvido melhor no âmbito privado, o certo é que tal instituto é princípio constitucional que incidiria sobre qualquer bem, seja privado ou público.

Citando Rafael Mendonça:

> "A propriedade deixa de ser analisada apenas a partir do seu conteúdo estrutural, sendo imprescindível a análise do seu lado funcional, deslocando o foco do proprietário para os terceiros não proprietários, atendendo as exigências de outros centros de interesses, que passam a compor o núcleo do direito de propriedade e também merecedores de tutela jurídica."51

Mas não é só, também se percebe que tal situação se aperfeiçoou melhor no ambiente privado justamente porque, em tese, todo bem público já deveria estar sempre voltado sempre ao cumprimento de alguma finalidade, em especial as sociais.

Ou seja, todo bem público, seja ele imóvel ou não, por sua mera existência, já deveria atender o pressuposto de respeitar a função social em prol da coletividade, pois isso fundamenta sua própria existência. Afinal, de que serviria um bem público, se não fosse para servir todos os cidadãos daquela coletividade?

Em rápida análise, pode-se dizer que as três categorias de bem público (de uso comum, de uso especial e dominicais) devem promover e assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.[52]

---

[51] MENDONÇA, Rafael da Mota. A posse dos bens públicos e a função social da propriedade pública. Controvérsias de Direitos Reais. Coordenação: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Ed. Processo. Rio de Janeiro. 2018. No prelo.

[52] Roberto Freitas Filho e Flora Regina Camargos Pereira

Apenas para pincelar a questão, no que tange os bens públicos de uso especial e de uso comum do povo que já se encontram ao uso da administração e ao uso coletivo, respectivamente, a função social deveria ser aplicada com a finalidade de maior persecução dos direitos fundamentais. Entretanto nesses bens é necessário que tal aplicação não incorra em prejuízo a sua afetação primária.

Porém, quanto aos bens que são o alvo deste trabalho, quais sejam os bens dominicais, resta óbvia não só a possibilidade, quanto a obrigatoriedade de aplicação da função social da propriedade. Não só pela sua desafetação, mas porque justamente por isto, esses bens se assemelham muito ao bem particular, inclusive no seu regime perante o Estado.

Desta forma, há de se convir que se os bens dominicais em sua excelência devem cumprir a função social da propriedade tal como os bem particulares, como negar que, em caso de abandono do poder público, ou ocupação já instalada, não poderia haver posse para fins de moradia? Soa absurdo que um imóvel inutilizado não deva buscar, ainda mais do que os outros, o cumprimento dos direitos fundamentais, em especial o direito à moradia.

## 3.2 Direito à moradia

O direito à moradia é um desdobramento da função social da propriedade, mas não apenas isto, como também funcionaliza todo e qualquer bem em uma das formas de promoção da dignidade humana mais importante da atualidade, observado o grande déficit habitacional que se encontra no país hoje[53].

[53] MENDONÇA, Alba Valéria. Ministro lança programa de Habitação no Rio e diz que meta esse ano é construir 650 mil moradias. G1,Globo. Rio de Janeiro. 19 mar. 2018. Disponível em:<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ministro-lanca-programa-de-habitacao-no-rio-e-diz- que-meta-esse-ano-e-construir-650-mil-moradias.ghtml>. Acesso em 28 julho 2019.

O que se propõe neste trabalho é a utilização dos bens público vagos, chamados dominicais para o seu uso na regularização fundiária. Os bens dominicais **não** são afetados, por isso resta evidente que possuem **função patrimonial.**

É um tema de suma importância e não raramente são vistos casos de reintegração de posse de algum bem público que estava sendo usado de moradia pela população pobre.

De acordo com as pesquisas da Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional quantitativo (número de pessoas que não possuem residência) chegou a atingir 22 milhões de brasileiros em 2008. No que tange ao déficit qualitativo (número de pessoas que vivem em circunstância extremamente inadequada) o número chega a 53 milhões de pessoas.[54]

O direito à moradia é indispensável para que a própria vida humana exista de forma íntegra.

Ao discutir este direito, deve se ter em mente a compreensão da qualidade de vida, desde saneamento básico até a proximidade aos centros da cidade, afinal sem oportunidades laborais, o indivíduo não será inserido na sociedade de forma plena. Destaca-se que hoje a ideia de moradia está se modificando cada vez mais, para abarcar não só o direito a um teto, mas sim a uma situação digna existencial.

É o que afirma Rachel[55]:

[54] Segundo estudos da Fundação João Pinheiro, que é utilizado oficialmente pelo Governo, em 2013 o número de imóveis vagos no Brasil ultrapassa 7,2 milhões sendo 79% localizados em área urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, 6,249 milhões estão em condições de serem ocupados, 981 mil estão em construção ou reforma. Em 2014 os números são bastantes semelhantes: os domicílios vagos somam 7,24 milhões de unidades, 6,35 milhões das quais em condições de serem ocupados e 886 mil em construção ou reforma. Enquanto isso, o Brasil está entre os países com maior déficit habitacional do mundo, ao lado de países como Índia e África do Sul." SIQUEIRA, Igor. O problema habitacional no Brasil e a luta por moradia. Jornalistas Livres, São Paulo, 29 jul. 2017. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/o problema-habitacional-no -brasil -e-luta -por -moradia/>. Acesso em: 19 maio 2019.

[55] Rachel

> "Seu conteúdo social passa a ser mais complexo, envolvendo não somente a relação com a casa, mas com o tecido social que se coloca em seu entorno, bem como seu conteúdo jurídico, transformando-a em direito."

Em um breve histórico, o direito à moradia foi consagrado como parte dos direitos humanos na oportunidade em que foi inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual trouxe uma nova dimensão de direitos sociais que valorizavam o direito à vida digna e igualdade social. O artigo 25 dispõe:

> Art. 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Brasil, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, o art. 6º trouxe sua redação o direito à moradia no rol dos direitos sociais, estes como manifestações da segunda dimensão dos direitos fundamentais exigem que o ente estatal desenvolva políticas públicas que tornem possível a sua conquista. No entanto, o poder público peca na criação de tais políticas.

Na mesma linha analisa Rachel:

> "A crítica é pertinente e corresponde, infelizmente à nossa realidade. A ausência de um programa habitacional nacional eficiente, determina que ainda que existam programas pertinentes à construção de novas habitações, não evoluímos

> muito na proteção adequada do direito à moradia em caráter universal, uma vez que tal distribuição se dá sempre em número menor do que o número de famílias necessitadas, ainda que só se considere o período posterior à Constituição Cidadã.

A responsabilidade do Estado é agravada se pensarmos que a ausência de adequada proteção à moradia não se dá somente na falta de construção de habitações suficientes a todas as pessoas que de alguma forma dependem de políticas assistenciais, mas especialmente em virtude do Estado adotar posição de aparente neutralidade em relação a temas que afetam direta ou indiretamente o direito de moradia, como se dá com o endividamento imobiliário"

Neste sentido, até que sejam realizadas políticas públicas que realmente ponham em prática a promoção do direito à moradia digna, os cidadãos que estão vulneráveis não podem, por assim dizer, deixar de existir. Ou seja, essas pessoas estarão abandonadas a própria sorte de forma que seus destinos serão invariavelmente as ruas ou na propriedade de outrem. Por vezes essa propriedade será de particulares ou do próprio Estado, e de todo caso, dará luz a conflitos acerca do espaço urbano.

Quando se fala em bem público a questão se torna ainda mais complexa, eis que hoje, não se entende pela posse do bem público, mas sim pela mera detenção, mesmo que o imóvel esteja abandonado ou inutilizável.

Assim, fica aberta a situação que a qualquer momento milhares de famílias podem ser afastadas de seus lares sem que haja sequer um plano de política pública que vise para onde elas devem seguir e

por em prática a moradia digna, como por exemplo, é o caso do Horto Florestal no Rio de Janeiro.[56], [57]

O caso anteriormente citado é um dos mais emblemáticos da capital carioca, porém ainda podemos afirmar que a cidade foi palco de muitas remoções. Mais recentemente, tendo em vista as Olimpíadas de 2016, do total de 500 famílias que viviam próximas ao Autódromo de Jacarepaguá, apenas 20 continuaram a residir no local depois da urbanização feita pela prefeitura.[58]

Ou seja, é prática reiterada do poder público ignorar o direito à moradia em prol de qualquer outra situação, geralmente festiva, ou tendo em vista o valor econômico do lugar ocupado.

Desta forma, imperativo afirmar que a inclusão do direito à moradia dentre os direitos sociais, não pode representar apenas mero formalismo, pelo contrário deve fazer dele um direito passível de se

[56] "São família de trabalhadores do Jardim Botânico que, há mais de 100 anos ocupam o território, que é hoje uma das áreas mais valorizadas da cidade. "A gente tem 521 famílias ainda ameaçadas de remoção e sem nenhuma garantia de uma nova moradia, e nem de nenhum tipo de indenização", conta Emerson de Souza, da Associação de Moradores e Amigos do Horto Florestal." < https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/03/moradores-protestam-contra-remocoes-no-rio-de-janeiro/> 16/02/2020

[57] "Existem pelo menos 215 ações de reintegração de posse para a comunidade do Horto que já foram julgadas e podem ser executadas a qualquer momento. Por conta de uma delas, no último dia 7 de novembro, a família do Marcelo de Souza, de 41 anos, perdeu a sua casa. Funcionários do Jardim Botânico, os avós de Marcelo foram viver no Horto na década dos 1950. Embora a família more ali há 70 anos, Marcelo recebeu o aviso de reintegração de posse de supetão, em fevereiro de 2016, quando pintava o quarto de seu filho. Seis meses depois, em 7 de novembro, chegaram policiais de quatro batalhões de polícia para tomar a sua casa; a comunidade reagiu armando barricadas. "Eu tinha o coração na mão", diz ele. Alguém mandou também um caminhão de mudança. Até agora – quatro meses depois –, foi essa a única ajuda que a família recebeu." < https://jornalggn.com.br/habitacao/no-rio-de-janeiro-horto-florestal-e-palco-de-disputas-territoriais/>

[58] NITAHARA, Akemi. Rio 2016: moradores de comunidades removidas dizem que não há clima de festa. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 5 ago. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/rio-2016/noticia/2016-08/rio-2016-moradores-de-comunidades-removidas-dizem-que-nao-ha-clima-de-festa>. Acesso em: 20 maio 2018.

contrapor, em pé de igualdade, e por vezes até de forma superior, a outros direitos fundamentais, tais como a propriedade.

Ao tratá-lo como direito fundamental, pretende-se demonstrar que o direito à moradia, que é condição de existência e efetivo exercício de outros direitos fundamentais, como direito à saúde, à educação, e a efetiva existência de dignidade humana, deve possuir concretude de proteção.

Mas não é só. Tal direito deve ser entendido não apenas como habitação, ou seja, um "teto", e sim a moradia digna, assim, deve haver a inserção total ao direito à cidade, isto é, ao acesso facilitado ao centro, meios de transporte, oportunidades de emprego, escolas etc.

No contexto de urbanização da cidade do Rio de Janeiro, desde os primórdios é produzida a nítida exclusão social e a marginalização das classes mais baixas e com pouco poder econômico. Desta forma, resta até os dias de hoje prejudicado o princípio da moradia digna e do direito a uma cidade democrática, fazendo com que essa população migre para as periferias da cidade, locais abandonados pelo governo no que tange principalmente a segurança.[59]

Em verdade, o processo de urbanização ao redor do mundo sempre seguiu a dinâmica capitalista, de forma que cidades cresceram fragmentadas e divididas entre as classes, em que aqueles

[59]Os batalhões de Irajá (41º BPM) e Rocha Miranda (9ºBPM), por exemplo, são responsáveis pelo policiamento de uma área com quase o dobro de população do que a região de três unidades da PM na Zona Sul, que têm efetivo maior. Nestas duas unidades da Zona Norte há 1.135 policiais para mais de 1,076 milhão de moradores. Uma média de 948 habitantes para cada PM. Já os batalhões de Copacabana, Botafogo e Leblon patrulham, segundo os dados do Instituto de Segurança Pública (ISP), população de 661 mil, com um total de 1.352 agentes, média de 488 habitantes para cada PM. Ou seja, quase o dobro de policiais por grupo de moradores. - Áreas mais violentas têm menos da metade de PMs por habitantes do que a Zona Sul. O Dia. Rio de Janeiro. 20 jun. 2017. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/_conteudo/rio-de-janeiro/2017-06-20/areas-mais-violentas-tem-menos-da-metade-de-pms-por-habitantes-do-que-a-zona-sul.html>. Acesso em 27 maio 2018.

com baixo poder aquisitivo foram e são fatalmente expulsos das zonas de centrais para as áreas periféricas. Segundo David Harvey:

> "Esse 'boom imobiliário' que definiu e ainda define a lógica do processo de urbanização e a divisão sócio espacial das cidades dependia, como todos os outros que o precederam, da criação de novas instituições e mecanismos financeiros que permitissem organizar o crédito necessário para mantê-la. As inovações financeiras introduzidas na década de 1980, particularmente a securitização e as grandes campanhas promocionais de hipotecas locais para vendê-las a investidores de todo o mundo, bem como a criação de novas instituições financeiras que possam fomentar o surgimento de um mercado hipotecário secundário e a emissão e venda de obrigações de assunção de dívida, desempenharam um papel crucial. Havia uma profusão de vantagens: dispersava o risco e conferia aos recursos de superávits de poupança maior facilidade de acesso à demanda imobiliária excedente, além de permitir, devido as suas coordenações, uma redução das taxas de juros agregadas (ao mesmo tempo em que gerava imensas fortunas para os intermediários financeiros que produziam aquelas maravilhas)."[60]

Conclui-se que o direito à moradia digna está diretamente conectado com a ideia de democratizar o espaço urbano, sendo uma forma de garantir o cumprimento dos direitos sociais e principalmente da dignidade da pessoa humana. Desta forma, pouco sentido faz o resguarde de propriedades públicas inutilizadas, ou pior as remoções de comunidades de espaços públicos ocupados há gerações.

## 3.4 Questão fundiária no Brasil e os Bens públicos

[60] Ibid, apud HARVEY, David.

Como já demonstrado a problemática da falta de habitação no país é um problema latente e em crescimento. Pesquisas apontam que a crise financeira agravou a situação.

Neste sentido, Robson Gonçalves[61] explica que:

> "a maior parte do déficit é formada por famílias que ganham até três salários mínimos por mês, mas a demanda por moradias também atinge consumidores de rendas intermediárias, que viram o mercado de trabalho ficar instável nos últimos anos e o crédito imobiliário mais escasso."

Em 2018 mesmo com uma breve recuperação da economia, o desemprego se manteve em alta, bem como a falta de confiança do consumidor, consequentemente o crédito imobiliário concedido foi a metade dos recursos emprestados às pessoas físicas em 2014.

[61] <https://exame.abril.com.br/brasil/deficit-habitacional-e-recorde-no-brasil/>

Em contrapartida o histórico de remoções do poder público também aumentou[62] [63] [64], e mesmo com a promessa de realocação das famílias e o recebimento de aluguel social (constantemente em atraso), o poder público falha em cumprir sua obrigação primária de promover o bem-estar social dos seus cidadãos.

O fato é que o poder público não está sendo eficaz em promover a regularização fundiária e combater a falta de moradia, observado que o déficit habitacional ascendeu na última década. Ao regularizar a posse das ocupações em terrenos públicos, o Estado se põe diante da oportunidade de tornar a cidade democrática, com amplo acesso de diferentes camadas sociais e privilegiar o direito à moradia digna.

[62] No dia 3 de outubro, às 14h, foi realizada uma manifestação na frente da Prefeitura do Rio de Janeiro para reivindicar o pagamento do aluguel social para as famílias removidas de duas ocupações urbanas que ficavam localizadas próximo à Mangueira: o prédio do IBGE e o Amarelinho—antigo prédio do Ministério da Fazenda. As famílias que ocupavam o prédio do IBGE foram removidas em abril de 2018 em uma ação de reintegração de posse. Aproximadamente 200 famílias, que viviam naquela ocupação, hoje dependem do aluguel social no valor de R$400 mensais. Na antiga ocupação do Amarelinho ocorreu o mesmo processo. Aproximadamente, 60 famílias foram removidos e cadastrados pela prefeitura, em agosto do ano passado. Essas famílias também dependem do aluguel social desde então. < https://rioonwatch.org.br/?p=43713>

[63] Milhares de famílias foram ocupando o complexo da ex-Telerj abandonado no Engenho Novo, Zona Norte, onde os recém-chegados tinham reivindicado pela moradia desde domingo, 30 de março. A ocupação envolveu mais de 8.000 pessoas, de acordo com os moradores, com mais chegando a cada dia. Muitas famílias deixaram suas casas das comunidades de Mandela, Rato Molhado, Jacarezinho, Cosmos, Manguinhos, Duque de Caxias e Morro do Sampaio. Outros que vivem sem-teto nas ruas próximas também participaram da ocupação. (...)A Juíza Maria Aparecida Silveira de Abreu ordenou uma liminar de remoção contra os ocupantes, sem espaço para as negociações. A reunião teve lugar no Tribunal Civil do Fórum do Méier, na terça-feira 08 de abril, para decidir uma estratégia e um cronograma para a desocupação. < https://rioonwatch.org.br/?p=11133>

[64] Na segunda-feira, 18 de novembro, moradores da região da Jaqueira no Vidigal, Zona Sul, receberam a notificação de que suas casas seriam demolidas. Ordenados pela Secretaria Municipal de Infraestrutura Habitação e Conservação, moradores receberam 72 horas para retirarem seus pertences e sair, com um total de 42 casas marcadas para demolição. Esses moradores não receberam nenhuma explicação além de que suas casas seriam demolidas para abrir espaço para estruturas de mitigação de enchentes. < https://rioonwatch.org.br/?p=44526>

Democratizar o espaço urbano é uma forma de garantir o cumprimento dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, portanto, ao se desocupar imóveis públicos tomados, por vezes há anos, sem sequer dar uma alternativa viável de moradia, estes direitos demonstram-se amplamente violados.

Neste mesmo sentido, percebe-se que as desocupações são violentas, de forma que policiais se postam armados contra famílias compostas por crianças e idosos. O judiciário parece não se comover com tal situação, não só tratando a todos como invasores, mas de fato assim se pronunciando sobre eles em suas decisões, de forma que todos os cidadãos ali envolvidos quedam sem rosto e nome.

Giovanna Bonilha[65] dispõe:

> "Em primeiro plano, a inobservância de qualquer dos instrumentos jurídicos pertinentes às garantias dos moradores nas remoções forçadas e o desrespeito à moradia digna como direito fundamental constitucional. Um rito processual prolixo no qual os "invasores" têm pouca participação e são submetidos ininterruptamente a insegurança do deferimento do mandado de reintegração de posse, liminarmente, com exíguas possibilidades de defesa e restrito acesso a justiça. E, finalmente, um abismo entre as dinâmicas espaciais e coletivas que conformam a experiencia territorial da ocupação e sua tradução jurídica ao processo por meio da expressão lacônica – mas potente em suas consequências – invasores"

Entende-se, assim, que existe um *modus operandi* do Poder Judiciário e do ente público na maioria das decisões que versam sobre esta temática, que se fundam em posicionamentos e omissões em suas decisões.

Além disso, percebe-se que as decisões no geral utilizam como meio de solução da controvérsia a melhor posse como aquela que

[65] Giovanna Bonilha pagina 139

deriva do direito de propriedade, sem analisar de fato o uso ou a funcionalidade que o proprietário (tanto privado quanto público) dão ao bem.[66]

## CONCLUSÃO

Tendo em vista o alto déficit habitacional já mencionado, considera-se irresponsabilidade do poder público a reintegração da posse de áreas ocupadas por famílias como forma de moradia. É claro que não se pretende que não se investigue a situação de quem ali permanece, para que se impeça o enriquecimento ilícito de particulares de má-fé.

No entanto, é importante observar, através dos números já elencados, que atualmente os programas já existentes de regularização fundiária não se mostram suficientes para eliminar a carência de moradia, ou mesmo para dar função social a todos às propriedades sejam elas públicas ou privadas.

A alternativa do aluguel social também se mostra ineficaz, por sua pouca abrangência[67] e por seu constante atraso[68.] Desta forma,

[66] Giovanna pag. 171

[67] "No estado todo, segundo levantamento da Defesa Civil estadual de 2018, são cerca de 300 mil pessoas vivendo em 2.700 áreas de risco. A pesquisa aponta que o município do Rio, Niterói, Angra dos Reis, São Gonçalo, Nova Friburgo, Petrópolis e Teresópolis são cidades que têm, cada uma, mais de cem áreas de risco identificadas. Só na capital, são 14 mil moradores nessa situação. Já o gasto do estado com Aluguel Social, no entanto, só cai. Foram, em 2014, R$ 95 milhões gastos para atender cerca de 14 mil naquele ano. Em 2018, caiu para R$ 46,5 milhões gastos para cerca de 7 mil moradores do estado morarem longe do risco." ALFANO, Bruno. MARINATTO, Luã. Estado do Rio corta mais da metade dos beneficiados por Aluguel Social em cinco anos. Extra. Rio de Janeiro. 03 jun. 2019. Disponível em: < https://extra.globo.com/noticias/rio/estado-do-rio-corta-mais-dametade-dos-beneficiados-por-aluguel-social-em-cinco-anos-23611673.html >. Acesso em 10 de março de 2020.

[68] MACIEL, Matheus. Peritos checam obras no Vidigal e moradores reclamam de atrasos no aluguel social. O Globo. Rio de Janeiro. 02 out. 2019. Disponível em:

podemos concordar que, apesar de haver algum esforço do poder público em tentar reparar a situação, esse não é o suficiente para estancar o problema.

Assim, de maneira a pensar na coletividade primeiramente de forma geral, ao desocupar terrenos públicos que servem de moradia para as classes mais baixas, é natural que haja o aumento da população em situação de rua[69], o que agrava a questão sanitária58, de violência e, principalmente, de preconceito sofrido por esta camada social já tão desprivilegiada. Consequentemente, a cidade entra em desequilíbrio, prejudicando a todos e não somente aos que perderão sua moradia.

Em segundo lugar, é claro, aos que perderem sua residência, há um grave dano a dignidade da pessoa humana e o desrespeito aos direitos fundamentais constitucionais sociais.

Por conseguinte, resta, portanto, a certeza de que toda e qualquer propriedade, seja privada ou pública, deve atender a sua função social conforme dispõe a carta constitucional. Em outras palavras, o que se propõe é que o direito brasileiro avance na ideia de posse da propriedade pública, no que tange a situação de posse em bem públicos dominicais utilizados como moradia por famílias hipossuficientes.

Ao se criar a Concessão de Uso para fins de Moradia - CUEM um passo largo foi dado nesta direção, entretanto tal instituto possui um lapso temporal que dificulta o seu acesso a todas as famílias. A CUEM concede para todos aqueles que até 30 de junho de 2001 possuir o imóvel como seu por 5 anos ininterruptos conjuntamente com outros requisitos. Quase 2 décadas depois, as ocupações que

< https://oglobo.globo.com/rio/peritos-checam-obras-no-vidigal-moradores-reclamam-de-atrasos-no-aluguel-social-23990081>. Acesso em 10 de março de 2020.

[69] **População em Situação de Rua.** Considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza áreas públicas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (...)

surgiram após essa data estão desprotegidas das arbitrariedades do judiciário e do poder público.

Por fim, entende-se que a alternativa de se utilizar do bem público para a regularização fundiária é uma estratégica que deve ser pensada com seriedade, visto que seria um grande avanço na persecução da concretude dos direitos sociais, bem como no dever de funcionalização do bem público dominical.

## REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 11, jan./ jun. 2008. PG 135-154. AgRg no AREsp 762.197/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501995406&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=process os.ea>. Acesso em 20 janeiro 2020. AgRg no REsp 1470182/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 10/11/2014). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201401800726&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=proces sos.ea > Acesso em 20 janeiro 2020.

ALFANO, Bruno. MARINATTO, Luã. Estado do Rio corta mais da metade dos beneficiados por Aluguel Social em cinco anos. Extra. Rio de Janeiro. 03 jun. 2019. Disponível em: < https://extra.globo.com/noticias/rio/estado-do-rio-corta-mais-da-metade-dos-beneficiados-por-aluguel-social-em-cinco-anos-23611673.html >. Acesso em 10 de março de 2020. Cabeça de Porco. Museu do Amanhã, 2016. Disponível em:

<https://museudoamanha.org.br/pt-br/cabeca-de-porco-o-maior-cortico-da-historia-do-rio.> Acesso em 02 de fevereiro de 2020

CABRAL, M. Habitação e questão social - análise do caso brasileiro. Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de agosto de 2005, vol. IX, núm. 194 (26). Disponível em:<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-194-26.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2020.

Campanha Políticas de Equidade para Tratar Bem de Todos: Saúde da População em Situação de Rua. Ministério da Saúde – MS. 29 ago. de 2017. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/artigos/869-politicas-de-equidade-em-saude/41381-em-situacao-de-rua> . Acesso em 10 de março de 2020.

Déficit habitacional é recorde no Brasil. Estadão Conteúdo. O Estado de S. Paulo. São Paulo. 7 jan 2019. Disponível em : <https://exame.abril.com.br/brasil/deficit-habitacional-e-recorde-no-brasil/> . Acesso em: 11 de fevereiro 2020.

Déficit habitacional é recorde no Brasil. Estadão Conteúdo. 7 jan 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/deficit-habitacional-e-recorde-no-brasil/>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2020

FAERMANN, Patricia. No Rio de Janeiro, Horto Florestal é palco de disputas territoriais. Jornal GGN. Rio de Janeiro. 17 mar 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/habitacao/no-rio-de-janeiro-horto-florestal-e-palco-de-disputas-territoriais> . Acesso em 16 de fevereiro 2020.

FERREIRA. Tcharlye Guedes. Afetação e Desafetação dos Bens Públicos. São Paulo. Disponível em: http://www.veredictum.com.br/materias/direito-empresarial/afetacao-e-desafetacao-dos-bens-publicos.html>. Acesso em 14 de março de 2020.

FRANÇA, Francisco. Além da Pobreza Moradores de Rua Vivem Com Constante Ameaça De Doenças. Jornal da Paraíba. 10 abr

2016. Disponível em:< http://www.jornaldaparaiba.com.br/vida_urbana/alem-da-pobreza-moradores-de-rua-vivem-com-constante-ameaca-de-doencas.html >. Acesso em 10 de março de 2020.

FREITAS FILHO, Roberto; PEREIRA, Flora Regina Camargos. A eficácia da função social na propriedade pública. Universitas JUS, v. 27, n. 2, 2016. p. 43-56.

GASPARINI, Diógenes. O Estatuto da Cidade. 1ª edição. São Paulo: Editora NDJ, 2002. p. 91. Instrumentos de Destinação. Ministério da Economia. Disponível em:<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/destinacao-de-imoveis/instrumentos-de-destinacao#8--concess-o-de-direito-real-de-uso---cdru>. Acesso em 11 de março de 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUFT, Rosângela. Concessão de direito real de uso. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/16/edicao-1/concessao-de-direito-real-de-uso>. Acesso em 10 de março de 2020

MACIEL, Matheus. Peritos checam obras no Vidigal e moradores reclamam de atrasos no aluguel social. O Globo. Rio de Janeiro. 02 out. 2019. Disponível em:< https://oglobo.globo.com/rio/peritos-checam-obras-no-vidigal-moradores-reclamam-de-atrasos-no-aluguel-social-23990081> . Acesso em 10 de março de 2020.

MENDONÇA, Alba Valéria. Ministro lança programa de Habitação no Rio e diz que meta esse ano é construir 650 mil moradias. G1,Globo. Rio de Janeiro. 19 mar. 2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ministro-lanca-programa-de-habitacao-no-rio-e-diz-que-meta-esse-ano-e-construir-650-mil-moradias.ghtml>. Acesso em 10 março 2020.

MENDONÇA, Rafael da Mota. Urbanização Democrática - O Direito à Cidade e a comunidade do Horto Florestal do Rio de Janeiro. IN: ZANGEROLAME, Flavia e CASARA, Rubens (Organizadores). Pelos caminhos da justiça e solidariedade: Homenagem a Miguel Lanzellotti Baldez. Ed. EMais. Florianópolis. 2018.

MILANO, Giovanna Bonilha . Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário.1. ed. Curitiba: Editora Ithala, 2017. v. 1.

Moradores protestam contra remoções no Rio de Janeiro. Redação RBA. Rio de Janeiro, 06 mar 2018. Disponível em:<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/03/moradores-protestam-contra-remocoes-no-rio-de-janeiro/> . Acesso em 16 de fevereiro 2020.

MORETTI, Júlia Azevedo. Concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária em áreas da União. In: IV Congresso de Direito Urbanístico, 2006, São Paulo. Desafios para o Direito Urbanístico Brasileiro no Século XXI, 2006.

MOTTA, Marly. O Bota-Abaixo. Atlas Histórico do Brasil. FGV. Disponível em: < https://atlas.fgv.br/verbetes/o-bota-abaixo> . Acesso em 25 de janeiro de 2020.

NELSON, Tara. SOS! Moradores do Vidigal Recebem Aviso de Demolição com Prazo de 72 Horas. Rio On Watch.Rio de Janeiro. 21 nov. 2019. Disponível em:<https://rioonwatch.org.br/?p=44526>. Acesso em 15 fevereiro 2020.

NITAHARA, Akemi. Rio 2016: moradores de comunidades removidas dizem que não há clima de festa. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 5 ago. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/rio-2016/noticia/2016-08/rio-2016-moradores-de-comunidades-removidas-dizem-que-nao-ha-clima-de-festa>. Acesso em: 10 fevereiro 2020.

OLIVEIRA, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de . Direito Fundamental à Moradia: A necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2019.REsp 1310458/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,julgado em 11/04/2013, DJe 09/05/2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102041121&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=process os.ea >. Acesso em 20 janeiro 2020.

SANTANA, Jorge Amilcar de Castro. Ex-moradores Removidos das Ocupações do IBGE e Amarelinho Protestam por Aluguel Social. Rio On Watch.Rio de Janeiro. 12 out. 2019. Disponível em: <https://rioonwatch.org.br/?p=43713 >. Acesso em 15 fevereiro 2020.

SANTOS, Ana Paula. Favelas do Rio tiveram o maior crescimento territorial desde 2012. Bom Dia Rio, Rio de Janeiro, 29 de agosto 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/29/favelas-do-rio-tiveram-o-maior-crescimento-territorial-desde-2012.ghtml>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Fabris, 2004.p.398-420.

Secretaria Municipal de Educação. Rio de Janeiro. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Os transportes coletivos: bondes e trens. Disponível em: < http://multirio.rio.rj.gov.br/index.php/estude/historia-do-brasil/rio-de-janeiro/65-o-rio-de-janeiro-novamente-corte-o-imperio/2890-os-transportes-coletivos-bondes-e-trens >. Acesso em 05 de março de 2020.

SIQUEIRA, Igor. O problema habitacional no Brasil e a luta por moradia. Jornalistas Livres, São Paulo, 29 jul. 2017. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/o-problema-habitacional-no-brasil-e-luta-por-moradia/>. Acesso em: 05 fevereiro 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar: 2004. p. 303-329

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: Um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

VASCONCELLOS, Fábio. Cerca de 103 mil imóveis em favelas, ou 23% do total, estão em processo de regularização. O Globo, Rio de Janeiro, 28 de dez. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/cerca-de-103-mil-imoveis-em-favelas-ou-23-do-total-estao-em-processo-de-regularizacao-11173161>.Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

VAZ, Lilian Fessler - Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos — a modernização da moradia no Rio de Janeiro - Análise Social, vol. xxix (127), 1994 (3.°), PGs 581-597.