

REVISTA
JURÍDICA
DO CESUPA

Edição especial set/2023

REITORIA

Reitor:

Profº Sérgio Fiuza de Mello Mendes

Vice-reitor:

Profº Dr. João Paulo Mendes Filho

Pró-reitoria de graduação e extensão:

Profª Msc. Sílvia Mendes Pessôa

Coordenação adjunta de graduação e extensão:

Profª Drª. Gisele Seabra Abraham

Pró-reitoria de pós-graduação, pesquisa e desenvolvimento tecnológico:

Profº Dr. João Paulo Mendes Filho

Coordenação de pós-graduação:

Leonardo R. Nicolau da Costa / João Paulo Mendes Neto

Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito:

Profº Dr. Jean Carlos Dias

Vice-coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito:

Profº Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

COORDENAÇÃO DE CURSO

Bacharelado em Direito:

Prof. Msc. Arthur Laércio Homci

REVISTA JURÍDICA DO CESUPA

Editor-chefe:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Editora-gerente:

Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

Projeto gráfico:

Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

Editoração:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO PARÁ – DIREITO

Avenida Alcindo Cacela, n.980, Belém/PA - CEP: 66060-271

Fone: (91) 4009-9180 – Site:

<https://www.cesupa.br/>

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Campus José Malcher do CESUPA, Belém-PA-Brasil

R454 Revista Jurídica do Cesupa [recurso eletrônico] / Centro Universitário do Estado do Pará. — v. 1, n. 1 (2019-). — Belém, PA: CESUPA, 2019- .

Semestral
ISSN 2675-7788
Disponível apenas online

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário do Estado do Pará.

CDD 340.05

Catalogação elaborada por:
Sílvia Maria Bitar de Lima Moreira
CRB-2 / 229

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade
de seus autores

Celso Fiorillo (UNINOVE/Politécnico de Tomar)

Georges Abboud (PUC/SP)

Jean Carlos Dias (CESUPA)

Juraci Mourão Lopes Filho (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS)

Liziane Oliveira (UNICEUB)

Roberto Senise Lisboa (FMU/PUC/SP)

Sérgio Zandona (FUMEC)

Tiago Cappi Janini (UFM)

SUMÁRIO / SUMMARY

APRESENTAÇÃO6

Artigos

- 1. Direito à desconexão e a síndrome de burnout: uma questão de saúde mental**.....8
Right to disconnect and the burnout syndrome: a mental health issue
Irrval de Menezes Lobato Neto, Lia Di Karla Tavares Moreira e Edson Junior Silva da Cruz
- 2. A criminalização da homofobia e o ativismo judicial brasileiro**.....29
The criminalization of homophobia and Brazilian judicial activism
Layla Gabrielly Reis Oliveira, Matheus Lourival Andrade Garcia e Bruno Brasil de Carvalho
- 3. O problema do judiciário em relação às demandas de inventário: em que medida a desjudicialização do inventário importará numa maior satisfação do jurisdicionado**.....53
The problem of the judiciary in relation to inventory demands: to what extent the dejudicialization of the inventory will import in a greater satisfaction of the jurisdiction
Rafaella Galvão de Oliveira Borsatto, Maria de Lourdes Penante Costa Oliveira e Bruno Brasil de Carvalho
- 4. Alcançando uma justiça feminista: análise da perspectiva de gênero no judiciário à luz da ODS 5**.....73
Achieving feminist justice: analysis of the gender perspective in the judiciary in the light of SDG 5
Ester Silva Sales, Tamise Pessoa Damasceno e Ana Elizabeth Neirao Reymão
- 5. A proteção de dados pessoais de criança e adolescentes na indústria dos e-games à luz da LGPD**.....107
The protection of personal data of children and adolescents in the e-games industry in the light of the LGPD
Allan Santos Coelho e Amanda Maia Ramalho
- 6. Os reflexos da Lei Complementar nº 194/2022 na competência tributária dos entes subnacionais**.....123
The effects of Complementary Law No. 194/2022 on the tax jurisdiction of subnational entities
Luciano Cavalcante de Souza Ferreira, Bruna Farias Marques dos Reis e Enos Richter Silva Souza
- 7. Da lacuna a uma realidade explícita: a evolução do direito das mulheres sob o prisma da violência doméstica e os reflexos da Constituição Federal de 1988**.....144
From the gap to an explicit reality: the evolution of women's rights from the perspective of domestic violence and the reflections of the 1988 federal constitution
Lucas do Couto Gurjão Macedo Lima, Samirys Vieira Hertel e Protásio Cardoso Corrêa Neto
- 8. Fixação de preços de revenda e anticompetitividade: uma análise à luz do sistema brasileiro de defesa da concorrência**.....166
Fixing resale prices and anticompetitiveness: an analysis in the light of the Brazilian antitrust system
Felipe Guimarães de Oliveira, Carlos Eduardo Tavares Fernandes e Isadora Bitar Rettelbusch
- 9. A prova no processo administrativo tributário e o princípio da verdade material**.....186
Evidence in the administrative tax process and the principle of material truth
Rangel Perrucci Fiorin e Maria Paula de Azevedo Milani

APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação apresento esta edição especial da Revista Jurídica do CESUPA, a convite do professor e outrora meu orientador de mestrado, José Claudio Monteiro de Brito Filho, a quem externo minha gratidão e congratulação pelo trabalho desenvolvido à frente da revista.

A Revista Jurídica do CESUPA representa importante instrumento de divulgação da produção científica realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito do CESUPA, que possui um vasto leque de cursos de especialização, um mestrado muito bem consolidado e agora dará início ao seu curso de doutorado, o primeiro de uma instituição de ensino privada na e da Amazônia na área do Direito.

E a revista vai além. Por meio dela, abre-se espaço para a divulgação da produção científica realizada nos mais diversos níveis de formação no CESUPA, com vários trabalhos produzidos nos mais de 15 grupos de pesquisa da instituição, contando com a participação de estudantes de graduação e pós-graduação, e professores do CESUPA e convidados. Além disso, conta rotineiramente com a colaboração de pesquisadores de outras regiões do Brasil, que publicam os seus trabalhos neste espaço singular de difusão de conhecimento.

A Revista Jurídica do CESUPA é espaço singular porque é produzida na Amazônia, com trabalhos desenvolvidos pela nossa perspectiva, e aberto ao diálogo com as percepções de outros locais, em busca do aprimoramento da pesquisa científica da nossa região.

Esta edição especial inclusive evidencia algo importante. Pesquisar na Amazônia não significa exclusivamente pesquisar a Amazônia, embora isso seja muito importante e venha sendo realizado com frequência no CESUPA, vide as edições anteriores da revista. Pesquisar na Amazônia significa que qualquer temática jurídica pode ser pesquisada aqui com altíssimo nível de qualidade, emprestando o nosso olhar e a nossa forma de ver o mundo sobre as questões abordadas.

Os nove trabalhos desta edição especial analisam temáticas diversificadas, que perpassam pela saúde mental nas relações de trabalho, a criminalização da homofobia, o movimento de desjudicialização, a atuação do Poder Judiciário sob a perspectiva de gênero, a

proteção de dados na crescente indústria dos e-games, relevantes questões de competência tributária, a evolução do reconhecimento dos direitos das mulheres sob o prisma da violência doméstica, a defesa da concorrência e questões probatórias no processo tributário. Percebe-se, pela abrangência das questões pesquisadas, que estamos desenvolvendo conhecimento avançado, e dando uma contribuição muito relevante, por meio da revista e a partir do nosso contexto, para a produção científico-jurídica no Brasil.

Aproveito para expressar aqui a minha emoção, na condição de egresso do curso de bacharelado em Direito do CESUPA e hoje professor e coordenador do mesmo, em ver vários trabalhos contando com a colaboração dos nossos estudantes de graduação. O impacto desta oportunidade que se abre, por meio da revista, para esses jovens pesquisadores é enorme na construção das suas trajetórias acadêmicas e profissionais.

Por fim, fica o convite para que todos façam uma leitura atenta e reflexiva dos trabalhos selecionados, registrando a minha saudação aos leitores!

Prof. Dr. Arthur Laércio Homci
Doutor e Mestre em Direito pela UFPA
Professor e Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito do CESUPA

DIREITO À DESCONEXÃO E A SÍNDROME DE BURNOUT: UMA QUESTÃO DE SAÚDE MENTAL

RIGHT TO DISCONNECTION AND BURNOUT SYNDROME: A MENTAL HEALTH ISSUE

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	28/08/2023

Edson Junior Silva Da Cruz¹
Lia Di Karla Tavares Moreira²
Irral de Menezes Lobato Neto³

RESUMO

Nos últimos anos, tem sido cada vez mais importante estudar e debater acerca das questões que afetam negativamente a saúde mental dos indivíduos nos diversos aspectos da vida. Dentre esses âmbitos está o meio do trabalho, no qual o sujeito passa boa parte de seus dias exercendo o seu labor e do qual deve ter direito de se desconectar ao fim do expediente. No entanto, com o desenvolvimento da tecnologia e a liquidez com que as mudanças sociais passaram a ocorrer, diversos foram os profissionais que tiveram que se readaptar a uma forma de trabalho digital, na qual a separação entre jornada e descanso ficou extremamente prejudicada. Esse excesso de horas além do contratual, atrelado a estar sempre apostos ao serviço, desencadeou um aumento nos índices de doenças mentais nos trabalhadores. Nesse sentido, o presente trabalho visa abordar acerca da importância de assegurar a proteção do empregado e seu direito à desconexão do ambiente laboral, a fim de garantir o cuidado com a sua saúde mental.

Palavras-chave: Direito à desconexão; direito fundamental; saúde mental.

ABSTRACT

In recent years, it has become increasingly important to study and debate issues that negatively affect the mental health of individuals in different aspects of life. Among these areas is the work environment, in which the subject spends a good part of his days exercising his work and from which he must have the right to disconnect at the end of the day. However, with the development of technology and the liquidity with which social changes began to occur, several professionals had to adapt to a form of digital work, in which the separation between workday and rest was extremely impaired. This excess of hours beyond the contractual one, linked to always being committed to the service, triggered an increase in the

¹ Doutor em Psicologia pela Universidade Federal do Pará.

² Bacharelada do curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará.

³ Bacharelado do curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará.

rates of mental illness among workers. In this sense, the present work aims to address the importance of ensuring employee protection and their right to disconnect from the work environment, in order to ensure care for their mental health.

Keywords: Right to disconnect; fundamental right; mental health.

1 INTRODUÇÃO

A discussão relativa ao direito à desconexão é recente e está intrinsecamente atrelada às discussões de bem-estar mental e físico dos trabalhadores, tal como é discutido por Bruno Mettling (2015) em seu relatório “Transformation numérique et vie au travail”, revelando que a carga de trabalho nem sempre é medida da melhor forma pelo período de trabalho a partir a utilização de equipamentos digitais no ambiente de trabalho ou na transformação desses equipamentos em um ambiente de trabalho digital.

Tais questões vêm sendo abordadas conforme os desenvolvimentos tecnológicos avançam, isso porque o uso constante dos meios eletrônicos acabou por abarcar diversos âmbitos da vida humana, inclusive o meio ambiente do trabalho. Seu uso reitero e a facilidade que se percebe, no que tange ao desnecessário deslocamento do indivíduo do meio físico para resolução de problemas, gerou o enfraquecimento da linha que dividia horário de trabalho do que seria descanso, haja vista os desrespeitos aos direitos do intervalo intrajornada e do descanso semanal remunerado, conforme Araújo e Lua (2021) e Cardoso e Jacob (2021).

A princípio, a divisão dos trabalhadores entre a devida jornada de trabalho e o descanso dos mesmos se restou prejudicada, tanto no aspecto da concessão de um intervalo para repouso de pelo menos 11 (onze) horas consecutivas entre dois turnos de trabalho - Art. 71 da CLT - quanto, em alguns casos, o descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, assegurado no art. 67 da CLT, e principalmente no excesso de horas trabalhadas além do determinado em contrato de trabalho. E, em segundo plano, esses excedentes contribuíram severamente na contração ou agravamento de doenças psicológicas, dentre essas, as mais comuns foram ansiedade, depressão e síndrome de burnout, conforme estudos da APA - American Psychological Association (2022).

Entretanto, faz-se mister frisar que, mesmo sendo considerável o aumento ou deterioramento desses transtornos, atualmente, por conta do momento de extrema tensão que se passou, já existiam diversas ocorrências de instabilidades psicológicas relacionadas ao excesso de trabalho e/ou trabalhos radicalmente extenuantes, sejam esses casos em épocas

mais longínquas - como o avanço da revolução industrial e desgaste dos assalariados- mas também em épocas mais modernas, com a evolução do home office, por exemplo.

Destarte, essa evolução supracitada se cria a partir da evolução da Quarta Revolução Industrial, também apelidada de Indústria 4.0, caracterizada por uma fusão de tecnologias digitais, físicas e biológicas que estão transformando como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos uns com os outros. Essas tecnologias incluem inteligência artificial, robótica avançada, internet das coisas, nanotecnologia, biotecnologia, entre outras (Schwab, 2016), o que acabou por ser implementado no mercado de trabalho, como antes citado a exemplo do teletrabalho.

Nessa perspectiva, observa-se que há um descontrole quanto à carga horária e as obrigações do empregado, acarretando problemas psicológicos severos. Entende-se que isso se deve a falta da desconexão do proletariado com suas tarefas. Ademais, é importante destacar que esse excesso de trabalho também causará impactos na vida familiar, na qualidade de vida e até mesmo na saúde física do trabalhador a longo prazo.

Por conseguinte, o presente artigo científico se propõe a concretizar um estudo teórico-normativo, utilizando-se de métodos dedutivos e visa demonstrar a necessidade dos prestadores de serviços ao seu direito à desconexão de seus encargos, a fim de manter e/ou cuidar de sua saúde mental.

A técnica utilizada será a pesquisa bibliográfica, obtendo a elaboração das argumentações por meio de bibliografia de livros, sites, periódicos, artigos científicos, etc. Com propósito de melhor organizar esta discussão, esta obra estruturar-se-á em 5 (cinco) itens: essa introdução é o primeiro, o segundo se referirá à liquidez das relações e o direito à desconexão; o terceiro discorrerá sobre o direito à desconexão e sua proteção jurídica; o quarto, por sua vez, abordará a saúde mental e o ambiente de trabalho, além de relacionar o nexo de causalidade entre os dois; e, por fim, o quinto e último item trará as considerações finais deste projeto.

2 A SAÚDE MENTAL, BURNOUT E O AMBIENTE DE TRABALHO

Segundo o fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab (2016), dentro da Quarta Revolução Industrial, a digitalização e a conectividade mudaram a maneira como as empresas produzem e gerenciam seus produtos, serviços e cadeias de suprimentos. Os sistemas autônomos, a robótica avançada e a inteligência artificial estão tornando as fábricas mais eficientes e flexíveis, enquanto a análise de dados em tempo

real está ajudando as empresas a tomar decisões mais informadas. Entretanto, essa conectividade acabou por influenciar no período laboral do proletário, assim, como já citado na introdução influenciando na saúde mental do trabalhador.

2.1 SAÚDE MENTAL E O MODELO BIOPSIKOSSOCIAL

Dessa forma, no que tange a questão da saúde mental dentro do ambiente de trabalho, deve-se apresentar dois grupos teóricos quanto à discussão dos transtornos mentais para melhor entendimento e aprofundamento sobre o tema. Dentre essas teorias se encontra a que aceita o nexo de causalidade entre a existência desses transtornos, evidenciando haver formas de desgaste psíquico afetando um número considerável de trabalhadores. Do outro ponto de vista está a teoria que nega esse nexo de causalidade, afirmando que esses distúrbios têm sua gênese inerentemente orgânica ou psíquica (LIMA, 2005, p. 03).

Nesse diapasão, apresentam-se três subteorias quanto à origem das patologias mentais que devem ser trazidas a este imbróglio. Há estudos daqueles que acreditam que essas derivam, sobretudo, dos fatores orgânicos; aqueles que defendem uma origem exclusivamente psicogênica, ou seja, de origem psíquica; e os que consideram o transtorno mental o resultado de fatores biopsicossociais, o que acaba por englobar o nexo causal dessas alterações psicológicas ao ambiente de trabalho (LIMA, 2005, p. 03).

Assim, para os devidos fins, entende-se que a teoria mais adequada seria a que considera o transtorno mental o resultado de fatores biopsicossociais, pelo que se conclui no supracitado artigo:

Recentemente, recebemos uma mensagem de um trabalhador que tomou conhecimento de nossas pesquisas, através de um artigo. Ele relatou sua via crucis para conseguir o reconhecimento do nexo entre seu distúrbio (um quadro grave de estresse, com conseqüências físicas de grande amplitude) e as enormes dificuldades que viveu no trabalho. Diante da resistência dos médicos peritos em admitirem esse nexo, ele próprio passou a fazer contato com diversos pesquisadores em todo o Brasil até conseguir reverter o seu caso e obter uma Comunicação de Acidente de Trabalho. (...) **Algum tempo depois, recebi uma nova mensagem desse trabalhador, informando-me que havia conseguido converter seu auxílio acidentário.** Ela vinha acompanhada do seguinte comentário de uma advogada: “O fato é inovador. Um trabalhador da empresa X, multinacional francesa, contraiu, em serviço, doença profissional conhecida como Síndrome de Burnout, ficando afastado e recebendo auxílio-doença que só lhe garante 70% do salário da ativa. Mas depois de muitas denúncias, exames, laudos complementares, **demonstrando o nexo causal, acabou por fim tendo sido atendido o seu pedido de conversão do benefício auxílio-doença (B31) em auxílio-acidentário (B91), com direito ao recebimento da integralidade dos salários como se estivesse em pleno exercício de suas atividades laborais.**” Esse exemplo serve perfeitamente para ilustrar as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores brasileiros na obtenção do nexo causal entre seus problemas de saúde e suas condições de trabalho.

Dessa forma, deve-se pontuar que os estudos supracitados feitos pela Dr.^a Maria Elisabeth Lima (2005) demonstraram com primor o nexu causal entre a Saúde mental e o ambiente de trabalho.

2.2 A SAÚDE MENTAL E O AMBIENTE DE TRABALHO (NEXO DE CAUSALIDADE)

Dado o necessário contexto, discorre-se quanto aos devidos problemas dentro do ambiente de trabalho. Nesse sentido, por mais que a pandemia da Covid-19 e a popularização do teletrabalho tenham sido agravantes para a precarização da saúde mental, Xiao *et al.* (2020) dissertam que aqueles que trabalharam em home office durante a pandemia foram prejudicados com o desenvolvimento de transtornos biopsicossociais, como ansiedade, estresse e insônia. Bem como, a distorção do risco real faz com que as pessoas sintam medos extremos de doenças, bem como angústia, raiva e exacerbação de sintomas pré-existentes, gerando o Burnout. Além do que, conforme explicam Brooks *et al.* (2020), os fatores da falta da relação com familiares e amigos, as incertezas sobre a doença, as constantes notícias de mortes, a crise econômica, entre outros fatores, acabou por influenciar na apresentação de mais sintomas de ansiedade e depressão.

Ainda assim, deve reconhecer que, anterior a esse momento histórico, já havia consideráveis casos de problemas psicológicos relacionados ao ambiente de trabalho e seus respectivos excessos. Uma vez que não vem de hoje os níveis de cobranças exacerbadas dentro e fora desse ambiente. Anterior a estes acontecimentos, Franco *et al.* (2010, p. 09-11) já dissertavam sobre os desgastes mentais dos trabalhadores na busca da excelência e a cobrança sobre eles, na iminência de apresentação de transtornos mentais, tal qual:

Na atualidade, a exacerbação da busca de competitividade se reflete na retórica empresarial direcionada à excelência. Retórica que pode ser associada a uma verdadeira ideologia, que tem veiculado a absolutização de um significado da palavra excelência, impregnado pelas ideias de perfeição e de superioridade. Excelência entendida como perfeição passou, então, a ser referência para tudo – materiais, processos, métodos e pessoas. Emergiu, assim, uma espécie de coerção à perfeição humana, algo que se transformou em invectiva onipotente e onipresente nas empresas. (...) Béatrice Appay (2005) nos mostrou como a violência psicológica pode ser encoberta pelo manto de uma falsa liberdade – a autonomia controlada – isto é, uma autonomia autorizada e estimulada em tudo o que favoreça de modo imediato o alcance das metas empresariais – contanto que se restrinja a estes desígnios. Liberdade ilusória que implica, inclusive, no afrouxamento do autocontrole de tendências perversas até então submetidas à autocensura. A autora esclarece de que modo a violência se inscreve, atualmente, na organização do trabalho.

Dessa forma, no supracitado estudo, ainda se pontuam os devidos paradigmas que regem a vida das empresas e dos seus empregados. Sendo indicada a supervalorização da flexibilidade, que, além da influência produzida na precarização do trabalho, contribui para incrementar a tensão e a fadiga do trabalhador, sendo descrito como “o impacto mais avassalador da absolutização do paradigma da flexibilidade, impacto que incide fortemente na saúde e na vida mental” (FRANCO, *et al.*, 2010, p. 09). Ainda nesse sentido, foi apontado no ensaio o paradigma da rapidez, na face da maximização da intensificação do trabalho, consoante Franco *et al.* (2010, p. 11), obriga o trabalhador a romper o seu equilíbrio psico-orgânico, comprometendo a saúde do mesmo.

Por conseguinte, há de se idealizar a hipótese da teoria biopsicossocial utilizada - sendo essa usada para estudar causa ou progressão de doenças considerando fatores biológicos, psicológicos e sociais - não ser a correta e, mesmo se incorreta, apresentar o porquê de não influenciar no nexo de causalidade entre o ambiente de trabalho conturbado e os transtornos mentais.

No período de outubro de 2016 e abril de 2019, foi implementado pela plataforma voltada à saúde mental, Vittude, um teste desenvolvido por pesquisadores da Universidade de New South Wales na Austrália em 1995, sendo posteriormente traduzido e adaptado para o Brasil. A pesquisa, chamada de Teste DASS-21, foi respondida por aproximadamente meio milhão de brasileiros, revelando que 86% (Oitenta e seis por cento) dos respondentes vivem com algum transtorno mental, entre os mais comuns que se encontram, estão depressão, ansiedade e estresse extremo.

A partir desse total, foi constatado que 54,18% (cinquenta e quatro, vírgula dezoito por cento) dos brasileiros sofrem com ansiedade extremamente severa, 50,74% (cinquenta vírgula setenta e quatro por cento) sofrem com depressão extremamente severa e 31,82% (trinta e um vírgula oitenta e dois por cento) com stress extremamente severo⁴. Por sua vez, dos maiores de dezoito anos que realizaram o teste, 26% (vinte e seis por cento) apenas estudam e 21% (vinte e um por cento) trabalham e estudam (PIMENTA, 2019).

Logo, se usadas outras teorias - que não a implementada - para encontrar o cerne das patologias em questão, ainda sim seria encontrado influência do ambiente de trabalho, haja vista que já existem condições pré-estabelecidas em contexto social.

⁴ Novas porcentagens calculadas em cima do percentual de 100%, haja vista que os percentuais propostos no citado estudo estavam calculados na base de 86%

Em suma, não importa qual teoria psicológica é utilizada, os fatores acabam por agravar em casos que já existem a problemática ou, no que tange às teorias que aceitam o nexos, se desenvolve - ou se ajuda a desenvolver - as complicações. Assim, é nítido inferir que as jornadas excessivas de trabalho resultam, conseqüentemente, em reflexos negativos aos trabalhadores sujeitos à tamanha exploração.

2.3 SÍNDROME DE BURNOUT E A DESCONEXÃO

Demonstrado o nexos causal entre a saúde mental e o ambiente de trabalho, aproveita-se o espaço para dissertar sobre a matriz do tema que se manifesta na Síndrome de burnout, haja vista que é um transtorno que afeta 86% dos empregados que trabalham remotamente em tempo integral, conforme estudos recentes (ZIPPIA, 2023).

Nesse diapasão, cabe-se definir que a síndrome de Burnout, também conhecida como síndrome do esgotamento profissional, é uma condição que se origina do inglês, que significa "combustão completa". Essa síndrome é caracterizada por uma exaustão extrema e um elevado esgotamento físico e mental dos trabalhadores, resultante de cargas excessivas e exaustivas de trabalho, pouco tempo de descanso, alto nível de cobrança e acúmulo de tarefas, muitas vezes atribuídas a apenas um trabalhador, especialmente em ambientes virtuais de teletrabalho, nos quais o empregador pode ser inclinado a atribuir mais funções ao empregado, que pode parecer mais flexível do que em um ambiente de trabalho presencial (POTIGUARA FILHO, 2023 – p. 7).

Em vista disso, há de se constatar que são consideradas quatro dimensões para o desenvolvimento do Burnout, são essas: a organização, o indivíduo, o trabalho e a sociedade (TRIGO, 2007, p. 4).

Segundo Trigo *et al.*, 2007, o fator da organização engloba a falta de recursos e suporte organizacional, conflitos e ambigüidade de papel, excesso de trabalho e acúmulo de tarefas, ambiente físico inadequado e baixa remuneração; enquanto a dimensão do indivíduo abrange características pessoais como insegurança, preocupação excessiva, dificuldade em delegar tarefas e trabalhar em grupo, tendência à evitação diante das dificuldades, nível educacional mais elevado e estado civil solteiro, viúvo ou divorciado.

O gênero também pode ser um fator, com as mulheres apresentando maior pontuação em exaustão emocional e os homens em despersonalização; por sua vez no trabalho se apresentam conflitos e ambigüidade de papel, falta de recursos e suporte organizacional, excesso de trabalho e acúmulo de tarefas, ambiente físico inadequado e baixa remuneração, e

na questão da sociedade se abarca a impossibilidade de ascender na carreira, de melhorar sua remuneração ou de reconhecimento de seu trabalho, ambiente físico inadequado, acúmulo de tarefas por um mesmo indivíduo, convívio com colegas afetados pela síndrome, baixo nível de controle das atividades ou acontecimentos no próprio trabalho, expectativas profissionais discrepantes com a realidade do trabalho, sentimento de injustiça e de iniquidade nas relações laborais, trabalho por turnos ou noturno e precário suporte organizacional e relacionamento conflituoso entre colegas.

Ainda consoante a Trigo *et al.* (2007), as consequências do burnout podem ser negativas tanto para a organização quanto para o indivíduo e sua profissão. Entre as possíveis consequências estão problemas de saúde mental, como ansiedade e depressão, problemas físicos, como fadiga e dor crônica, aumento do risco de erros médicos, abuso de substâncias, afastamento do trabalho e dissociação. O burnout também pode levar à dependência química e a relações pessoais interrompidas.

Dado o contexto, vale trazer a discussão para um cenário mais recente, haja vista que nos últimos 3 anos sofremos com uma epidemia viral em escala mundial o que acabou obrigando o ambiente de trabalho, na totalidade, a se modernizar aderindo ao modelo de trabalho remoto, a fim de preservar ao máximo os trabalhadores e, conseqüentemente, as pessoas a sua volta.

Nesse sentido, como fora outrora supracitado, mesmo a pandemia da Covid-19 e a crescente adoção do teletrabalho tenham contribuído para a deterioração da saúde mental, os trabalhadores remotos foram afetados por transtornos biopsicossociais, tais como ansiedade, estresse e insônia. Além disso, a distorção do risco real pode levar as pessoas a experimentarem medo extremo de doenças, bem como angústia, raiva e agravamento de sintomas pré-existentes, resultando em Burnout.

Outrossim, Ferraz de Oliveira e Tourinho (2020), trazem a discussão o estresse ocupacional, sendo o estresse decorrente do rigor excessivo presente no ambiente de trabalho. Quando ocorrem situações de cobrança excessiva, competitividade, perseguição, humilhação e ameaças no ambiente de trabalho, pode surgir o estresse ocupacional que, por sua vez, pode desencadear a Síndrome de Burnout. Essa que, por sua vez, pode causar diversos problemas na saúde do trabalhador, como questões de relacionamento interpessoal, acidentes de trabalho, desgaste físico, adoecimento mental, entre outros. Nesses termos, eles dissertam:

O estresse ocupacional vivenciado pelo trabalhador tem causas diversas, como perturbações de cunho psicológico e agressões verbais, quando o superior hierárquico fixa metas quase inalcançáveis ou faz uso de ameaças para lograr êxito

nas empreitadas. Também, quando os clientes e parceiros da empresa desqualificam o ofício desempenhado pelo trabalhador ou, até mesmo, hostiliza o labor que é exercido. Por isso, atividades laborais com carga de trabalho excessiva, alta cobrança por resultados, exigência acentuada de responsabilidade, elevados níveis de riscos, desgastes emocionais e humilhação coletiva, são geradores de altos níveis de estresse ocupacional, o que deixa os trabalhadores suscetíveis à Síndrome de Burnout.

Por conseguinte, é de importância frisar o que nos traz Araújo e Lua (2021), dissertando sobre o teletrabalho e o “trabalho intrajornada”, haja vista que o direito de intervalo intrajornada garantido por lei muitas vezes não é respeitado:

Teletrabalho refere-se a um contrato que estabelece a realização do trabalho fora da empresa contratante, sendo uma forma de emprego flexível. No Brasil, o teletrabalho foi introduzido na reforma trabalhista de 2017, quando se regulamentou o trabalho intermitente – uma modalidade de contratação que permite que a empresa admita um funcionário para trabalhar eventualmente e o remunere apenas por esse período. Na legislação, teletrabalho é definido como “[...] prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (art. 75-B da Lei nº 13.467, de 2017)¹⁸. Nessa regulamentação da modalidade, não há controle de jornada laboral e não há direito ao adicional de horas extras, intervalo intrajornada e interjornada – o controle da jornada é do(a) trabalhador(a).

Concomitante ao não respeito do direito supracitado, também houve um claro desrespeito ao descanso semanal remunerado, conforme nos mostram Cardoso e Jacob (2021):

[...] condenação em dano moral pela realização de horas extras, fundamentando como fato ensejador do dano moral, a violação do direito ao lazer, que funciona como um dos “braços” do direito à desconexão e um desrespeito ao descanso semanal remunerado, já que sendo um direito social fundamental, precisa ser estabelecido e respeitado. Entendendo-se pela corte que no caso a mera realização de horas extras não enseja na violação do direito ao lazer. Entendeu que de fato, o Reclamante cumpria jornada superior ao limite legal, mais de duas horas extras por dia, porém o mesmo não conseguiu comprovar de forma inequívoca o comprometimento das suas relações sociais, sua saúde ou do seu projeto de vida, sendo negado então o provimento.

Em síntese, ao juntar os ingredientes, fica também patente a relação entre o desrespeito dos direitos do intervalo intrajornada e do descanso semanal remunerado com a implicação não só da Síndrome de Burnout como do estresse ocupacional vivenciado pelo trabalhador com esses direitos ceifados, acarretando danos severos na saúde mental. Dessa forma, é necessário que haja proteção jurídica aos direitos do trabalhador, para que lhe seja assegurada a desconexão do ambiente de trabalho.

3 O DIREITO À DESCONEXÃO E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Primeiramente, é válido esclarecer o que seria estar em serviço para então passar a analisar o direito de se desconectar de tal ação. Diante disso, o caput do art. 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT (1943) esclarece que: “considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. Assim, a jornada em que esse trabalhador estiver subordinado ao empregador é entendida como trabalhada.

Para Marinho (2020, p. 45), "o direito à desconexão é uma conquista social que visa proteger a integridade física e mental dos trabalhadores frente à pressão constante do trabalho conectado. O objetivo é garantir que o trabalhador tenha tempo para descansar e cuidar de sua saúde, além de promover um equilíbrio entre vida profissional e pessoal". Nesse sentido, Marinho destaca que a regulamentação do direito à desconexão é fundamental para preservar a dignidade do trabalho humano e garantir uma sociedade mais justa e equilibrada.

No entanto, a grande questão aqui discutida não estará no tempo disposto pelo servidor para solucionar um problema fora do expediente, e sim sobre seu indispensável repouso devido.

O descanso a ser concedido ao trabalhador é um direito constitucionalmente previsto, assim como está estabelecido nas principais leis que tratam da regulamentação do trabalho, tal qual a CLT. Elas irão delimitar o tempo máximo que os indivíduos poderão exercer seu labor, bem como as condições, tanto ambiental quanto psicossocial, a que estarão expostos. Nesse sentido, Carla Teresa Martins Romar (2013, p. 277) dispõe que:

A obrigação do empregado de prestar serviços como decorrência do contrato de trabalho **não pode ser indefinida no tempo**, sob pena de serem causados prejuízos inegáveis tanto à saúde física como à saúde mental e, ainda, ser exposto a um considerável risco à sua integridade física decorrente de acidentes de trabalho.

Por tal, o direito ao não-trabalho está envolto na ideia do indivíduo poder usufruir de um tempo de qualidade da forma como lhe agrada e distante, tanto físico quanto psicologicamente; das responsabilidades acarretadas pela labuta diária. Bem como, de não ser exposto às jornadas excessivas e desumanas de trabalho, tendo em vista a saúde, o bem-estar do trabalhador e a garantia de dignidade em detrimento à mais-valia do trabalho. Em complemento, explica Souto Maior (2003, p.3) que não-trabalho:

[...] **não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde**, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnológica, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Em termos legais, a Constituição Federal - CF (1988) estabelece em seu artigo 6º e, mais especificamente, em seu art. 7º, inciso IV a concepção de que é resguardado aos trabalhadores urbanos e rurais o direito ao lazer e à saúde, uma vez que se trata de necessidades vitais básicas. Integrando, assim, o rol de direitos fundamentais do homem.

É importante ter em mente, no tocante aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, que:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2006, p. 178).

Nesse sentido, o direito ao repouso e descanso está juridicamente protegido e sua desconsideração é tida como dano formal e material. No entanto, seu desrespeito também leva à consideração de que foi gerado um dano imaterial no que tange à vedação do dano existencial. Segundo Rosário (2016), pode-se compreender que:

Doutrinariamente, o **“dano existencial” decorre da conduta patronal que viola qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa humana**, causando uma alteração do empregado em executar o projeto de vida pessoal ou um impedimento do empregado em usufruir das diversas formas de relações pessoais e sociais fora do ambiente laboral.

A grande questão se dá quando, por meio da Lei nº. 12.551, de 2011, foi inserido ao artigo 6º da CLT o seguinte preceito:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Tal alteração acarretou a modificação até mesmo da Súmula 428 do TST, passando a entender que a subordinação de forma controlada por meios eletrônicos, estando fora do ambiente e horário de trabalho se constitui como sobreaviso, tendo em vista o estado de disponibilidade do empregado. Nessa perspectiva, o avanço tecnológico possibilitou ao

servidor realizar suas tarefas virtualmente e, conseqüentemente, levou a readaptação das leis trabalhistas de modo a incluí-las em prol da proteção desse sujeito.

Neste contexto o direito à desconexão tem sua gênese, mais como uma limitação as imposições patronais do que como um direito dos trabalhadores, refletindo a necessidade crescente de assegurar ao lado hipossuficiente desta relação não apenas o direito subjetivo da jornada de trabalho excepcional, mas sobretudo do direito objetivo ao “não trabalho”, direito este que não se restringe aos trabalhadores como indivíduos, mas como um corpo, pois o direito à desconexão, ou seja, de não trabalhar de um indivíduo é a oportunidade e o direito ao trabalho do outro, haja vista que o cerceamento do direito à desconexão contribui para menor quantidade de vagas de trabalho.

3.1 O DIREITO À DESCONEXÃO AO REDOR DO MUNDO

A despeito da matéria, o Brasil ainda dá seus primeiros passos quando comparado com outros países, sejam eles distantes como a França ou próximos como a Argentina e/ou outros países ao redor do mundo.

No direito francês, como disserta Ponzilacqua (2022), o Código do Trabalho francês - em seu artigo L. 3121-1 - estabelece que o tempo efetivo de trabalho é aquele em que o trabalhador está à disposição do empregador e cumpre suas ordens, sem poder participar livremente de suas atividades pessoais.

No entanto, essa definição se tornou insuficiente para abranger as situações em que o descanso do trabalhador é interrompido por meio de equipamentos tecnológicos. Em resposta a essa nova realidade, a lei francesa nº. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, inclui o direito à desconexão do trabalho no Código do Trabalho francês, previsto no artigo 55.

Nesse diapasão, o objetivo da inclusão desse direito foi permitir que os trabalhadores conciliassem melhor suas vidas pessoais e profissionais, garantindo períodos de desconexão durante os momentos de descanso. O dispositivo legal está no Livro do Código do Trabalho que trata da negociação coletiva, tornando a previsão dos procedimentos necessários para o exercício do direito à desconexão pelos trabalhadores e do estabelecimento de dispositivos de regulação das ferramentas de comunicação do trabalho, conteúdo obrigatório da negociação anual sobre igualdade e qualidade de vida no ambiente laboral.

Desse modo, ainda seguindo o supracitado estudo, o dispositivo permite que cada empresa negocie com os parceiros sociais ou crie os mecanismos necessários à garantia do

direito de conforme a dinâmica da atividade desenvolvida, da organização produtiva e das funções desempenhadas pelos funcionários.

Hoje são realizados os primeiros debates e avanços da legislação brasileira na proteção ao direito à desconexão no âmbito trabalhista, trabalho hercúleo que muitas vezes encontra barreira em uma aludida ameaça a flexibilidade das relações de trabalho, suposto bem conquistado com o advento do teletrabalho.

Já no direito argentino, buscando garantir a ampla observância aos ideais de igualdade e isonomia estabelecidos pela constituição da Argentina, a lei n° 27.555 de 2020 foi promulgada com fim de reafirmar a efetiva aplicação de tais princípios, diante do cenário em que o Teletrabalho passou a ser parte integrante da rotina de milhares de trabalhadores ao redor do mundo e o que inicialmente seria benéfico para o trabalhador, trouxe horas e horas extras conectados realizando atividades além daquelas exercidas por quem exerce trabalho de campo. Nesse sentido, observa-se que houve um avanço por parte do legislador argentino ao trazer em seu art. 5° expressamente o termo desconexão, sendo um dos primeiros países a trazer tal garantia, para que assim, não restem dúvidas acerca de tais direitos.

É nítido que a Argentina, nos últimos anos, vem buscando garantir aos trabalhadores por meio de leis a segurança jurídica de suas atividades laborais, cumprindo assim com o compromisso assumido ao tornar-se signatário da convenção n° 177, da Organização Internacional do Trabalho, que trazia como objetivo, aos países membros, garantir melhores condições de trabalho aos empregados que exercem suas atividades a distância.

Em contrapartida, no Brasil, ainda não há uma regulamentação expressa que garanta aos trabalhadores o direito à desconexão, sendo urgente a necessidade de se criar leis que tragam para a realidade brasileira limitações ao chamado *Home Office*, que vem cada vez mais trazendo malefícios a saúde física e psicológica dos trabalhadores que acabam passando mais de 12 horas resolvendo situações que, em regra, deveriam ser solucionadas somente durante o período de suas atividades laborais.

Contudo, nesta seara podemos encontrar um norte ao darmos uma boa olhada no direito argentino e francês, países com economias diversas, mas onde o direito à desconexão já se encontra resguardado. A constituição da Argentina, possui estabelecido em uma atualização realizada desde o ano de 2020, este direito, alteração essa que se deu pelo acréscimo do art. 102 bis à Lei do Contrato de Trabalho (Lei no 27.555/20).

Presente na referida Lei, é possível encontrar em seu Art.4° sobre a atuação laboral dentro dos limites expressos, limites estes que possuem uma diferença discrepante do que

segue sendo adotado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) no Brasil. Esta que expressa da seguinte maneira quanto à desconexão:

art. 4º determina a pactuação da jornada por escrito, dentro dos limites legais. As plataformas e softwares adotados no teletrabalho devem estar acessíveis apenas durante o expediente.

Por fim, apesar da semelhança quanto aos princípios básicos estipulados na Constituição Brasileira, como isonomia e privacidade, ocorre que a justiça brasileira somente poderá intervir em casos de descasos com o direito a se desvincular do período laboral, porém segue distante da realidade de adquirir algo concreto sobre esta referida proteção, que já se encontra expresso no Direito Argentino, conforme demonstrado na pesquisa realizada pelo colaborador a coluna do Portal Migalhas, Oscar Krost, que atualmente é juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região.

Neste caminhar, ao redor do mundo, A UNI Global Union, associação sindical que representa 20 milhões de trabalhadores do setor de serviços de mais de 150 países, produziu um documento com orientações sobre o direito à desconexão. Por exemplo, a Espanha, que em 6 de dezembro de 2018 aprovou a Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, de Proteção de Dados Pessoais e Garantia dos Direitos Digitais, que incorporou o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia de 2016 à legislação nacional espanhola e introduziu um novo conjunto de direitos digitais para cidadãos e funcionários.

O artigo 88 da referida lei prevê que os trabalhadores nos setores privado e público devem ter o direito à desconexão, a fim de garantir o respeito aos seus períodos de descanso, licenças e férias, bem como à sua privacidade pessoal e familiar. No entanto, a lei determina que o exercício do direito à desconexão deve considerar a natureza do vínculo empregatício em questão, podendo ser flexível ou até mesmo inaplicável, caso não seja permitido conforme a natureza do vínculo empregatício.

Assim como na lei francesa, a Lei de Proteção de Dados prevê um papel central para os parceiros sociais na negociação dos detalhes do direito à desconexão. Caso não haja sindicatos presentes, ele deverá ser negociado entre a empresa e os representantes dos trabalhadores. Destarte, o empregador deve, então, desenvolver uma política interna para todos os funcionários, incluindo aqueles ao nível administrativo, delineando o exercício adequado do direito à desconexão e garantindo que toda a equipe receba treinamento sobre o uso razoável da tecnologia para evitar o risco de fadiga digital.

A lei destaca especificamente que os trabalhadores exercendo suas funções remotamente ou de suas residências, ocasional ou regularmente, também devem gozar do direito à desconexão.

Ainda quanto a este estudo, foi observado o exemplo da legislação italiana quanto ao direito à desconexão. Itália que, em 2016, seguindo o modelo francês, debateu o direito à desconexão. Dois projetos de lei foram submetidos ao Senado italiano para regulamentar tal direito, sendo que o Projeto de Lei N° 2.229 propôs explicitamente que os trabalhadores tivessem o direito de se desconectar dos dispositivos tecnológicos e das plataformas online sem sofrer qualquer tipo de consequência em relação ao seu vínculo empregatício ou remuneração.

Em 14 de junho de 2017, o direito à desconexão foi, finalmente, incorporado à legislação quando a Lei N° 81/2017 sobre o "*Smart Working*", ou trabalho inteligente, foi promulgada para atualizar a legislação obsoleta do país em relação ao teletrabalho, promover e fornecer um arcabouço para novas formas de trabalho remoto e melhorar o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional dos trabalhadores.

Essa modalidade de trabalho, na Itália, é definida como trabalho sem restrições específicas em termos de horas ou local de trabalho. Assim, o trabalho pode ser realizado parcialmente em casa ou em outro local desde que seja adequado para a realização do trabalho.

O empregador e o funcionário devem ter um acordo por escrito a respeito dos termos e das condições do "*smart working*", incluindo disposições sobre os períodos de folga dos trabalhadores, assim como as medidas técnicas e organizacionais necessárias para garantir o direito à desconexão do funcionário. Nesse sentido, observou-se no estudo que a principal diferença entre a legislação italiana e a legislação francesa e da espanhola é que, na Itália, o direito à desconexão está limitado aos trabalhadores realizando o "*smart work*" e não se aplica, de forma geral, à força de trabalho na totalidade.

Desde a promulgação da lei, houve um grande aumento do "*smart working*", mas embora se estime que 250 mil trabalhadores italianos exerciam suas funções de forma flexível em outubro de 2016, a partir de outubro de 2019, mais de 570 mil trabalhadores italianos passaram a exercer essa forma de trabalho. O governo italiano também mencionou diversas vezes o "*smart working*" em decretos publicados em 2020 relacionados à crise da Covid-19 para permitir e promover o trabalho remoto durante a pandemia.

Para findar o estudo supracitado, traz-se aos holofotes o caso do Chile, que se tornou o primeiro país fora da Europa a criar uma legislação para o direito à desconexão, aprovando a

Lei nº 21.220 de 26 de março de 2020, complementando as leis trabalhistas com um capítulo sobre trabalho remoto e teletrabalho.

A lei estabelece o direito à desconexão apenas no contexto do trabalho remoto e permite que empregadores e funcionários cheguem a um acordo sobre horários flexíveis de trabalho, incluindo um período mínimo de 12 horas de folga entre dois turnos de trabalho, além do tempo de desconexão. A lei foi criada durante a pandemia de Covid-19 no Chile e teve como objetivo limitar a transmissão do vírus.

4 A LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES E O DIREITO À DESCONEXÃO

É inegável que os avanços alcançados com as revoluções industriais trouxeram diversos pontos positivos, fornecendo formas mais fáceis e rápidas de comunicação. Essas mudanças possibilitaram que seus usos fossem aplicados tanto em relações pessoais quanto em relações profissionais. No entanto, esses resultados também possuem aspectos negativos.

Dentre os aspectos negativos advindos dos avanços na área de comunicação está a crescente dificuldade de separar o ambiente laboral da vida pessoal, ou seja, o direito à desconexão mazela que tem afetado sobretudo os trabalhadores mais jovens que por muitas vezes se veem compelidos a aceitar imposições abusivas com mais facilidade do que os trabalhadores mais experientes, como relata os dados trazidos pela reportagem transmitida pelo canal BBC, em que aborda acerca dessa problemática.

A aceitação do cerceamento do direito à desconexão também é impulsionada pela liquidez das relações trabalhistas, posto que, ao não atender demandas que ultrapassem o horário e o ambiente de trabalho, os trabalhadores se veem ameaçados pela possibilidade de substituição.

Nesse sentido, trabalhadores de todas as classes, se deparam com situações em que devem decidir se consentir com o estabelecido, em busca de uma garantia ilusória de ocupação que possa atender às suas necessidades de dignidade e subsistência, estas que se encontram apesar do avanço nas relações laborais, em falso resguardo.

A sociedade pós-moderna, diferente dos tempos anteriores, possui características voltadas à rápida mudança das coisas, fazendo com que os que a integram sintam a necessidade de estar sempre antenados às transformações às quais o meio está sujeito. A esse modelo, Zygmunt Bauman (2007) vai chamar de sociedade líquida, isso porque ele alega que as relações humanas passaram a ser fluidas e rasas pela preocupação em não desperdiçar tempo e, conseqüentemente, repleta de alterações constantes.

Essa facilidade de conexão e as demandas incessantes laborais que implicam ao homem estar sempre atualizado das últimas novidades geraram uma exigência e dependência crescente dos indivíduos. Não obstante, essa projeção acabou sendo inserida no âmbito ocupacional, sendo cada vez mais difícil se desvencilhar do trabalho, uma vez que este expandiu-se para além do meio físico. Isso porque acabou por passar a ser acessado por meio de aparelhos eletrônicos e, pelo medo do desemprego, forçou os trabalhadores a seguir hiperconectados, agora não mais por lazer.

Quanto ao meio trabalhista, Faria (2009) afirma a legislação do trabalho é regulamentada tendo como base a:

[...] proteção da vida, da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho, que são vetores principais na aplicação da legislação trabalhista [...] porque a vida é muito mais importante para a comunidade do que o lucro, como ocorre diariamente (na fábrica) com a monetização da saúde do trabalhador. (FARIA, 2009, p. 35).

Acerca dessa questão, nota-se a imensa relevância de proteção social adequada em prol dos operários, a fim de conceder a eles garantias voltadas à redução de vulnerabilidade ligadas aos aspectos sociais, políticos, econômicos e naturais da vida desse cidadão. Assim, suas responsabilidades devem estar devidamente delimitadas em lei, bem como seus direitos, para que as ferramentas que deveriam auxiliar não passem a prejudicá-los.

Diante do explanado, José Luiz Souto Maior (2003) afirma que:

[...]A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social.

Nessa conjectura, o direito à desconexão, com base legalmente firmada, virá em auxílio diante uma sociedade que se caracteriza como líquida; forçando-a a desacelerar (MELO e FÉLIX, 2021). De tal modo que isso será feito em prol daqueles que fazem a máquina girar objetivando a garantia do direito à saúde e dignidade da pessoa humana o permitindo usufruir de seu tempo livre ao seu modo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos resultados deste estudo, é possível compreender a importância da garantia dos direitos ao descanso e repouso não somente por estarem devidamente

regulamentados, mas também por se tratar de direitos fundamentais do ser humano. Esses direitos preconizam valores ético-políticos e são essenciais para a saúde psicológica das pessoas, como discutido nesta tese.

Nesse sentido, consegue-se afirmar que a quarta revolução industrial trouxe avanços tecnológicos significativos, mas também criou um ambiente de trabalho cada vez mais exigente e competitivo. Isso pode levar os indivíduos a negligenciar o direito ao descanso e repouso, impetrando aos servidores resolver problemas que deveriam ser resolvidos em um limite estabelecido de horário de trabalho em momentos que deveriam ser destinados ao seu descanso.

Além disso, a falta de garantia desses direitos reflete e agrava diversos distúrbios mentais e inquietações cognitivas. Vários estudos têm demonstrado que a submissão constante ao ambiente laboral, mesmo que não seja fisicamente, é um fator determinante para a saúde e bem-estar das pessoas. Portanto, é fundamental que os indivíduos tenham tempo não somente para trabalhar, mas também para se envolver em outras atividades relevantes para o seu meio social, psicológico e econômico.

Por conseguinte, frisa-se que a garantia do direito ao descanso é fundamental para a preservação da integridade e dignidade do indivíduo. A pressão por produtividade pode levar a um sentimento de que tudo deve ser feito de forma imediata, o que pode prejudicar a saúde física e mental do trabalhador e gerar um ambiente de trabalho estressante e desagradável. Além do que, os empregadores têm um papel fundamental em garantir o direito ao descanso de seus funcionários. Eles devem criar um ambiente de trabalho saudável e produtivo, com políticas claras que garantam o cumprimento dos direitos ao descanso e repouso. Isso inclui a implementação de horários de trabalho flexíveis, o incentivo à prática de atividades físicas e mentais e a adoção de políticas de saúde mental.

Ademais, conclui-se que as políticas públicas também devem ser criadas para garantir a proteção dos direitos ao descanso e repouso. Isso pode incluir a criação de leis e regulamentações que estabeleçam limites claros para a jornada de trabalho, bem como a criação de programas e iniciativas para promover a saúde mental e o bem-estar dos trabalhadores. Outrossim, é importante destacar que o direito à desconexão não deve ser visto como uma questão individual, mas sim como uma questão coletiva.

Garantir esse direito é uma questão de saúde pública e deve ser valorizado em todas as esferas da sociedade. O respeito aos direitos da desconexão não apenas beneficia os trabalhadores, mas também tem um impacto positivo na produtividade e na economia total. Um ambiente de trabalho saudável e equilibrado pode levar a uma maior satisfação e

motivação dos trabalhadores, o que pode resultar em um aumento da produtividade e da qualidade do trabalho.

Portanto, é essencial que os indivíduos, empregadores e governos trabalhem juntos para garantir a proteção dos direitos ao descanso e repouso. Isso inclui a conscientização sobre a importância desses direitos, a implementação de políticas claras e o respeito às leis e regulamentações existentes e é fundamental que os empregadores incentivem seus funcionários a tirar folgas regulares e a desconectar-se do trabalho fora do horário de trabalho.

Os governos devem criar políticas e programas que promovam o bem-estar dos trabalhadores e garantam a proteção dos direitos ao descanso e repouso. Além disso, a sociedade na totalidade deve valorizar o direito ao descanso e repouso e reconhecer que a saúde e o bem-estar dos trabalhadores são fundamentais para o desenvolvimento sustentável da economia e da sociedade. É preciso entender que a produtividade não é a única métrica importante no ambiente de trabalho, e que o descanso e o repouso são essenciais para a saúde física e mental dos trabalhadores.

Em resumo, garantir os direitos à desconexão é uma questão de justiça social e de saúde pública. É preciso que todos trabalhem juntos para promover um ambiente de trabalho saudável e equilibrado, com políticas claras que garantam a proteção desses direitos fundamentais. Somente assim poderemos criar uma sociedade mais justa e equitativa, onde os indivíduos possam prosperar e contribuir para o desenvolvimento sustentável da economia e da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALICEDA, R. I. **O direito à desconexão do trabalhador com os meios de comunicação de seu ambiente de trabalho**. São Paulo: Toledo Prudente Centro Universitário, v.12, n.12, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5757/5475#>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

ARAÚJO, T. M. de., & Lua, I. (2021). **O trabalho mudou-se para casa: trabalho remoto no contexto da pandemia de COVID-19**. Revista Brasileira De Saúde Ocupacional, 46, e27. <https://doi.org/10.1590/2317-6369000030720>.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2007.

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

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943.

BROOKS, Samantha K; WEBSTER, Rebecca K; SMITH, Louise e; WOODLAND, Lisa; WESSELY, Simon; GREENBERG, Neil; RUBIN, Gideon James. **The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence**. The Lancet, [S.L.], v. 395, n. 10227, p. 912-920, mar. 2020. Elsevier BV. [http://dx.doi.org/10.1016/s0140-6736\(20\)30460-8](http://dx.doi.org/10.1016/s0140-6736(20)30460-8).

CARDOSO, V. R., & JACOB, A. **O teletrabalho e a mitigação do descanso semanal remunerado durante o período de quarentena pela pandemia do covid-19**. Almenara, 2021

FARIA, Renato Luiz Miyasato de. **Entendendo os princípios através de Ronald Dworkin**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. |v. 11 | n. 22 | jul./dez. 2009.

FERRAZ DE OLIVEIRA, L. P.; DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO, L. **Síndrome de Burnout, teletrabalho e revolução tecnológica: um estudo do adoecimento profissional em tempos de Covid-19**. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, v. 3, 17 dez. 2020.

FERREIRA, R. K. G.; DIAS, M. L. da C. **COVID-19 and burnout: how intensive care professionals are? . Research, Society and Development**, [S. l.], v. 11, n. 8, p. e37611831004, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i8.31004. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/31004>. Acesso em: 28 apr. 2023.

FRANCO, Tânia, DRUCK, Graça e SELIGMANN-SILVA, Edith. **As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional [online]. 2010, v. 35, n. 122 [Acessado 28 Setembro 2022], pp. 229-248. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0303-76572010000200006>>. Epub 22 Jun 2012. ISSN 2317-6369. <https://doi.org/10.1590/S0303-76572010000200006>.

LEÃO, A. J. L., Pereira, M. J. B., & Oliveira, T. S. (2020). **A flexibilização do tempo mínimo do intervalo intrajornada e a violação ao direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho**. Revista Jurídica do Nordeste Mineiro. 2020.

LIMA, M. E. A. (2005). **Transtornos mentais e trabalho: O problema do nexos causal**. Revista de Administração da FEAD-Minas, 2, 73-80.

LIRA, Candice Karen De Oliveira et al. **Síndrome de burnout e profissionais da saúde: uma revisão sistemática**. Anais II CONBRACIS... Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em: <<https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/29638>>. Acesso em: 28/04/2023.

MARINHO, A. F. **O direito à desconexão no ordenamento jurídico brasileiro**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Vanessa Siqueira e FÉLIX, Ynes da Silva. **Direito à Desconexão: um paradoxo da urgência em tempos líquidos.** Anais do Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade, v. 3, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/AnaisDirH/article/view/7425/6302>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

MCCAIN, Abby. **ZIPIA. Crucial Remote Work Burnout Statistics [2023]: How To Recognize And Avoid Workplace Stress.** Zippia.com, [S.l.], 26 fev. 2023. Disponível em: <https://www.zippia.com/advice/remote-work-burnout-statistics/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

PIMENTA, Tatiana Aparecida de Castro. **Teste de depressão, ansiedade e estresse: DASS-21 revela que 86% dos respondentes têm algum transtorno mental.** Disponível em: <https://www.vittude.com/blog/teste-de-depressao/>. Acesso em: 28 set. 2022.

POTIGUARA FILHO, M., Carreira, Y. C., & Pereira, E. (2023). **O direito à desconexão como meio de prevenção ao burnout em trabalhadores em regime de teletrabalho.** Revista Jurídica do Cesupa, 78 - 94. Recuperado de <https://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/87>

ROMAR, C. T. M. **Direito do Trabalho Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSÁRIO, M. **Dano existencial no direito do trabalho.** 2016. Disponível em: <http://murilorosario.jusbrasil.com.br/artigos/113028683/do-dano-existencial-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 28 de setembro de 2022.

SANTROCK, John W. **A Topical Approach to Lifespan Development.** 9th ed., McGraw-Hill Education, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho,** 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em: 25 setembro 2022.

TRIGO, T.R.; Teng, C.T.; Hallak, J.E.C. (2007). **Síndrome de burnout ou estafa profissional e os transtornos psiquiátricos.** Revista de Psiquiatria Clínica, 34(Supl 1): 53-59. disponível em <https://www.scielo.br/j/rpc/a/6CTppSZ6X5ZZLY5bXPPFB7S/?format=pdf>

WEBER A, Jaekel-Reinhard A. **Burnout syndrome: a disease of modern societies?** Occup Med (Lond). 2000 Sep;50(7):512-7. doi: 10.1093/occmed/50.7.512. PMID: 11198677.

XIAO H, Zhang Y, Kong D, Li S, Yang N. **Social Capital and Sleep Quality in Individuals Who Self-Isolated for 14 Days During the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in January 2020 in China.** Med Sci Monit. 2020 Mar 20;26:e923921. doi: 10.12659/MSM.923921. PMID: 32194290; PMCID: PMC7111105.

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL

The criminalization of homophobia and the Brazilian Judicial Activism: the need for realization of fundamental rights versus the legislative competence

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	01/08/2023

Layla Gabrielly Reis Oliveira¹
Matheus Lourival Andrade Garcia²
Bruno Brasil de Carvalho³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca de direitos fundamentais não efetivados, através de uma análise doutrinária sobre o assunto, especialmente no que diz respeito aos conceitos de Ativismo Judicial e Judicialização, além de um estudo de caso sobre a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e o Mandado de Injunção 4.733/DF, julgados pelo Supremo, que criminalizam a prática da homofobia, como um meio de analisar a sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, tentando compreender os fundamentos desta decisão, bem como o fator histórico da nossa recente cultura garantista, além de como a mesma afeta a lógica da separação de poderes dentro de um Estado Democrático de Direito que visa garantir direitos fundamentais concedidos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; três poderes; democracia; judicialização; homofobia.

ABSTRACT

This article aims to study the recent positions of the Federal Supreme Court about fundamental rights that have not been implemented, through a doctrinal analysis on the subject, especially regarding the concepts of Judicial Activism and Judicialization, in addition to a case study on the Action of Unconstitutionality by Omission 26/DF and the Injunction Warrant 4.733/DF, judged by the Supreme Court, which criminalized the practice of homophobia, as a means of analyzing its incidence in the Brazilian legal system, trying to

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará – UFPA.

understand the fundamentals of this decision, as well as the historical factor of our recent guaranteeist culture, in addition to how it affects the logic of the separation of powers within a Democratic State of Law that aims to guarantee fundamental rights granted in the Federal Constitution.

Keywords: Judicial Activism; three powers; democracy; judicialization; homophobia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira prevê como um de seus fundamentos principais a separação de competências entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, objetivando a prevenção da soberania de um poder, representado por um grupo de pessoas, sobre o Estado, o que colocaria em risco a lógica de um Estado Democrático de Direito.

Dito isto, o próprio texto constitucional prevê a garantia de direitos fundamentais individuais à população e o dever do Estado de assegurar esta proteção, mediante múltiplas atribuições a ele concedidas. Desta forma, no decorrer da redação da Carta Magna, foram estabelecidos sistemas que concedem a cada um dos poderes as suas competências e, ao mesmo tempo, determinam medidas pelas quais os mesmos possam se monitorar, garantindo assim a consumação dos preceitos democráticos objetivados pelo constituinte originário, após o período da ditadura militar.

Importante salientar que, o período da Ditadura Militar – de 1964 a 1985 –, foi marcado por privações de direitos básicos, onde foi implementado restrições de liberdade e de atos institucionais, visando uma justificativa de legitimar o autoritarismo, bem como as violações realizadas nesta época. Após este período, durante a redemocratização, a tentativa foi de salvaguardar o máximo número possível de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Federal, visava proteger o inaugural Estado Democrático de Direitos, com intuito de garantir as liberdades individuais, assim como a soberania popular.

Posto isso, há a discussão sobre o Ativismo judicial, sendo este, de forma geral, a atuação do Poder Judiciário de forma que ele exceda as suas atribuições constitucionais, usurpando as funções concedidas aos outros Poderes Constitucionais, utilizando-se deste sistema de competências como pretexto para acumular poder no Estado.

Contudo, há casos em que um dos Poderes Constitucionais não corresponde às expectativas delimitadas pela Constituição, e nestes casos é necessária a utilização de medidas de contingência para garantir que os mandamentos constitucionais sejam cumpridos de forma satisfatória. Um destes casos se trata da criminalização da homofobia no Brasil.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal determinou que a conduta relativa às ações homotransfóbicas fossem criminalizadas através da tipificação pela lei de criminalização ao racismo (Lei n.º 7.716/1989), tendo em vista que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, a penalização de todo e qualquer tipo de criminalização, através de lei específica (BRASIL, 1988). Entretanto, esta lei específica nunca foi editada pelo Congresso Nacional, apesar deste tema ser de extrema importância para a proteção de uma parte da população que se encontrava, e ainda se encontra, em posição de extrema vulnerabilidade e constante ameaça às suas vidas e suas liberdades, que são garantidas pelos princípios fundamentais da Constituição.

No tocante a isso, houve a repercussão acerca das medidas adotadas do Supremo Tribunal Federal (STF), entrando em evidência, sendo consideradas ações que sobressaiam as funções originárias do próprio Tribunal, visto que, ao ver de uma parcela da doutrina jurídica, a analogia da lei de racismo junto com a criminalização da homofobia, seria uma medida que não se encaixaria na hipótese de determinação por julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Porém, o que ocorreu, foi aprovação por 8 a 3 votos, em favor da criminalização da homofobia em analogia à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL, STF, ADO 26 Relator Ministro CELSO DE MELLO, 2019).

Perante o exposto, faz-se necessário entender os posicionamentos que cercam as vertentes no que diz respeito ao Ativismo Jurídico, e sua realidade no contexto brasileiro, e os entendimentos quando aplicado a temática na doutrina.

Desta feita, há correntes doutrinárias que defendem que estas decisões tomadas pelo Supremo são decisões ativistas que atentam à lógica da separação de poderes e, em consequência, ao conceito de democracia, que é peça fundamental para a Constituição. Por outro lado, há correntes doutrinárias que defendem que estas decisões, na verdade, não se caracterizam como decisões ativistas, uma vez que ocorrem dentro das previsões legais e visam a garantia de direitos constitucionalmente já previstos em seu texto.

Dito isto, o presente trabalho visa analisar o debate na esfera dos estudos constitucionais sobre a atuação do Poder Judiciário brasileiro ser uma ameaça à lógica da separação de poderes, delimitado pela Constituição Federal, ou uma necessidade/resultado diante da morosidade da atualização da legislação pelo poder Legislativo, uma vez que é dever do Judiciário atender às demandas quanto solicitadas, aplicando a elas tanto as regras quanto os princípios extraídos da legislação.

Visamos explorar, por meio de uma análise teórica/casuística acerca da questão do Ativismo Judicial no Brasil, a dicotomia entre a obrigação de responder, caso seja provocado,

do Poder Judiciário e a competência de criar leis do Poder Legislativo, visto que a Carta Magna concede a ele o real direito de produzir normas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tem-se um poder judiciário que não pode ser desobrigado a responder, quando for inquirido, e um poder legislativo que escusa-se de deliberar sobre assuntos necessários para a garantia de direitos fundamentais, resultando assim, numa discrepância onde são consideradas a necessidade de garantir os direitos fundamentais propostos pela Constituição Federal e a separação de poderes, que se encontra como um pilar constitucional para a manutenção do estado democrático de direito.

Visto isto, entendemos que, para possibilitar a interpretação do ativismo judiciário, especialmente no contexto nacional, é necessário não apenas os conceitos doutrinários em abstrato, mas também a análise de um caso concreto que proporciona uma melhor compreensão do tema debatido, o que pode ser percebido no caso emblemático da criminalização da homofobia, a qual pode ser considerada, por uma parcela doutrinária, como uma decisão que extrapola o limite do Poder Judiciário, em que conscientemente legislou, ou seja, transgrediu a harmonia Constitucional dos três poderes, para tratar de questões do Poder Legislativo, que evidentemente se eximiu da responsabilidade.

Diante disso, como o tema em questão aponta diferentes facetas, o intuito neste momento será apresentar os principais argumentos voltados para as correntes doutrinárias, tanto contra como a favor acerca do tema em questão, demonstrando assim o imenso arcabouço jurídico diante da temática em evidência. No debate acerca do assunto em questão, a doutrina apresenta argumentos tanto em defesa quanto contra a atuação do judiciário nos casos peculiares onde há a sua provocação para responder às demandas controversas a ele apresentadas, especialmente mediante a não realização de preceitos constitucionais pelos outros poderes.

Neste sentido, também pretendemos abordar o caráter subjetivo da questão, sendo este a relação de necessidade da proteção jurídica dos das parcelas mais vulneráveis da população Brasileira que se encontram habitualmente expostas a diversas ocorrências de violências no seu cotidiano, mas ainda carecem de amparo pelos Poderes Constitucionais, o que caracteriza uma verdadeira violação aos princípios fundamentais e aos termos dispostos na Constituição, que objetivam a proteção dos cidadãos contra estas ofensas à sua dignidade, como posto por Masiero (2017, p. 123-124 *apud* KESKE; MARCHINI, 2019, p. 49)

É de se reconhecer que há permissão constitucional para a tutela da igualdade em razão da orientação sexual, haja vista tratar-se de corolário da autodeterminação e do princípio da dignidade da pessoa humana. Constituindo-se, portanto, em bem jurídico passível de tutela penal.

2 O CONCEITO E ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Preliminarmente, é necessário discorrer sucintamente sobre o princípio constitucional da separação de poderes. Este princípio constitucional, localizado principalmente no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, é baseado no modelo pensado por Charles Montesquieu, o qual delimita que o Estado será composto por três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – que são independentes e harmônicos entre si, na medida em que teriam suas próprias competências e diretrizes, sem estar subordinados um ao outro, evitando a sobreposição de interesses nas atuações do Estado, bem como prevenindo a ocorrência de concentração de poder na posse de uma única pessoa, ou grupo de pessoas, garantindo assim o livre prosseguimento da democracia no país (FERREIRA FILHO, 2015, *apud* PORTILHO; GOLÇAVES; CALDAS, 2020). Desta feita, este modelo de Estado se encontra completamente oposto à ideia de abuso ou concentração de poder na posse de um único Poder Constitucional.

Sendo assim, o Ativismo Judicial, na nossa concepção, consiste na atuação *excessiva* do Poder Judiciário, de forma que o mesmo exceda as suas competências constitucionalmente previstas, na medida em que este poder burla a lógica da separação de poderes, ganhando assim atuação superior àquela prevista no texto constitucional. Pois, quando considerada a análise por trás da recente história constitucional brasileira, ao serem comparados com outros sistemas jurídicos no mundo, os nossos tribunais não são os únicos que tendem a exceder tais atribuições. Contudo, é importante salientar que tais funções foram demandadas a este órgão não representativo por parte do próprio legislador constitucional.

Em virtude disso, entende-se a problemática quando visualizado na perspectiva de que decisões judiciais que excedam atuações do Poder Judiciário, com aspecto de legislador, acaba por fragilizar o sistema jurídico brasileiro, uma vez que tal papel exercido por este poder, não é de sua competência originária. Porém, com isso, surge outra complexa discussão sobre a temática tratada, pois quando se trata do Poder Judiciário operar para criar o direito, surge, primeiramente, a perpetuação de um legislativo omissivo, que às vezes escolhe não exercer a sua função, e secundamente, o acúmulo de atribuições ofertados a este Poder, tendo assim, uma sobrecarga do Judiciário, não tendo a possibilidade de se eximir da resposta.

No tocante a isto, Vieira (2008, p. 17) explana que, é evidente, o exagero de atribuições, quando pensado em quórum de apenas onze ministros para acatar o quantitativo de matéria levada a este Tribunal para oferecer uma resposta, sendo necessário que o mesmo

seja liberado de atender competências secundárias, para que assim, seja novamente direcionada às competências, de fato, originárias. O autor afirma que

Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Falsas denúncias e gravações ilegais são apenas uma demonstração de como a autoridade do tribunal pode ser ameaçada. É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional.

Tendo isso em vista, a narrativa que ocasionou este acervo de compromisso, deu-se, após os períodos conturbados que antecederam a Carta Magna de 1988, o legislador objetivou a garantia de deveres legais aos Três Poderes, de maneira autônoma e com delimitação de suas funções originárias, todavia, como a finalidade era autorregulação entre eles. Ocorre que os Poderes em si acabam por adentrar em competências que não habitual sua função.

Nota-se, contudo, um Poder excessivamente incumbido de oferecer respostas, como visualizado e como será trabalho neste artigo, o próprio legislador constitucional encarregou o STF destas funções, tendo este, o encargo de apresentar resposta quando for provocado, assim como, de assegurar os direitos fundamentais a todos.

2.2 O CONTEXTO E OBJETIVO DO PROTAGONISMO CONSTITUCIONAL NOS MODELOS DE ESTADO PÓS-MODERNOS

Após o fim da segunda guerra mundial, frente às grandes atrocidades que ocorreram durante o conflito, houveram diversos movimentos internacionais para que se impedisse que esta tragédia, ou alguma parecida, viesse a se repetir. Um destes movimentos objetivava a concretização de direitos individuais nos próprios textos constitucionais dos países.

As discussões sobre este evento se iniciam, principalmente, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, com intuito de assegurar a paz/segurança internacional, bem como certificar que direitos fundamentais seriam cumpridas pelos países, assim, tentando evitar desastres similares aos das duas últimas grandes guerras.

Tendo em vista esta perspectiva, de evitar infortúnio vivido no século passado, em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), onde foi elaborada através de um Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo esta uma diretriz comum entre todos os Estados, um objetivo a ser alcançado, tal como alavancar o patamar de direitos humanos a um caráter universal (ONU, 1948).

Importante salientar, por mais que a ONU e a DUDH, sejam marcos históricos de mudanças de perspectivas, em relação a garantias de direitos fundamentais, houveram países que pensaram nestas defesas de modo inaugural, como a Constituição Mexicana, de 1947, e a Constituição Weimar, de 1949, por meio de suas instituições, voltadas para um panorama social, visando a maior proteção e criação de direitos imprescindíveis à sociedade.

Este movimento, de constitucionalização de direitos, pode ser chamado de neoconstitucionalismo, o qual é caracterizado, em suma, pela ratificação de direitos humanos fundamentais na própria constituição de uma nação, superando a ideia da constituição como apenas um mecanismo que garantia ao Estado a legitimidade para a sua atuação, trazendo a ideia da constituição como peça basilar para a concessão e garantia dos direitos humanos em países que se recuperavam de grandes crises democráticas (BARROSO, 2005).

No Brasil, pode se indicar o início deste fenômeno com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu texto, especialmente no seu artigo 5º, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, direitos individuais – como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade –, e estabeleceu ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade desses direitos (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o fato é que após o período ditatorial brasileiro, com o intuito de garantir o acesso a direitos básicos de maneira ampla visando salvaguardar o máximo de direitos possíveis aos cidadãos, tem-se um legislador constitucional que transfere demasiada competência ao Poder Judiciário, não eleito, pois incumbe ao STF, o guardião constitucional, este Poder, para que resolva, além de suas funções, as demais demandas de matéria constitucional (VIEIRA, 2008).

2.3 ATIVISMO JUDICIÁRIO COMO PONTO DE DEBATE NA ESFERA DOUTRINÁRIA

A partir disso, iniciaram-se discussões acerca do papel das cortes e tribunais para assegurar a efetivação dos direitos que passaram a ser previstos nas constituições. Desta feita, a partir destas discussões, começou-se a tratar de como este Poder teria a possibilidade de utilizar o seu novo papel para se tornar ativista.

Barroso (2009) discorre a respeito das possíveis causas de ativismo judicial – também conhecido como ativismo do judiciário – sendo a primeira, o processo de redemocratização do Brasil, pós ditadura, junto a promulgação da Constituição de 1988, onde houve uma mudança na finalidade do Poder Judiciário, sendo este capaz de interpretar, julgar e fazer valer as leis e

a própria Constituição Federal, dando assim, novo significado facilitando o acesso da comunidade junto a necessidade de apresentar demandas frente ao judiciário.

Outra causa que o autor traz, é descrita pela constitucionalização abrangente, que visa a integração dos demais poderes, ou seja, foi influenciado pela Constituição de Portugal, que tinha como objetivo trazer direitos que, caso não fossem atendidos, pudessem ser alcançados por outras vias, podendo esta ser demandadas perante o judiciário.

A última causa, refere-se ao sistema brasileiro de controle de constitucionalização, onde se inspira e normas de direito americano e normas de direito europeu. Assim sendo, a norma relativa ao direito americano desenvolve a ideia do controle incidental e difuso, facultando ao juiz a possibilidade de não aplicar uma norma caso seja considerada inconstitucional, já acerca das normas de direito europeu, foi adotado pelo Brasil o controle de ação direta, possibilitando que matérias de interesse exclusivo do Supremo Tribunal Federal, sejam tratados de modo instantâneo.

Diante disso, percebe-se que a narração sobre os acontecimentos e surgimento da aplicação do Ativismo Jurídico no Brasil, tecnicamente foi uma juntada de decisões, primeiras perpassadas por homologações de direitos fundamentais, bem como influências de outros sistemas jurídicos já consolidados, até a presente discussão sobre a divergência se há ou não um Ativismo Judicial.

Este comportamento, em suma, ocorre pois o Supremo Tribunal Federal foi incumbido, pela própria Constituição, como guardião das previsões de seu texto, sendo sua competência definida como órgão contramajoritário preservador dos direitos fundamentais frente às decisões dos poderes Executivo e Legislativo.

Portilho, Gonçalves e Caldas (2020, p. 21) reiteram que

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

Desta forma, cria-se um debate acerca da atuação do Supremo, sobre a legitimidade ou não de suas decisões controversas, e como isso influencia o sistema legal brasileiro.

2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA SOCIAL E O ATIVISMO JURÍDICO

Faz-se necessário, para melhor entendimento do assunto, a ligação entre a Judicialização e o ativismo judicial. Compreende-se a Judicialização como o conjunto de

matérias que são alocadas para o judiciário decidir, isto é, são assuntos de caráter conflitantes levados para o Poder Judiciário resolver, já que este não pode se esquivar de indicar uma solução para um caso judicializado. Isto ocorre quando o sistema Estatal carece de políticas de garantia e prevenção de danos à direitos individuais e a população necessita destas funções, o que resulta no inflacionamento das demandas judiciais.

Acerca disto, há a chamada judicialização da política, que dispõe acerca da titulação de direitos para a sociedade, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, através de determinações do Poder Judiciário ao invés do Poder Legislativo, o que seria, em tese, o ideal determinado no texto constitucional. Isto ocorre exatamente pela busca do Poder Judiciário pela resolução das demandas que lhe forem apresentadas, feito especialmente por uma parte ativa da população, visando garantir os direitos fundamentais, cujo acesso é dificultado à parcela menos privilegiada.

Diante disso, a autora Cittadino (2004, p. 106) acrescenta que

[...] é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

Neste sentido, a Judicialização da vida política seria um fenômeno decorrente da transferência ao Poder Judiciário das deliberações de cunho político importantes para o público em geral, que não ocorrem em pautas do Poder Legislativo, o que resulta numa decisão realizada a partir de análises abstratas da legislação em geral, ou seja, uma interpretação especulativa da intenção de quem as fabricou, o legislador.

Acerca deste tema, a análise da intenção do legislador, Dworkin (2005, p. 52-54 *apud* MAUÉS, 2015, p. 138-139) trata da dificuldade em que se encontra o intérprete da lei de entender, ou presumir, qual seria a vontade pensada pelo legislador ao criá-la. O autor traz a ideia de que

[...] há várias maneiras de compreender a intenção do legislador, o que impõe ao intérprete escolher uma determinada concepção para guiar sua busca. Essa escolha, por sua vez, condiciona as conclusões da investigação e torna mais polêmica a interpretação da Constituição baseada na intenção do legislador, pois diferentes concepções levam a respostas também diferentes no caso concreto. Mesmo quando se toma como objeto de análise um legislador individual, suas intenções podem ser entendidas de várias maneiras. Por exemplo, é possível considerar como intenção do legislador que a lei somente seja aplicada aos casos sobre os quais ele pensou ao formulá-la; ou, em sentido contrário, que sua intenção é que a lei seja aplicada também aos casos que ele não tinha em mente quando a formulou. Tratando-se da aplicação de uma norma proibitiva, a primeira concepção indica que nenhuma ação deve ser proibida a menos que o legislador tenha

pretendido fazê-lo; já a segunda concepção indica que as palavras do legislador devem ser entendidas de modo a alcançar situações similares àquelas que ele imaginou.

Outro ponto importante, acerca da Judicialização em caráter político, é direcionado por Verbicaro (2011, p.73), descrevendo que

O fenômeno da judicialização da política, que surge nesse contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política, está associado a uma participação mais intensa e ativista do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes políticos do Estado. Situações como: aplicação da Constituição a casos não expressamente contemplados em seu texto e independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de política pública; a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos do que os de evidente e ostensiva violação da Constituição, são exemplos de políticas que se judicializam, denotando a patente postura ativista do Poder Judiciário.

Neste sentido, quando ocorre esta Judicialização, no caso concreto sempre haverá a questão da discricionariedade do intérprete ao analisar o texto legal e as características particulares daquela situação, o que, de certa forma, coopera para a noção de que o Poder Judiciário está se tornando cada vez mais presente nas conquistas de caráter social da comunidade brasileira, o que colabora com a ideia de que este Poder estaria assumindo papéis no Estado que não condizem com as determinações constitucionais.

Em encontro a essa perspectiva, tem a parcela dos juristas que são contra a postura mais ativista do poder judiciário, para eles, este poder estaria usurpando função, uma vez que não tem a legitimidade para criar o direito, já que não se trata de uma simples interpretação da norma jurídica, e sim, dar um novo significado para a norma, diferentemente do que quis o legislador.

Desta feita, é possível entender a diferença entre o ativismo e a judicialização da política, na medida em que o primeiro se trata da atuação do Poder Judiciário além das prerrogativas previstas na Constituição e o segundo se trata da busca da população pela concretização de seus direitos sociais pela via judiciária, tendo em vista que este é o órgão em que há a maior probabilidade de alcance destas pretensões, ponto este que será explanado com mais aprofundamento no decorrer deste artigo.

3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DO TEMA

3.1 PRINCIPAIS CORRENTES EM DEFESA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A corrente doutrinária que defende a atuação do Judiciário nestes casos entende que a atuação do referido poder, nos casos em que supostamente agiu de forma ativista, não se trata de uma tentativa de protagonismo ou de usurpação de competência, mas sim uma resposta direta à violação de princípios e direitos fundamentais que já são protegidos pelo texto constitucional, porém carecem da atenção dos outros poderes, especialmente o Legislativo, para que possam alcançar o seu devido grau de relevância.

Como afirmam Keske e Marchini (2019),

[...] enquanto a morosidade do Legislativo perdurar, cabe ao STF agir. Em que pese o limite e respeito entre os três Poderes, a Corte Superior tem o dever de interpretar a Constituição a fim de resguardar o direito; e se [...] o Legislativo não age, o STF nada mais faz do que o que a nossa Constituição estabelece.

Neste sentido, não há, em tese, Ativismo Judicial nestes casos, uma vez que o Poder Judiciário não está excedendo suas atribuições para tomar decisões que sobreponham os demais poderes, desrespeitando as delimitações a ele definidas, mas está realizando aquilo que já lhe foi imposto pelo próprio texto constitucional, como alude Soliano (2013)

Não foi o Judiciário quem decidiu que cabe ao STF a guarda da Constituição. Não foi o STF que se atribuiu a competência de julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias [sic] de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Não foi o Supremo Tribunal Federal quem ampliou o rol de legitimados para propor essas ações. Não foi o STF quem estabeleceu, expressamente, o efeito vinculante e a eficácia erga omnes para as decisões tomadas nos julgamentos dessas ações. Não foi, ainda, o Poder Judiciário que criou as súmulas com efeito vinculante, o controle difuso de constitucionalidade e o Mandado de Injunção. Todas essas competências e possibilidades (para ficar apenas em sede de controle de constitucionalidade) que, inegavelmente, ampliam a força e a importância do poder jurisdicional, foram criadas pelos poderes representativos em especial pelo Poder Legislativo, seja como constituinte originário, derivado ou legislador ordinário.

É sabido que há a prerrogativa constitucional do Poder Judiciário de realizar interpretações acerca de seu texto, e a jurisprudência demonstra que este tipo de interpretação não é estranha ao ordenamento jurídico nacional, como trata Barroso (2015, p. 31): “por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito.”

Não obstante, há diversos casos, como dito anteriormente, em que o Poder Legislativo se deixou inerte frente às demandas em que havia a necessidade de agir, a exemplo do caso da legalização do casamento homoafetivo, onde não houve manifestação do Poder Legislativo Federal para tratar deste conceito. Neste caso, a suprema corte, através da ADI 4.277/DF, na

qual se debatia a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 à luz dos preceitos constitucionais acerca da igualdade e discriminação, entendeu que havia descumprimento constitucional do referido artigo em limitar o reconhecimento da união heteroafetiva em detrimento da união homoafetiva, e por consequência, determinou como lícita a união homoafetiva (MAUÉS, 2015).

Neste sentido, há a invocação do conceito de mutação constitucional, o qual pode ser definido, em suma, como a alteração no sentido de uma norma, sem alterar diretamente o seu texto (SANTOS, 2015). O Supremo Tribunal Federal utilizou deste sistema de controle de constitucionalidade para realizar uma interpretação ampliativa do texto infraconstitucional, o qual se limitava ao conceito de homem e mulher, pois entendeu que uma interpretação restritiva traria implicações opostas aos princípios constitucionais. Como elucidado por Maués (2015, p. 151), “Caso a ausência de reconhecimento das uniões homoafetivas contrarie o direito à igualdade, o poder judiciário deve reparar a situação; caso contrário, o legislador terá liberdade para regulamentar ou não essas formas de união.”

Desta forma, o que se entende como medidas ativistas nada mais seriam do que a devida atuação da Corte Suprema para responder às demandas que lhe forem submetidas, observando as leis e princípios já constantes no texto constitucional.

Outro argumento que trata do tema em tela, trata da falta representativa por parte do Poder Legislativo, por mais que sejam, por excelência, escolhidos de forma democrática, ainda assim, em termos de reproduzir os interesses da diversidade, acabam por serem menos atuantes, visto que, como se trata de números (Maiorias *versus* Minorias), este sendo um Poder o qual precisa de votos, acaba por eximir de tomar medidas que seriam necessárias para o conceito ideal de progresso social, conforme evidenciado por Barroso (2015, p. 31),

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontra-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas.

Considerando isto, o Poder Judiciário, como descrito anteriormente, vem no sentido de representar interesses sociais, tendo como objetivo, por não precisar ceder aos apelos da maioria tradicional, outorga pro promover o progresso social para a parcela que não é atendida, legitimando assim as demandas impopulares, em respeito a garantias de direitos fundamentais, como o caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, que criminaliza a prática da homofobia, através de uma interpretação fora dos parâmetros

convencionais, mas ainda assim, legal, como previsto no artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Este argumento traz o entendimento de que escolhas pessoais dos indivíduos sociais são, em tese, todas contempladas por alguma norma, que irá direcionar o modelo adequado a seguir. Verifica-se que tal presunção é humanamente impossível, e, por isso, tem a necessidade de um poder que, primeiramente, contemple a mudança nos contextos sociais e como pode melhor atender as demandas que são trazidas a este órgão, e em seguida, possua o dever de julgar litígios do interesse impopular, que de modo geral, não pautam o legislativo omissivo.

Como dissertado por Barroso (2015, p. 25) “A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos.”

3.2 PRINCIPAIS CORRENTES CONTRA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Da mesma forma que há o entendimento de que a atuação do Poder Judiciário, nestes casos emblemáticos, é legítima e justificável, há o entendimento de que as deliberações da Suprema Corte brasileira incorrem, de fato, em medidas ativistas as quais chegam a sobrepor suas competências.

Há a defesa de que as medidas tomadas pelo STF possuem natureza ativista na medida em que o poder judiciário se encontra, ao efetivar estas medidas, em discordância com os poderes eleitos pela população, através de um sistema democrático de eleição.

Diante disso, o argumento a ser analisado à luz da interpretação literal da Constituição Federal, seria a designação acerca da atribuição de cada Poder, bem como, a Repartição dos três Poderes.

Identificado, primordialmente, com a conceituação de democracia, previsto no artigo 1 da Constituição Federal, estabelecido da mesma maneira que foi definido o Estado

Democrático de Direito e seus fundamentos. Ademais, ao retornar para a definição de democracia, tem-se a ideia do poder emanado do povo, isto é, pressupõe em si a possibilidade de escolha da maioria. Como defendido por Martins (2011, p. 27), ao afirmar que “[...] o equilíbrio, a harmonia e a independência dos poderes estão rigorosamente disciplinados pelo legislador supremo, o que permite à sociedade brasileira usufruir, num Estado Democrático de Direito, da certeza e da segurança do Direito.”

Nesse sentido, tal representativa é importante, quando tratada da visão política, a qual é enraizada na vontade da maioria, em um contexto concreto. Desta forma, é evidente que a Repartição dos três Poderes, onde há acepção de Montesquieu, objetivando manter uma sociedade livre, precisava conceder funções específicas e limites entre eles, evitando assim o abuso de único poder, mas fortalecendo a união, bem como a serventia, já que cada poder estaria se analisando e autorregulando os demais, evitando assim, que um se sobreponha aos outros.

A partir disso, ainda com a ideia sobre a vontade da maioria, concebe-se que, o argumento utilizado para demonstrar o Ativismo Jurídico, é de que os Poderes Legislativos e Executivos são escolhidos através de atos democráticos, diferentemente do Poder Judiciário, onde este é indicado, tendo que atender os requisitos do artigo 101 da Carta Magna. Além disso, entende-se que o Legislativo, *prima facie*, estaria apto para criar leis que possa reger e estabelecer o bem-estar social, visto que esta é sua principal função. Ao contrário do que caberia ao Judiciário, que ao realizar igualmente a mesma função, este Poder não teria legitimidade, primeiramente, para fazer uma interpretação fora dos parâmetros definidos pelo Legislativo, em outras palavras, criando o direito, fragilizando assim o sistema proposto por Montesquieu e ratificado pela Carta Magna.

Seguindo esse raciocínio, outro argumento relevante na temática, seria que o Poder Judiciário faz através da criação de direito, uma interpretação, cuja função seria de legislar, com base em princípios.

Dessa forma, as decisões voltadas para a garantia de direitos fundamentais, são consideradas um modo de burlar a própria Constituição Federal, já que, para julgar, tal poder entraria na esfera de outro, nesse caso em questão do legislativo, mesmo que o poder não possa se eximir, caberá a ele tomar vereditos de situações ainda não estudadas pela pauta do poder designado e escolhido pela sociedade, para exercer, qual seria o parâmetro de legitimidade dos julgados ou das criações de direito do poder judiciário, o que entraria em discussão seriam as decisões do Poder Judiciário em si, gerando a insegurança jurídica, pois ainda é um desvio de uma atribuição o qual não foi conferida a ele.

Vendo por este prisma, entende-se que, o judiciário, acaba por interferir de modo significativo na estrutura dos três poderes, visto que ao interpretar as leis de modo a ampliar o seu entendimento, para além do que foi destinado ou da intenção do legislador, estaria assim se sobrepondo ao poder destinado a cumprir com essa atribuição, que também foi escolhido pela população, o Poder Legislativo.

Sendo assim, quando o Poder Judiciário toma decisões interpretativas que alcançam além daquelas previstas na legislação editada pelos órgãos competentes, este estaria criando um imenso problema de insegurança jurídica, na medida em que estas decisões, que muitas vezes possuem efeito *erga omnes* e afetam a população como um todo, não passaram pelo devido processo legal previsto no texto constitucional e, considerando que o poder judiciário não possui processo de eleição democrática, resulta na imposição de normas de interesse de grupos módicos à população geral, o que, em tese, estaria contrariando os preceitos da democracia e do devido processo legal, reconhecidos no texto constitucional.

4 ANÁLISE DO CASO CONCRETO (ADO 26/DF e MI 4.733/DF)

4.1 DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO

Entendemos como proveitosa a análise do caso da criminalização da homofobia no Brasil, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF, uma vez que demonstra plenamente o embate prático entre a necessidade de resposta do sistema judiciário brasileiro frente às inconstitucionalidades a ele apresentadas e à lógica da separação de poderes.

Neste caso, em face à morosidade do Congresso Nacional, foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal, em 19/12/2013, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, requerendo o reconhecimento da negligência do poder legislativo em editar lei específica para a proteção da população pertencente ao grupo LGBTI+, determinada pelos incisos XLI e XLII da Constituição Federal, cuja falta resulta na perpetuação da violência e preconceito contra estes grupos minoritários, e requerendo que a penalização destas condutas ocorra com a mesma severidade daquela presente na tipificação do crime de racismo, localizado na lei 7,716/89. Portilho, Gonçalves e Caldas (2020, p. 11) explicam que

A petição que deu origem a [sic] ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF narra que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com

o mesmo rigor atualmente usado na Lei do Racismo, sob pena de hierarquizar o sofrimento dos preconceitos.

Desta maneira, restou ao STF, uma vez que tenha sido provocado para tal, o encargo de definir como seriam firmadas as medidas de proteção resguardadas constitucionalmente, além de satisfazer as pretensões definidas pelos princípios fundamentais da carta magna.

Desta forma, ao julgar o caso, em 13/06/2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu por julgar procedentes os pedidos, no sentido de reconhecer a mora inconstitucional do Poder Legislativo e enquadrar as práticas discriminatórias contra a população homossexual e transexual na tipificação do crime de racismo, abarcado pela lei 7.716/89, sendo ressalvado que o referido enquadramento será efetivo apenas até a elaboração de lei específica pelo Congresso Nacional.

A fundamentação dada pela corte para este enquadramento, trata do termo “racismo” como um gênero relacionado ao “racismo social”, referente às práticas preconceituosas e discriminatórias, de segregação, inferiorização e violência contra indivíduos pertencentes a grupos minoritários vulneráveis (BRASIL, STF, ADO 26, Relator Ministro CELSO DE MELLO, 2019).

4.2 ANÁLISE DO CASO À LUZ DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Isto posto, há na esfera doutrinária o retorno ao argumento de que não seria prerrogativa do poder judiciário para definir estas medidas, uma vez que elas, em tese, não foram previstas diretamente em dispositivo legal, editado pelo órgão competente, tendo em vista que estes são critérios exigidos nos incisos LVI e LVII do art. 5º da Constituição, que fundamentaram a decisão do Supremo, os quais afirmam que (Brasil, 1988)

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:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Desse modo, recaímos novamente no debate acerca da atuação do judiciário. Estaria o judiciário sendo ativista, ao tomar para si a competência de outro poder constitucional, ou estaria ele apenas efetivando medidas constitucionalmente previstas, após provocação das partes interessadas, mediante a negligência daquele órgão que, em tese, teria a legitimidade para fazê-lo?

Do nosso ponto de vista, entendemos que não houve, no caso, atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, pois compreendemos que o Ativismo Judicial se trata de uma usurpação de função do Poder Legislativo, já que para decidir da forma mais eficaz, tal poder teria que legislar ou, efetivar através de lei específica, direitos previstos constitucionalmente. Portanto, este ato é visto como uma forma de ampliação do poder por parte do Judiciário, colocando assim, em risco a separação dos três poderes.

Nota-se, contudo, que as atribuições do Poder Judiciário, além de ser a interpretação das normas, são acima de tudo, salvaguardar os direitos fundamentais da sociedade, tanto que tal poder é designado como guardião da constituição, cabendo a ele decidir estes casos mediante provocação, não devendo se eximir de aplicar uma resposta ao caso concreto, observando os preceitos constitucionais.

Nessa perspectiva, observa-se que o Poder Judiciário não está usurpando a função do Poder Legislativo, uma vez que a ação do judiciário em tomar medidas que primariamente são consideradas criar leis/direitos, na verdade são de fato a homologação e a efetivação de direitos fundamentais, sendo nesta perspectiva, o foco e objetivo, bem como uma das funções delegadas a este Poder por meio da Constituição Federal.

É importante observar que, à época do julgado, já estava vigorando a lei 13.300/16, a qual homologa ao Judiciário a possibilidade de oferecer sentenças de caráter mais ativo (não ativista) nos julgamentos de mandados de injunção, ao delimitar que (BRASIL, 2016).

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

[...]

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados [sic] ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Além disto, o artigo 9º desta lei ainda ressalta a possibilidade destas decisões possuírem o caráter *erga omnes*, dependendo das características intrínsecas do direito pleiteado, a saber: (BRASIL, 2016, grifo do autor)

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Desta forma, é possível entender que já há, no ordenamento jurídico brasileiro, a prerrogativa para o Poder Judiciário conceder o exercício destes direitos através de medidas mais eficientes, sem exigir daquelas pessoas que necessitam da efetuação dos seus direitos uma paciência *ad aeternam* para aguardar a disposição do Poder Legislativo até que o mesmo decida tratar destas causas controversas (o que se mostra como um período extremamente delongado).

4.3 O CARÁTER SUBJETIVO DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS VULNERÁVEIS INVISIBILIZADAS PELOS PODERES ELEITOS

Tendo isso em vista, constata-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que visam a garantia de direitos humanos às parcelas minoritárias da população, são em regra impopulares, quando pensadas pela parcela da sociedade mais tradicionalista, já que tais decisões são consideradas polêmicas, se visualizadas de um ponto de vista mais conservador ou religiosa, e que, apesar de serem decisões controversas, não tem como não considerar estas decisões como um marco de efetivação de direitos fundamentais, primeiramente de humanidade para a minoria que é atingida por tais decisões, a exemplo da ADO 26/DF e MI 4.733/DF, e secundamente da importância de abordar temáticas de cunho conflitantes, que são desvalorizadas pelo legislativo.

Antes de entrar no caso real de fato, é importante descrever o que se trata a homofobia no Brasil. Borillo (2015, p.22, *apud* KESKE; MARCHINI, 2019, p. 38) traz uma análise conceitual interessante do termo, ao afirmar que

[...] o termo homofobia acaba por designar dois aspectos diferentes na mesma realidade: a dimensão pessoal, afetiva, que rejeita os homossexuais; e a dimensão cultural de natureza cognitiva, que não despreza o indivíduo homossexual, mas, sim, o fenômeno psicológico e social da homossexualidade. Esta diferenciação fica muito clara quando há a tolerância e até mesmo simpatia com os homossexuais, porém quando o assunto é alguma política de igualdade, tal assunto é considerado inaceitável

Neste sentido, é basicamente direcionado a sujeitos que não estão acostumados com questões que fogem da heteronormatividade na sociedade. São aqueles que, não habituados com o diferente ou que foge do conceito tradicional das relações interpessoais programado da sociedade, e que, por isso, por não seguir o padrão estipulado, não deveriam ter suas demandas atendidas, já que para estes sujeitos reivindicações que não são de interesse da população em geral, no sentido de se voltarem aos interesses de minorias numéricas, não deveriam ter suas demandas contemplados pelos Poderes.

Tal discurso se perpetua e continua tendo efeitos, visto que, a concretização de direitos quando se trata de classes economicamente enfraquecidas, ou de comunidades historicamente esquecidas, é consideravelmente mais dificultosa, quando comparados ao restante do corpo social, pois são considerados direitos básicos e comuns para a sociedade, onde estiveram sempre presente para aqueles que detêm o privilégio.

Ademais, historicamente o Brasil, no que tange a garantia de direitos pensados para as minorias, em regra, é bastante conflitante, uma vez que no Brasil impera uma elite, que é predominantemente cristã. De acordo com o INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), no censo de 2010, 86% da população brasileira se considera cristã (IBGE, 2012). Por mais que este seja um número meramente exemplificativo neste trabalho, o quantitativo em si elucida a realidade brasileira: um país que possui certa relutância no debate de assuntos considerados como tabu, o que resulta na demora demasiada na análise destas pautas, refletindo, de modo considerável, nas escolhas dos representantes políticos, bem como nas pautas que são prioridades nas casas do Congresso Nacional.

Por isso que, como afirmado anteriormente, quando se tem a necessidade de uma decisão de tom mais garantista, o judiciário é acionado, pois, ao analisar o histórico de atitudes garantistas do Estado, tal poder é o responsável por grandes atuações nas últimas décadas, em se tratando de efetivação e elevação do caráter dos direitos sociais, resultando em muitos dos casos entrarem em desacordo quando observados pela maioria tradicionalista do país. Podendo servir como exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, na qual foi decidido, através da votação de 8 contra 2, a favor da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, ou seja, não ser considerado crime. O ministro relator da ação Marco Aurélio afirmou, na página 54 do inteiro teor da decisão deste julgado, que (BRASIL, STF, ADPF 54, Relator ministro MARCO AURÉLIO, 2012)

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. [...]. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescido, principalmente de proteção jurídico-penal.

Este é um dos exemplos em que o STF, toma medidas que são consideradas polêmicas, no contexto social, mas são de extrema importância, quando pensado nas pessoas as quais se encontram na extremidade receptora destas decisões. Tal decisão abriu um gama de possibilidades na discussão sobre o direito à vida, assim como, a tutela sobre dignidade da pessoa humana, do ponto de vista da genitora do feto, além do quesito de saúde pública.

Por isso, entendemos a relevância de debater sobre pautas que ainda lutam para ter espaço, no sentido do alcance para concretização direitos pensados nas minorias. E, como visto anteriormente, o Poder Legislativo carece da iniciativa, propositalmente ou negligentemente, para efetivar estas medidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discorrer sobre ativismo judicial no Brasil, pode-se analisar o complexo contexto da ditadura militar, período este marcado pelo controle sobre os três poderes, referidos pela destituição do legislativo e o controle do judiciário, bem como o golpe no poder executivo.

Tal golpe foi direcionado por militares que destituíram o presidente João Goulart, argumentando contra as ideias do presidente, assim como, da própria segurança nacional, marcado por violação aos direitos humanos, civis, à liberdade, à informação, entre outros, estabelecendo assim um período obscuro na história brasileira, marcada por violência e denegação de direitos básicos.

Após esta análise histórica, é possível compreender o raciocínio utilizado pelo constituinte originário ao estabelecer e destacar a garantia de direitos individuais básicos na própria redação constitucional, tendo isto em vista que, após o golpe militar, houve a necessidade de salvaguardar e concretizar o maior número de direitos possíveis em um aspecto de recente democracia, visivelmente ainda presente na contemporaneidade.

Ocorre que, tal condição de recenticidade da Constituição Federal de 1988, trouxe para a comunidade, uma sensação de amparo e solidificação de direitos básicos, diferentemente do período militar. Por conta disto, a sociedade, especialmente aqueles grupos que se encontram em situação de invisibilização pelo Poder Legislativo, teria maior proximidade do Poder Judiciário, por ser este o poder contramajoritário, ou aquele que atua em causas complexas, em que há a renúncia dos demais poderes em tomar partido.

Acerca do ativismo judicial, é possível compreender como este conceito pode ser interpretado como uma ameaça aos preceitos democráticos que conduzem o nosso sistema de Estado. Não é a toa que ao tratar de ativismo a maioria dos doutrinadores, pelo menos dos

citados neste artigo, entende que este fenômeno deve ser observado com atenção e cautela para que não incorra em um desvirtuamento do devido processo legal que desvalorize a participação política da população em geral. Contudo, não é por medo do ativismo, nem mesmo pela defesa do envolvimento da sociedade em geral nas decisões políticas e jurídicas do estado, que se deve caracterizar qualquer decisão controversa tomada pelo Supremo como ato atentatório à estrutura da separação de poderes.

Quando se observa o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, é possível observar como há mecanismos definidos pela própria legislação, incluindo a Constituição, que determinam a atuação central do Poder Judiciário para tratar destas causas, uma vez que, como guardião da constituição, ele se encontra sob a imposição de realizar esta análise de princípios em casos concretos, especialmente nos quais há o interesse da população em geral.

Sendo assim, entendemos que esta perspectiva rotulatória de atos em que há apenas a atuação do Poder judiciário nos moldes determinados pelo texto constitucional como medidas ativistas se mostram como uma resposta de interesse político daqueles grupos que se opõem às próprias garantias e direitos previstos na Constituição.

Ao analisar o contexto histórico do processo de redemocratização do Brasil, assim como os preceitos e fundamentos que firmam as diretrizes de atuação e interpretação da Constituição Federal, percebe-se um zelo pela proteção destas liberdades fundamentais o que resulta na determinação do Poder Judiciário se tornar algo similar a uma última instância para que a população tenha suas disposições asseguradas, resultando na chamada juridificação da vida social.

Neste sentido, o sistema judiciário, incumbido pela Constituição em satisfazer as demandas apresentadas ao mesmo, com o objetivo de garantir os direitos constitucionais fundamentais e possibilitar a proteção de direitos sociais manifestamente negligenciados pelos poderes, incorre em decisões que, de certo modo, irão incomodar a parcela da população que se beneficia ou conforma com esta mora dos outros Poderes.

Por fim, verifica-se que o Poder Judiciário, não se sobrepõe a outros Poderes, ou seja, não há um perigo eminente de usurpação de função ou de quebra da separação dos três poderes, confirmando então que o judiciário, tratando destas medidas voltadas à concretização de direitos fundamentais, está apenas seguindo uma das suas funções Constitucionais, isto é, ampliando as interpretações das normas em si, mas amparado por prerrogativas já constantes na legislação, e voltado para a efetivação dos direitos básicos para que assim atinja o maior número de sujeitos, em outras palavras, tendo ações mais garantistas para direitos constantes na própria Constituição Federal.

Claro, não estamos aqui para afirmar que este modelo delimitado pela legislação é o mais correto, nem para defender que a forma como estas decisões se deram foi a mais ideal para os interesses daqueles que as necessitavam. Porém, entendemos que estas medidas são caminhos expressamente previstos no texto constituindo na legislação, e não se tratam, nestes casos, de apropriação ilegal de competências.

Por fim, percebe-se, que antes de tudo, o Poder Judiciário não está agindo como um infligidor de competências, apenas um Poder que, assim como os demais, propõe cumprir metas que foram propostas pela própria Constituição Federal. É claro que o Ativismo Jurídico em si trata-se de perigo ao sistema da separação de poderes, como também à democracia. Entretanto, o que se compreende nestes casos emblemáticos, não é o surgimento ou manutenção de um Ativismo Jurídico, mas sim de um processo mais complexo, quando analisado pela perspectiva jurídica/política. Isto é, trata-se de uma cadeia, onde uma falta de educação política, de pensamento acerca de reivindicações sociais, gera escolhas de representantes não qualificados, que ao invés de facilitar acesso a garantia de direitos, escolhem por dificultar demandas necessárias para a sociedade, e que, com essa dificuldade, o grupo social busca a homologação de normas que tratam de demandas atuais, por outras vias, neste caso, através do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em 25 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S.l.], n. 13, p. 17-32. 2009. Anual. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-13-enerodiciembre-2009/judicializacao-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica-1>. Acesso em 19 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1998. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.300 de 2016. . Brasília, DF: Congresso Nacional, 23 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. Lex. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 03 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012. Lex. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 03 maio 2023.

CITTADINO, Gisele Guimarães. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu: revista de comunicação, cultura e política**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul/dez. 2004. Semestral.

IBGE. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107>. Acesso em 13 maio 2023

KESKE, Henrique Alexander Grazi; MARCHINI, Veronica Coutinho. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. **Revista Prâksis**, [S. l.], v. 2, p. 34–56, 2019. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/1761>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47096>. Acesso em: 9 maio 2012.

MAUÉS, Antonio Moreira. Capítulos de uma história: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 36, n. 70, p. 135–162, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p135>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S. l.], ano 11, v. 11, n. 40, p. 4-15, jan/jun. 2020. Semestral. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/issue/view/54>. Acesso em: 26 nov. 2022.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 80-91, 23 fev. 2015. Disponível em:

<https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08>. Acesso em 13 mar. 2023

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.8, n.1, jan/mar. 2013. Disponível em:

<https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/issue/view/260>. Acesso em 07 maio 2023.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2). p. 441-464, jul/dez. 2008.

O PROBLEMA DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO ÀS DEMANDAS DE INVENTÁRIO: EM QUE MEDIDA A DESJUDICIALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO IMPORTARÁ NUMA MAIOR SATISFAÇÃO DO JURISDICIONADO

The problem of the judiciary in relation to inventory demands: to what extent the dejudicialization of the inventory will matter in a greater satisfaction of the jurisdiction

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	01/08/2023

Rafaella Galvão de Oliveira Borsatto¹
Maria de Lourdes Penante Costa Oliveira²
Bruno Brasil de Carvalho³

“Quem não luta pelos seus direitos não é digno deles” – Rui Barbosa

RESUMO

O presente artigo foi realizado por meio de pesquisas em livros, artigos acadêmicos, sites oficiais do Governo Federal, resoluções do CNJ, Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil e legislações específicas brasileiras. O objetivo é demonstrar a importância da desjudicialização dos processos de inventário a fim de evitar danos para os jurisdicionados. A cultura da judicialização faz com que milhares de pessoas busquem pelo inventário judicial como único meio de solução de conflitos. Para isso, o estudo apresenta os conceitos de desjudicialização, inventário extrajudicial e sistema multiportas. Além disso, investiga os entendimentos atuais dos cartórios e principalmente das mudanças na legislação a fim de adequar a uma nova realidade esse procedimento. A desjudicialização surgiu com o intuito de tornar o procedimento de inventário mais célere, facilitando a vida do jurisdicionado. O estudo foi realizado por meio de livros, artigos acadêmicos, sites oficiais do Governo Federal, resoluções do CNJ, Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil e legislações específicas brasileiras.

Palavras-chave: Inventário; jurisdicionado; desjudicialização; herança; danos.

ABSTRACT

¹ Graduanda em Direito (CESUPA).

² Graduanda em Direito (CESUPA).

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Atualmente é professor de direito da graduação e Coordenador adjunto da pós Graduação em Direito Civil do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogado.

This article was carried out through research in books, academic articles, official websites of the Federal Government, CNJ resolutions, Federal Constitution, Civil Code, Code of Civil Procedure and specific Brazilian legislation. The objective is to demonstrate the importance of dejudicialization of inventory processes in order to avoid damages for those under jurisdiction. The culture of judicialization causes thousands of people to seek judicial inventory as the only means of conflict resolution. For this, the study presents the concepts of dejudicialization, extrajudicial inventory and multiport system. In addition, it investigates the current understandings of the registry offices and especially the changes in legislation in order to adapt this procedure to a new reality. The dejudicialization emerged with the intention of making the inventory procedure faster, making life easier for the jurisdictional. The study was carried out through books, academic articles, official websites of the Federal Government, CNJ resolutions, Federal Constitution, Civil Code, Code of Civil Procedure and specific Brazilian legislation..

Keywords: Inventory; jurisdiction; dejudicialization; heritage; damage.

1 INTRODUÇÃO

O inventário é um procedimento que visa a distribuição do patrimônio do de cujus, os quais serão transferidos aos seus herdeiros. Contudo, o Poder Judiciário tem sofrido com o excesso de demandas referentes à inventário, de modo que o processo se torna eivado de morosidade justamente porque a via judicial é a primeira opção que os herdeiros costumam procurar.

Diante disso, o presente trabalho possui como tema o problema do poder judiciário em relação às demandas de inventário e em que medida a desjudicialização do inventário importará numa maior satisfação do jurisdicionado.

Sendo assim, a hipótese do respectivo trabalho circunda sobre o fato da desjudicialização do processo de inventário ter como finalidade a garantia de que os sucessores tivessem uma segunda opção para a realização da partilha do espólio do falecido, sendo este mais célere. A Lei 11.441 trouxe várias alterações no Código de Processo Civil de 2015, no qual permitia que os sucessores fizessem o inventário por meio de escritura pública em cartório de registro civil. Nesta nova modalidade os herdeiros ganharam muitas vantagens, entre elas está o fato do imposto pago para a realização do inventário ser de responsabilidade apenas do inventariante, dispensando assim a anuência dos demais herdeiros.

Terá como objetivo analisar como a desjudicialização dos procedimentos de inventário gera o descongestionamento do Poder Judiciário e facilita a vida do jurisdicionado. As alterações normativas como a lei 11.441, resolução nº 452/2022 e entre outros, fizeram com que esse processo sofresse a desburocratização, sendo mais flexível em determinadas

exigências, permitindo até mesmo que todo o procedimento fosse feito de forma online em vez de só presencial.

A presente pesquisa tem como intuito responder o seguinte problema de pesquisa: A desjudicialização do processo de inventário foi benéfica para o jurisdicionado? Assim, adotou-se o tipo de pesquisa bibliográfica: com base em livros, artigos acadêmicos, sites oficiais do Governo Federal; empírica: por meio de resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Constituição Federal e legislações específicas brasileiras; empírica: com análise de jurisprudências pertinentes ao tema.

No desenvolvimento o respectivo artigo irá se dividir em três tópicos, no qual o primeiro irá tratar sobre o processo do inventário no ordenamento jurídico brasileiro, já o segundo vai falar sobre o aumento das demandas de inventário judicial que contribuem para a crise no poder judiciário, e o terceiro vai tratar sobre a efetividade do inventário extrajudicial como forma de satisfação do jurisdicionado.

Sobre essa pesquisa existem diversas discursões ainda pertinentes de concenso, principalmente em se tratando das custas dos emolumentos. De acordo com entendimento de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, no livro Inventário e partilha: teoria e prática, o inventário extrajudicial tem o propósito de facilitar a prática de transmissão de bens, com enfoque de que reduz a burocracia. No entanto, há também questões de cunho emocional que garantem a satisfação do jurisdicionado, o que deve ser utilizado para complementar essa tese.

Portanto, é importante frisar que o Direito da Sucessões sempre esteve presente no dia a dia do jurisdicionado, não só protegendo os bens do de cujus como também garantindo que seus herdeiros tivessem seus direitos resguardados. O processo de inventário pode ser realizado de duas formas sendo judicial ou extrajudicial. Apesar de haverem duas possibilidades o jurisdicionado ainda continua buscando o judicial para satisfazer seus direitos. A nova modalidade deve ser explorada afim de se tornar o primeiro meio de solução de conflitos a ser procurado.

2 O PROCESSO DO INVENTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à sucessão sempre esteve inerente em nossa sociedade como garantia à proteção aos bens deixados pela pessoa que faleceu. O ser humano sempre teve a necessidade de designar após a sua morte para quem seus direitos e deveres seriam transmitidos.

Na antiguidade, o direito sucessório se apresentou de diversas formas na sociedade. Em Roma era muito importante que o casal tivesse um filho homem, pois através dele se daria continuidade aos cultos religiosos familiares. Já no período da Lei das XII Tábuas, o pai podia por meio de um testamento deixar seus bens para seus filhos depois que morresse. De acordo com o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2020, p.22):

O direito sucessório remonta à mais alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da religião e da família. Em Roma, na Grécia e na Índia, a religião desempenha, com efeito, papel de grande importância para a agregação familiar. (GONÇALVES, 2020).

Percebe-se que o autor buscou demonstrar que antigamente não era somente bens como propriedades, riquezas e posição na sociedade que eram transmitidos para os herdeiros, mas também a cultura, ideologias e religião.

No Brasil, o direito de sucessão ocupa um dos ramos do Direito Civil, o qual todo cidadão deve possuir acesso. A Constituição Federal no art. 5º, XXX, considera como direito e garantia fundamental o direito à herança. Veja o dispositivo a seguir:

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:

XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988).

Portanto, o direito sucessório foi criado para que a pessoa física pudesse dispor das suas últimas vontades. De acordo com o entendimento de Flávio Tartuce a respeito do direito sucessório (2020, p.3):

Direito das sucessões é o ramo do direito civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa para outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. (TARTUCE, 2020).

Todavia, apesar de ser considerado um direito imediato, os herdeiros somente poderão dispor dos bens deixados como herança por meio da abertura do inventário, sendo o espólio do de cujus dividido entre os herdeiros.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 519):

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.784), malgrado os bens imóveis permaneçam ainda em nome do de cujus no Registro de Imóveis. É necessário, então, proceder-se ao

inventário, isto é, à relação, descrição e avaliação dos bens deixados, e a Subsequente partilha, expedindo-se o respectivo formal. (GONÇALVES, 2020).

O autor deixa claro em sua fala a importância da realização do processo de inventário, pois sem ele os bens que foram deixados pelo de cujus não seriam regularizados, os quais permaneceriam ainda no nome do falecido, e somente com a sua realização que os herdeiros poderiam ter esses bens em seus nomes.

A instauração de um inventário é considerada indispensável mesmo que o de cujus tenha apenas um herdeiro. Neste liame, ao dispor sobre o inventário, explica GAGLIANO e PAMPLONA (2019, p. 449):

Do ponto de vista do Direito Sucessório, o inventário pode ser conceituado como uma descrição detalhada do patrimônio do autor da herança, atividade está destinada à posterior partilha ou adjudicação dos bens.

Sob o prisma processual, outrossim, o inventário pode ser entendido como uma sequência ordenada de atos tendentes a um fim específico. (GAGLIANO. PAMPLONA, 2019).

O procedimento da instauração do inventário está presente no ordenamento jurídico brasileiro e deve ser seguido à risca para que danos não venham ser causados aos sucessores, pois de acordo com o Código Civil existe o prazo de 2 meses após o falecimento do autor da herança para que seja feito o inventário de partilha, o qual não sendo respeitado será aplicada sanção de forma tributária, afim de responsabilizar os sucessores pelo não cumprimento do prazo legal, conforme leitura do art. 611:

Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte. (BRASIL, 2002).

Além disso, o procedimento pode ser feito de duas formas que são: judicial ou extrajudicial. Para ocorrer na via extrajudicial é exigido que todos os herdeiros sejam capazes e, que não se tenha discussões a respeito do espólio, pois caso tenha herdeiro incapaz e haja litígio, esse processo deverá obrigatoriamente seguir a via judicial. (TARTUCE, 2020). É perceptível que o inventário extrajudicial possui como objetivo diminuir o processo burocrático para a transmissão hereditária, resguardando a celeridade para a efetivação desse direito fundamental, conforme explica TARTUCE (2020, pg. 333)

Feito tal esclarecimento, não se olvide que os principais objetivos da Lei 11.441/2007 – reafirmados pelo Novo CPC – foram as reduções de burocracias e de formalidades para os atos de transmissão hereditária, bem como a celeridade, na

linha da tendência atual de desjudicialização das contendas e dos pleitos. Assim como ocorreu com o divórcio extrajudicial, a lei de 2007 foi concisa e trouxe muito pouco a respeito do assunto, cabendo à doutrina e à jurisprudência sanar as dúvidas decorrentes desses institutos. (TARTUCE, 2020).

Todavia, há um entrave que impossibilita a ampliação dessa garantia de forma mais célere para a população em geral, qual seja os custos que esse procedimento pode gerar. O jurisdicionado ao buscar as hipóteses disponíveis para a realização do seu inventário, a primeira coisa que este irá se deparar são com os custos que cada procedimento possui. De acordo com a Tabelas de Emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, anexas ao Provimento Conjunto nº 017/2021- CGJ, o valor das taxas de cartório podem variar de R\$ 744,20 (setecentos e quarenta e quatro reais e vinte centavos) a R\$ 43.384,00 (Quarenta e três mil, trezentos e oitenta e quatro reais):

Cód. do Ato	Descrição do Ato	Valor do Ato
089	a) de 0,00 a 13.514,54	774,20
090	b) de 13.514,55 a 27.276,32	901,10
091	c) de 27.276,33 a 40.462,43	986,90
092	d) de 40.462,44 a 80.951,99	1.187,20
093	e) de 80.952,00 a 134.875,12	1.612,10
094	f) de 134.875,13 a 219.103,96	2.038,50
095	g) de 219.103,97 a 320.395,70	2.646,30
096	h) de 320.395,71 a 522.437,58	3.817,90
097	i) de 522.437,59 a 809.250,07	5.726,20
098	j) de 809.250,08 a 1.349.020,93	7.722,20
099	k) de 1.349.020,94 a 2.023.124,63	8.677,00
100	l) de 2.023.124,64 a 2.697.499,97	15.444,60
101	m) de 2.697.499,98 a 13.487.499,68	21.692,10
102	n) A partir de R\$ 13.487.499,69	43.384,00

Tabelas de Emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, anexas ao Provimento Conjunto nº 017/2021- CGJ⁴

Em contrapartida, no procedimento judicial segundo a tabela de custos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o valor das custas pode variar de R\$ 54,21 (cinquenta e quatro reais e vinte e um centavos) a R\$ 7.958,28 (sete mil, novecentos e cinquenta e oito reais e vinte e oito centavos) com base no valor da causa. (BRASIL, 2023).

De acordo com a reportagem do Portal Migalhas em 2023 o valor do inventário

⁴ Tabelas de Emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, anexas ao Provimento Conjunto nº 017/2021- CGJ. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=1228245>.

extrajudicial passou de R\$8 mil para R\$ 90 mil no Rio de Janeiro:

Quem precisar fazer um inventário extrajudicial no RJ terá uma baita surpresa. Com efeito, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal fluminense aumentou o valor do teto dos emolumentos para lavratura das escrituras de inventário e partilha de bens para R\$ 90.253,61. O valor inclui os correspondentes acréscimos legais e tributos. Em 2022, o valor era de R\$ 8.032,26, representando um aumento de mais de 1.000%.

"Art. 19º. O valor teto dos emolumentos para lavratura das escrituras de inventário e partilha de bens, conforme previsto na Lei Federal nº 11.441/2007, será de R\$ 90.253,61 (noventa mil, duzentos e cinquenta e três reais e sessenta e um centavos), já incluídos os correspondentes acréscimos legais e tributos."

A determinação consta na portaria CGJ 1.952/22, que entrou em vigor no início de janeiro. (PORTAL MIGALHAS, 2023).

Sendo assim, diante dos custos descritos acima o jurisdicionado acaba escolhendo a judicialização como meio mais eficaz para seu bolso e que atenderá melhor suas necessidades. Acontece que mesmo as custas judiciais sejam inferiores aos valores dos emolumentos, o meio extrajudicial ainda se demonstra ter mais efetividade na prática.

Isso ocorre porque o sistema multiportas é mais célere do que o judicial. Esse sistema é formado pela mediação e conciliação, no qual tem a finalidade de garantir que determinada situação seja solucionada de forma amigável e mais rápida.

De acordo com o entendimento de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2018, p. 439):

O novo modo de inventário, qualificado como extrajudicial, notarial ou administrativo, tem o propósito de facilitar a prática do ato de transmissão dos bens, porque permite modo mais simples e célere para resolver a partilha. Com isso, reduz a pleora dos serviços judiciários, abrindo campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas, afastando os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa chancelar a partilha amigavelmente acordada entre meeiro (a) e herdeiros e o recolhimento dos impostos devidos. Com isso, reserva-se ao juiz a análise das questões mais complexas no plano sucessório.

Posto isso, é notório que o sistema multiportas possui mais efetividade na realização dos processos de inventário, estes causam menos sofrimento aos herdeiros no tempo de espera, porque diferentemente do judiciário, nos cartórios existem prazos já determinados para as prenotações e finalização com o pagamento das taxas de emolumentos.

Todavia, para que o inventário extrajudicial tenha total eficácia na vida do jurisdicionado é necessário que as suas custas sejam melhor regulamentadas, pois muitos ainda recorrem ao judiciário por conta dos valores altíssimos que os cartórios cobram de emolumentos e que, sobretudo, muitos não tem condições de arcar com esses gastos.

Sendo assim, faz-se necessário uma melhor regulamentação da tabela de

emolumentos, para que os gastos sejam acessíveis a todas as classes sociais. Sendo isso adquirido, o procedimento de inventário extrajudicial terá completa eficácia na prática do dia a dia do jurisdicionado.

Com isso, percebe-se que no sistema de inventário, apesar das custas processuais serem bem menores do que os emolumentos cartorários, o procedimento adotado pela via extrajudicial é mais eficaz na realidade. Isso ocorre porque o sistema multiportas adotados atualmente têm buscado facilitar esses processos afim de evitar danos ao jurisdicionado.

3 O AUMENTO DAS DEMANDAS DE INVENTÁRIO JUDICIAL QUE CONTRIBUEM PARA A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

O processo de inventário pode ser realizado tanto pela via judicial como pela extrajudicial como já foi dito anteriormente. Acontece que mesmo o processo sendo apto em muitos casos a percorrer na via extrajudicial, a maioria das pessoas ainda optam pelo judiciário como sendo a única forma de solução de conflito.

A cultura da judicialização é alimentada pela incansável busca pela felicidade de de ter seus direitos resguardados, pois todo aquele que provoca o judiciário tem o interesse de ter sua pretensão solucionada. Acontece que em muitos casos, esse procedimento pode ser resolvido de forma mais célere e simples por meio das medidas alternativas, também conhecida como multiportas, no qual incentiva a resolução amigável entre as partes.

Esse cenário vem contribuindo para que o Poder Judiciário se encontre cada vez mais congestionado pelo excesso de demandas que recebe. Essa realidade traz como consequência a demora na resolução de lides e mais gastos com custas e despesas processuais. De acordo com o relatório de justiça e números de 2021 do CNJ (p. 250, 2021):

O tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro destaca-se por ter apresentado, no ano de 2020, o maior IPM e o maior IPS, atingindo o IPC-Jus de 100%. Já o tribunal de Justiça do Estado do Pará obteve o menor IPC-Jus da Justiça Estadual, com 48%, e a segunda maior taxa de congestionamento líquida (79%).

Caso os tribunais atingissem o índice de 100% no IPC-Jus do ano de 2020, as maiores alterações nos indicadores seriam as dos tribunais de Justiça do Pará, Espírito Santo, Piauí e Amapá, uma vez que suas taxas de congestionamento poderiam ser reduzidas em, no mínimo, 10 pontos percentuais. (CNJ, 2021).

Percebe-se que muitos tribunais não conseguiram se quer atingir o índice mínimo de evolução a respeito da taxa de congestionamento, não demonstrando quase nenhum desenvolvimento com 2020.

De acordo com o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal diz o seguinte: “a

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” O congestionamento provocado no judiciário por conta de processos de inventário só causa danos para o jurisdicionado, pois a demora na conclusão das lides viola o princípio constitucional da duração razoável do processo, no qual trata que todo processo deve despender de um lapso temporal razoável à sua complexidade, não devendo demorar mais de dez anos por exemplo, para serem solucionados, só que essa celeridade tem sido cobrada apenas na teoria, pois na prática os processos de inventário chegam a demorar mais de 3 anos para serem solucionados. (BRASIL, 1988).

A jurisprudência entende a respeito da demora na conclusão de processos de inventário o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. AGRAVANTE INSURGE-SE CONTRA A SENTENÇA QUE O REMOVEU E NOMEOU NOVO INVENTARIANTE, TAMBÉM HERDEIRO. EXTREMA BELIGERÂNCIA ENTRE HERDEIROS. CONFIGURADA. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE DATIVO. IMPOSSIBILIDADE. TUMULTO PROCESSUAL. NOVO INVENTARIANTE FOI NOMEADO EM 2018. AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE PERDURA POR 10 (DEZ) ANOS. INDEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. [...] (TJ-CE - AI: 06211181420188060000 Fortaleza, Relator: MARIA DAS GRAÇAS ALMEIDA DE QUENTAL, Data de Julgamento: 16/11/2022, 2ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 16/11/2022).

A morosidade da justiça cumulada com o sentimento de luto pode acarretar sérios danos para os jurisdicionados, que vão desde danos morais quanto materiais.

Os danos materiais advêm não só da impossibilidade de os herdeiros poderem alienar ou até mesmo administrar esses bens que foram deixados, mas também em todo o transtorno no pagamento de honorários advocatícios, e entre outras pendências que essa situação possa acarretar. Além disso, a demora pode acabar causando danos morais, pois os conflitos de interesses entre os herdeiros acabam dificultando ainda mais o andamento processual e provocando distanciamento da família.

De acordo com o art. 5º, X da Constituição Federal são considerados invioláveis a *“intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*. No caso em questão, o jurisdicionado não só sofre com o constrangimento, mas também com os problemas psicológicos que a demora judicial causa como ansiedade, angústia, sofrimento por serem obrigados a reviverem o cenário de luto diversas vezes. (BRASIL, 2018)

Trazendo como uma forma de exemplificar a vulnerabilidade do jurisdicionado nesses casos, vamos citar a pandemia da covid-19 que atingiu o Brasil em 2020 e chegou a causar 702.421 mil óbitos de acordo com os dados do Governo Federal em maio de 2023 (PAÍNEL CORONAVÍRUS, 2023). O coronavírus era um vírus que atingia as vias respiratórias dos pacientes o que os levavam a óbito. Sendo assim, além das pessoas sofrerem com a perda de um ente querido de forma trágica também teriam que enfrentar a demora para seu processo sofrer movimentação no judiciário.

O Estado possui responsabilidade civil pelos danos causados aos jurisdicionados pela falta de celeridade nos processos de inventário. Isso ocorre devido a sua responsabilidade ser objetiva conforme o entendimento do Poder Constituinte, no qual independe do desejo de causar ou não o dano a alguém.

Confome o art. 37, §6º da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

O Poder Judiciário compõe a administração direta, no qual a precariedade na sua prestação de serviços públicos irá responsabilizar o Estado pelos danos que essa conduta vier causar. É necessário frisar que por se tratar de responsabilidade objetiva, será levado em consideração o nexos causal da conduta do Judiciário e do dano para que ocorra a responsabilização.

De acordo com os Tribunais Regionais o Estado se responsabiliza pela não prestação eficaz do Judiciário:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. **PREJUÍZO CAUSADO PELO SERVIÇO JUDICIÁRIO**. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL DISSOCIADA DA QUESTÃO DECIDIDA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES DE INVENTÁRIO E PARTILHA PROPOSTAS POR DIFERENTES COLEGITIMADOS. TRÍPLICE IDENTIDADE CONFIGURADA, AINDA QUE AS PARTES OCUPEM POLOS DISTINTOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE E DISJUNTIVA. AÇÃO DE NATUREZA CONTENCIOSA E PROCESSADA SOB RITO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NA PARTE GERAL DO CPC/15. CRITÉRIO TEMPORAL PARA DEFINIÇÃO SOBRE QUAL AÇÃO LITISPENDENTE DEVE PROSSEGUIR. DATA DE NOMEAÇÃO DO INVENTARIANTE. IMPOSSIBILIDADE. INSEGURANÇA JURÍDICA E AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

DEFINIÇÃO A PARTIR DA DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 59 E 312 DO CPC/15. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. [...]. (STJ - REsp: 1739872 MG 2018/0109094-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2018).

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA. 1. Trata-se de ação de execução de alimentos, que por sua natureza já exige maior celeridade, esta inclusive assegurada no art. 1º, c/c o art. 13 da Lei n. 5.478/1965. Logo, mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório. O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase que mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação. 2. O Código de Processo Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha que pode gerar responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa. 3. A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juízes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente. 4. A responsabilidade do Estado pela lesão à razoável duração do processo não é matéria unicamente constitucional, decorrendo, no caso concreto, não apenas dos arts. 5º, LXXVIII, e 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também do art. 186 do Código Civil, bem como dos arts. 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente e aplicável à época dos fatos), dos arts. 35, II e III, 49, II, e parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, por fim, dos arts. 1º e 13 da Lei n. 5.478/1965. 5. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema. 6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença. (STJ - REsp: 1383776 AM 2013/0140568-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 06/09/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2018).

Constata-se que a morosidade provocada pelo judiciário ocorre principalmente devido ao descaso que o Estado possui com esse Poder, o qual carece no fornecimento de recursos financeiros suficientes para que possam conseguir manter o controle das demandas que recebem. É dever do Estado garantir a efetividade do judiciário, o qual será alcançado por

meio do fortalecimento de recursos nos tribunais desde a contratação de mais servidores, como no incentivo ao uso da mediação como resolução de conflitos.

Em conformidade com o entendimento de Rui Stocco (2004, p.1023):

A tardia entrega da prestação jurisdicional, ou seja, a demora no julgamento definitivo das causas submetidas ao Poder Judiciário traduz, sem possibilidade de disceptação, má atuação do Judiciário, seja em razão da falta de aparelhamento, carência de juízes ou de recursos, legislação anacrônica e outras causas. (STOCCO, 2004).

A análise que o autor realizou referente a situação do judiciário na prestação dos serviços em 2004 não foge da realidade atual do Tribunais, pois ainda conseguimos presenciar que essa morosidade faz com que os magistrados percam o controle das demandas que chegam, fazendo somente o trabalho acumular.

Sendo assim, é importante que o Estado invista no estímulo do jurisdicionado a recorrer aos meios alternativos para solucionar seu conflito. De acordo com a resolução do CNJ nº 125/2010 é dever que seja estimulado o uso dos mecanismos de mediação e conciliação nas lides, no qual não só os juízes devam investir, mas também o próprio advogado deva ter essa consciência.

Percebe-se que a autocomposição é o meio mais efetivo para processos de inventário, pois os herdeiros estarão em momento de luto pela perda de um ente querido. Sendo assim, o ambiente familiar por si só já costuma ser conflituoso, a demora na conclusão desses processos só acabaria dificultando as relações entre os herdeiros.

Com isso, faz-se necessário a mudança de mentalidade com a finalidade de aumentar as buscas por meios alternativos de resolução de conflitos e assim abandonar a cultura da judicialização, tendo o Poder Judiciário como o último meio de solução.

4 A EFETIVIDADE DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE SATISFAÇÃO DO JURISDICIONADO

Com o congestionamento do Poder Judiciário, surgiu a relevância de se buscar medidas que demonstrem formas as quais podem ser adotadas afim de tornar mais célere o processo de inventário evitando danos ao jurisdicionado.

A desjudicialização é o fenômeno que consiste no deslocamento de demandas judiciais para a via extrajudicial, a qual as partes terão a liberdade em escolher a forma que irão resolver seu problema. No processo de inventário a desjudicialização é aplicada na utilização do inventário extrajudicial, no qual será realizado em cartório de registro de pessoas naturais

competente.

O Código de Processo Civil de 1973 no seu art. 982, trazia o inventário judicial como única forma do herdeiro realizar a partilha de bens do de cujus. Essa modalidade deveria ser adotada mesmo se todos os herdeiros fossem capazes. Em 2007 foi instaurada a Lei 11.441 que fez alterações no Código de Processo Civil. Essa Lei foi responsável em garantir uma segunda opção na transferência dos bens nos casos de herança, podendo agora ser feita em cartório por escritura pública.

No Código de Processo Civil de 2015 o inventário é regulamentado no art. 611 da seguinte forma:

Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou requerimento da parte. (BRASIL, 2015).

Segundo o entendimento de Zeno Veloso (p.397, 2009):

Não há nenhum exagero ao afirmar que a Lei nº 11.441/2007 é de extrema importância, introduziu um avanço notável, representa verdadeiro marco no direito brasileiro, porque faculta aos interessados adotar um procedimento abreviado, simplificado, fora do Poder Judiciário, sem burocracia, sem intermináveis idas e vindas. O cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar. (VELOSO, 2009).

Em conformidade com a perspectiva do autor, a alteração que essa lei trouxe para o CPC foi considerada um avanço normativo que acabou proporcionando outros meios mais céleres para a solução de conflitos presentes em inventários, no qual não seria mais necessário passar anos esperando na fila do judiciário para garantir seus direitos.

O inventário extrajudicial trouxe diversos benefícios para o jurisdicionado, pois tornou o procedimento de inventário mais rápido, no qual o jurisdicionado já recebia prazo de entrada de requerimento e de saída para receber sua certidão. Isso proporcionou que danos morais como transtornos, constrangimentos e desavenças com os demais herdeiros fossem evitados.

Além disso, a alteração na normativa de inventários buscou facilitar também os trâmites do pagamento dos impostos referentes aos emolumentos. De acordo com a resolução nº 452/2022 agora não será mais necessário a movimentação de todos os herdeiros para que esses valores fossem depositados, com a alteração será nomeado apenas um

inventariante que ficará responsável por isso. Veja a seguir:

Art. 1º Alterar o art. 11 da Resolução CNJ nº 35/2007, que passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

§ 1º O meeiro e os herdeiros poderão, em escritura pública anterior à partilha ou à adjudicação, nomear inventariante.

§ 2º O inventariante nomeado nos termos do §1º poderá representar o espólio na busca de informações bancárias e fiscais necessárias à conclusão de negócios essenciais para a realização do inventário e no levantamento de quantias para pagamento do imposto devido e dos emolumentos do inventário.

§ 3º A nomeação de inventariante será considerada o termo inicial do procedimento de inventário extrajudicial.”

Essa resolução trouxe inovações para o jurisdicionado, pois marca a desburocratização do inventário, já que uma das maiores causas para a demora do andamento dos processos em cartório era a falta de organização dos herdeiros. (NOTORIAL, 2022).

Em 2021 consonante com a reportagem da Agência Brasil, diversas pessoas passaram a procurar cartórios para realizar a averbação da escritura pública dos seus inventários. Veja a reportagem abaixo:

O número de inventários feitos em cartórios de notas de todo o país registrou aumento de 40% em 2021 na comparação com 2020, primeiro ano da pandemia de covid-19. [...] Dados do CNB/CF mostram ainda que o número de inventários realizados em 2021 foi 88,7% maior na comparação com média de atos praticados entre os anos de 2007 a 2020. (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Além da celeridade, o procedimento do inventário extrajudicial também foi responsável em evitar os riscos de contágio durante a pandemia da covid-19, já que muitos cartórios adotaram o procedimento virtual para que fossem anexadas as documentações e a entrada na prenotação. De acordo com a reportagem da Agência Brasil a Presidente do CNB/CF Giselle Oliveira de Barros afirmou que o meio virtual adotado pelos cartórios facilitou a vida de muitas pessoas que ainda estavam com medo do risco de contaminação da covid.

A crise sanitária causada pelo novo coronavírus e seu consequente aumento no número de óbitos no país é um fator determinante para o crescimento dos inventários em cartórios de notas. Agora também a possibilidade de que seja feito de forma virtual, ao contrário do modelo presencial da via judicial, é um diferencial para muitas pessoas que ainda seguem tomando as precauções relacionadas ao distanciamento social. (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Deste modo, fica notório que a desjudicialização é necessária para a celeridade dos

processos. A adoção de novos meios de efetivar cada vez mais a via extrajudicial permite que mais pessoa busquem essas alternativas, fazendo com que o Judiciário tenha um alívio na quantidade de demandas.

Consoante ao entendimento de Watanabe (p.12-13, 2011):

Uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais.[...]. E assistiremos, com toda certeza, à profunda transformação do nosso país que substituirá a “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação” [...]. (WATANABE, 2011).

Com isso, entende-se que a desjudicialização do processo de inventário foi algo inovador e que trará muitos benefícios não só para as partes interessadas, como também para o próprio sistema judiciário.

Sendo assim, é notório que o sistema multiportas possui mais efetividade na realização dos processos de inventário, pois são mais céleres, causam menos sofrimento aos herdeiros no tempo de espera, porque diferentemente do judiciário, nos cartórios existem prazos já determinados para as prenotações e finalizações com o pagamento das taxas de emolumentos.

Nesse meio de solução de conflito as partes podem determinar como será realizado o processo e qual decisão terá ao final. De acordo com entendimento de Lara (p. 517, 2016):

independência significa que o mediador deve atuar com liberdade, sem pressões externas ou internas, podendo conduzir o procedimento da maneira como julgar mais conveniente. A imparcialidade consiste no dever de agir sem favoritismos ou inclinações para uma ou outra parte. A confidencialidade é o dever de manter o sigilo de todas as informações obtidas no procedimento, salvo autorização de ambas as partes ou da ordem pública e das leis. Ainda, o mediador não pode atuar como advogado de uma das partes e nem como testemunha do caso. A mediação também deve ser regida pelos princípios da oralidade e informalidade, uma vez que se trata de um procedimento sem regras fixas predefinidas, podendo as partes, no exercício da autonomia da vontade, definir as próprias regras procedimentais (art. 166, § 4º). Por fim, os mediados devem tomar decisões devidamente informados das consequências e das particularidades do caso, de modo a manifestar um consentimento livre de vícios.

O sistema multiportas deve caminhar junto com o procedimento de inventário, pois a desjudicialização é responsável por integrar os sucessores em um procedimento que requer menos burocracia e com mecanismos que facilitam até mesmo o pagamento das suas custas.

De acordo com o Portal Migalhas as serventias públicas tiveram um papel muito importante no sistema multiportas:

Figurando como delegatárias de serviços públicos, as serventias extrajudiciais se consolidaram, a partir do disposto no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, como coprotagonistas do sistema de justiça em um paradigma democrático, estando credenciadas a desempenhar atividades até então centralizadas no Poder Judiciário e contribuindo, assim, para a evolução do fenômeno da desjudicialização e para a consolidação da Justiça Multiportas em nosso país.

Reconhecendo a atualidade e a relevância do tema, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou, em sua mais recente edição, realizada em março de 2022, enunciado tratando do assunto, com o seguinte texto:

Enunciado 707 - (art. 3º, § 3º; art. 151, caput, parágrafo único, da lei 14.133/2021) A atuação das serventias extrajudiciais e dos comitês de resolução de disputas (dispute boards) também integra o sistema brasileiro de justiça multiportas. (Grupo: Práticas não jurisdicionais de solução de conflito). (PORTAL MIGALHAS, 2022).

O sistema de serventias públicas facilitou os processos extrajudiciais, tendo como consequência a celeridade para o jurisdicionado e o alívio nas demandas no judiciário.

Diante disso, a desjudicialização trouxe diversos benefícios ao jurisdicionado, desde evitar conflitos com os demais herdeiros, como também facilitar a organização dos sucessores, nos quais não precisariam ter acordo mútuo para fazer as movimentações dos impostos para a realização do inventário, além do prazo já determinado para a conclusão dos procedimentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho surgiu devido à insatisfação com o aumento das demandas de inventário no poder judiciário, apesar da existência de uma opção mais rápida e vantajosa para os cidadãos, que é o inventário extrajudicial previsto no Código de Processo Civil e em resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral demonstrar que o inventário extrajudicial é mais benéfico para o jurisdicionado, tanto em questões financeiras quanto sentimentais. Constata-se, portanto, que este objetivo foi alcançado, pois a Resolução 452/2022 do CNJ facilitou a organização dos herdeiros para o pagamento de impostos e emulmentos, além de que a rapidez desse processo diminui o risco de conflito entre os parentes.

Além disso, o objetivo específico inicial era de demonstrar a importância do direito sucessório, bem como fazer uma comparação da aplicabilidade do inventário judicial e extrajudicial no dia a dia das pessoas. Certamente, esse propósito foi atingido, tendo em vista

que o primeiro tópico descreveu sobre o histórico do inventário e sua importância para a regularização dos bens do de cujus, bem como foram devidamente abordados seus procedimentos judiciais e administrativos.

O segundo objetivo específico era demonstrar que o inventário judicial é o menos vantajoso para o jurisdicionado. Nesse sentido, constatou-se que a via judicial causa transtornos emocionais ao cidadão, uma vez que a morosidade do sistema gera conflitos entre os familiares, além das perdas patrimoniais decorrentes dessa demora.

O terceiro e último objetivo específico era demonstrar que a desjudicialização da demanda de inventário é mais eficaz na prática e possui grandes benefícios aos seus optantes. Isso foi devidamente constatado, uma vez que o Código de Processo Civil, bem como as resoluções do CNJ facilitaram esse procedimento administrativo.

A pesquisa partiu da hipótese de que o cidadão busca o poder judiciário para evitar o pagamento dos emolumentos em cartório e que acaba optando por uma opção desvantajosa a longo prazo, pois a desjudicialização desse processo tem a finalidade de garantir meios mais vantajosos para os sucessores, sendo este mais célere e com menos burocratização.

Dessa forma, não há dúvidas de que o poder judiciário está superlotado de casos dessa natureza por falta de esclarecimento quanto a celeridade e benefícios que a forma administrativa pode proporcionar a todas as partes.

Além disso, percebe-se que essa conduta pode mudar com o decorrer dos anos, considerando até mesmo que durante a pandemia do Covid 19 mais pessoas buscaram essa forma de realizar partilha de forma amigável e sem precisar socorrer ao sistema judiciário de justiça.

Destaca-se que no presente trabalho foi adotada a metodologia de pesquisa bibliográfica: com base em livros, artigos acadêmicos, sites oficiais do Governo Federal; empírica: por meio de resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Constituição Federal e legislações específicas brasileiras; empírica: com análise de jurisprudências pertinentes ao tema. Logo, a adoção dessa metodologia foi perfeitamente aplicável ao presente estudo pela riqueza de debates quanto ao tema.

Por fim, em caso de eventuais pesquisas sobre esse tema, recomenda-se avaliar o papel da Defensoria Pública do Estado sobre a disseminação de informações sobre vantagens do inventário extrajudicial para os cidadãos, bem como avaliar se essa instituição ajuda a combater a excessividade de demandas judiciais nessa questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 outubro de 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL. **Portaria Nº 4.917/2022**. Tabela De Taxas Judiciárias, Custas Judiciais E Despesas Processuais. Belém, PA, 2022. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=1236323>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

BRASIL. **Provimento Nº 11/2022 – CGJ**. Tabela de Emolumentos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=1228245>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

BRASIL. **Resolução nº 35/CNJ**. Disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>. Acesso: 28 de maio de 2022.

BRASIL. **Resolução nº 125/CNJ**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso 12 abril de 2023.

BRASIL. **Resolução Nº 452**. Altera a Resolução CNJ n. 35, de 24 de fevereiro de 2007. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4503>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

CAMPOS, Ana Cristina. **Cartórios registram aumento de inventários em 2021**. Brasília: Agência Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/202203/cartorios-registram-aumento-de-40-nos-inventarios-em-2021>. Acesso em: 12 de março de 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Vol. Único. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. Vol. VII. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil- Vol. 7-Direitos das sucessões - 6ª edição 2019**. Saraiva Educação SA, 2019.

JUSBRASIL. STJ - REsp: 1739872 MG 2018/0109094-0. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso: 12/04/2023.

JUSBRASIL. STJ - STJ - REsp: 1383776 AM 2013/0140568-8. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso: 12/04/2023.

JUSBRASIL. TJ-CE - AI: 06211181420188060000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso: 12/04/2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 como Emenda nº 1º de 1969**. Tomo V.3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIGALHAS. O papel das serventias extrajudiciais na justiça multiportas a partir do enunciado 707 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Portal Migalhas, 22 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/364357/o-papel-das-serventias-extrajudiciais-na-justica-multiportas>. Acesso: 12/05/2023.

MIGALHAS. Valor de inventário extrajudicial no RJ aumenta mais de 1.000%. Portal Migalhas, 24 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380461/valor-de-inventario-extrajudicial-no-rj-aumenta-mais-de-1-000>. Acesso: 12/05/2023.

NOTORIAL. Valor-CNJ muda regra e cartórios preveem “inventário a jato”. Colégio Notarial do Brasil Conselho Federal, 03 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/valor-cnj-muda-regra-e-cartorios-preveem-inventario-a-jato/#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20CNJ%20n%C2%BA,impostos%20do%20invent%C3%A1rio%2C%20entre%20outros>. Acesso: 12/05/2023

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 25.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 439.

PAINEL CORONAVÍRUS. Coronavírus Brasil, 2023. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 09/07/2022.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Sucessões** – v. 6, 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020, p. 3.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forensey. 6. p. 576.2019.

VELOSO, Zeno. **Lei 11.441/2007 – Aspectos práticos da Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**. Informativo do Colégio Notarial do Brasil – seção São Paulo – Ano XI – n. 131 novembro – 2009. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=397>. Acesso em: 18/01/ 2021.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: PELUZO, Antônio Cezare; RICHIA, Morgana de Almeida (Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011..

ALCANÇANDO UMA JUSTIÇA FEMINISTA: ANÁLISE DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO À LUZ DA ODS 5

Achieving feminist justice: analysis of the gender perspective in the judiciary in the light of
SDG 5

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	11/07/2023

Ester Silva Sales¹
Tamise Pessoa Damasceno²
Ana Elizabeth Neirao Reymão³

RESUMO

Norteados pela necessidade de promoção da igualdade de gênero proposta pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 (ODS 5), o presente artigo objetiva destacar a importância de os tribunais judiciais brasileiros adotarem suas decisões sob a perspectiva de gênero, como propõe o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para tal, analisa decisões dos 27 tribunais estaduais brasileiros para identificar se eles estão decidindo e implementando uma perspectiva de gênero nas decisões em suas jurisdições. O estudo é descritivo, de abordagem quantitativa e qualitativa, a qual incluiu a análise de artigos científicos, protocolos, recomendações e legislações acerca do tema. Foi efetuado um levantamento nos bancos de sentenças em 1º e 2º grau disponíveis nos sites oficiais desses tribunais na Internet e os resultados apontam para uma pequena quantidade de decisões com Perspectiva de Gênero, concentrada em São Paulo e no Rio de Janeiro, sendo a expressiva maioria na esfera criminal. Observou-se uma falta de uniformidade na aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero nos tribunais, fazendo-se necessário investimentos em capacitação e treinamento de magistrados para a correta aplicação desse instrumento. Sugere-se que os tribunais brasileiros adotem uma abordagem mais crítica e reflexiva em relação à perspectiva de gênero, promovendo uma justiça mais igualitária e democrática, promovendo políticas públicas em favor da igualdade de gênero, indo ao encontro do proposto pelo ODS 5.

Palavras-chave: Perspectiva de gênero; feminismo; judiciário; ODS; protocolo de julgamento.

ABSTRACT

¹ Graduanda em Direito (CESUPA).

² Graduanda em Direito (CESUPA).

³ Economista (UFPA), Doutora em Ciências Sociais (UnB), Mestre em Economia (UNICAMP). Professora do PPGD CESUPA e da Faculdade de Economia da UFPA. Líder do grupo de pesquisas CNPq MinAmazônia (Políticas Públicas e ODS na Amazônia).

Guided by the need to promote gender equality as proposed by Sustainable Development Goals 5 (SDG 5), this paper aims to highlight the importance of Brazilian judicial courts basing their decisions on a gender perspective, as proposed by the Gender Perspective in Judgments Protocol of the National Council of Justice (CNJ). To achieve this, it analyzes decisions from the 27 Brazilian state courts to identify if they are deciding and implementing a gender perspective in their jurisdictions. The study is descriptive, with a quantitative and qualitative approach, which includes the analysis of scientific articles, protocols, recommendations, and legislation on the subject. A survey was conducted on the databases of first and second instance verdicts available on the official websites of these courts, and the results indicate a small number of decisions with a gender perspective, concentrated in São Paulo and Rio de Janeiro, with the vast majority in the criminal sphere. There was a lack of uniformity in the application of the Gender Perspective in Judgments Protocol in the courts, necessitating investments in training and education of judges for the proper implementation of this instrument. It is suggested that Brazilian courts adopt a more critical and reflective approach regarding the gender perspective, promoting a more equitable and democratic justice system, and advancing public policies in favor of gender equality in line with SDG 5.

Keywords: Gender perspective; feminism; judiciary; SDG; judging protocol.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, historicamente, é um país alicerçado em diferentes níveis de desigualdades sociais e econômicas, sob um prisma de uma cultura elitista e marcada pelo recorte racial e de gênero, fruto de um passado escravocrata e machista que se reverbera por gerações (MANTA; RODRIGUES, 2022). Nesse contexto, é de grande importância a promoção do debate sobre igualdade entre os desiguais em distintas esferas sociais, políticas e econômicas.

A estrutura patriarcal se estabelece como um sistema de dominação que perpetua a desigualdade e a subordinação das mulheres, consideradas “inferiores”. Essa dinâmica desigual de poder é alimentada por uma série de elementos, incluindo normas sociais, estereótipos de gênero arraigados, discriminação e a naturalização de comportamentos. Desta forma, relações de poder assimétricas e desproporcionais que refletem e reforçam uma estrutura social que coloca as mulheres em uma posição de vulnerabilidade e subordinação.

Nesse contexto, a discussão sobre gênero e violência contra mulheres ganhou espaço jurídico com a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) e com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais. Posteriormente, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) fortaleceu a estrutura das DEAMs, garantindo a implementação de políticas públicas voltadas para o combate à violência contra a mulher e reforçando a importância dessas delegacias especializadas no atendimento às vítimas.

Insta salientar que a Lei Maria da Penha, assim chamada em homenagem à sua principal defensora e sobrevivente de violência doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes, surgiu como uma resposta às alarmantes taxas de violência de gênero no Brasil. Promulgada em 2006, a lei representa um marco nos esforços do país para combater a violência contra as mulheres.

Sua importância reside no fato de que ela proporciona proteção legal abrangente e apoio às mulheres vítimas de violência doméstica, estabelecendo mecanismos de prevenção, punição e assistência às vítimas. Além disso, a Lei Maria da Penha contribui para a conscientização sobre os direitos das mulheres e para a mudança de paradigmas culturais que toleram a violência de gênero. Embora seja inegável o avanço representado pela promulgação dessa legislação no combate à violência de gênero no Brasil, essa iniciativa estatal revela, ainda, uma postura reativa, marcada pela pressão internacional e pela necessidade de cumprir compromissos internacionais assumidos pelo país. Faz-se necessário avançar muito para superar as desigualdades.

Dentre esses compromissos, estão os da Agenda 2030 e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), conforme Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2015. Os 193 países-membros da Organização propuseram implementar políticas públicas para a proteção das necessidades básicas de justiça social, sintetizadas em 17 ODS.

O ODS 5 é alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas até 2030. Suas metas envolvem acabar com todas as formas de discriminação contra mulheres e meninas (meta 5.1); eliminar todas as formas de violência contra mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos (meta 5.2); eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas (meta 5.3); reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado (meta 5.4); garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública (meta 5.5); assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos (meta 5.6); realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos (meta 5.a); aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres (meta 5.b); e adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis (meta 5.c).

São muitas discriminações de gênero a serem enfrentadas, algumas também presentes no judiciário, como a sub-representação das mulheres em cargos de poder e a aplicação de estereótipos de gênero nos processos de tomada de decisão. Assim, faz-se necessária a adoção de uma perspectiva de gênero no âmbito do sistema, uma vez que as decisões e práticas nesse âmbito reproduzem e perpetuam as desigualdades existentes. Com isso, estudos acadêmicos e relatórios têm apontado para uma diversidade de obstáculos que as mulheres ainda enfrentam para que o direito de acesso à justiça seja efetivado (ONU MUJERES, 2011; CIDH, 2007; VARGAS, 2011).

Nesse sentido, as metas globais do ODS, principalmente o Objetivo 5, têm ganhado destaque ao abordar desigualdades no âmbito judicial. As metas que o abrangem vão ao encontro da promoção de um ambiente jurídico igualitário, com uma garantia de acesso igualitário à justiça e a implementação de políticas e práticas que combatam a discriminação de gênero.

Visando esse direcionamento para julgamentos com perspectiva de gênero, diversos países como México, Chile, Uruguai e Colômbia estão trabalhando em protocolos, guias e cartilhas, de modo a estabelecer parâmetros e orientações. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero com o objetivo de orientar magistrados a considerar essa perspectiva em suas decisões. Buscando a equidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também tem fomentado discussões relevantes e atuais sobre o tema, como a promoção do “Seminário Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: teoria e prática” realizado em março de 2023, bem como fixado teses de julgamento com perspectiva de gênero nas edições n. 209 e 210 das Jurisprudências em Teses publicadas em abril de 2023.

Observa-se que a adoção da perspectiva de gênero pelo sistema judiciário é de fundamental importância para promover a igualdade, a justiça e o respeito aos direitos humanos. Ao incorporar essa perspectiva, o judiciário reconhece a existência das desigualdades de gênero e se compromete a combater a discriminação e o tratamento diferenciado baseado no gênero. Isso implica em considerar as experiências, as necessidades e as realidades das mulheres, bem como de outras identidades de gênero, em todas as etapas do processo judicial, facilitando e garantindo o acesso à justiça e combatendo estereótipos e preconceitos que possam influenciar negativamente as decisões.

Diante do contexto e da contemporaneidade da temática, o presente artigo tem como objetivo destacar a importância de os tribunais judiciários brasileiros pautarem suas decisões sob a perspectiva de gênero, como propõe o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de

Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para tal, analisa decisões dos 27 tribunais estaduais brasileiros, buscando responder o seguinte problema da pesquisa: “esses tribunais estão decidindo e implementando uma perspectiva de gênero nas decisões de 1º e 2º grau de suas jurisdições?”.

As decisões judiciais são um instrumento de resolução de litígios mediante a aplicação de normas gerais a um caso individual, representando o posicionamento do judiciário no processo. Elas revelam escolhas, que vão além da escolha da norma jurídica aplicável, de validade das normas, de problemas gerados por lacunas e antinomias. “A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional”, lembra-nos Carlos Alberto Direito (2001, p. 49).

Por meio da identificação e análise das decisões judiciais, busca-se compreender de que forma a implementação do protocolo influencia o tratamento dado aos casos de violência de gênero, considerando aspectos como a identificação de estereótipos de gênero, a garantia dos direitos das vítimas e a promoção da igualdade de gênero.

O estudo é descritivo, de abordagem quantitativa e qualitativa. Como fontes de informação, foram utilizados artigos científicos, protocolos, recomendações e legislações acerca do tema, além do banco de sentenças disponibilizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais em seus sítios eletrônicos oficiais na Internet. A coleta dessas decisões foi efetuada utilizando como palavras-chaves: “machismo, feminismo, sociedade machista, sociedade patriarcal, sexismo, misoginia e patriarcado”. As decisões foram mapeadas no programa Excel em formas de linhas e lacunas, constando o *link* da decisão no sítio eletrônico e as seguintes informações referentes à coleta: número do processo, ano da publicação, 1º ou 2º grau, palavra-chave de busca, assunto da ementa, tema da ementa e se o relator da ementa/decisão/sentença é uma mulher.

O artigo está dividido em quatro seções. Após essa introdução, a seção dois discute gênero e relações de poder sob a ótica feminista. Será explorada a compreensão das dinâmicas de poder que permeiam as relações entre homens e mulheres, bem como a intersecção dessas desigualdades com outras formas de discriminação, como raça, classe social e orientação sexual. A análise se baseará em teorias feministas e estudos de gênero, com o objetivo de fornecer uma visão crítica e abrangente das estruturas sociais e culturais que perpetuam a desigualdade de gênero.

Na seção seguinte, o foco é a atuação jurisdicional com perspectiva de gênero, destacando a importância da igualdade de gênero em conformidade com o ODS 5 e o

Protocolo do Conselho Nacional de Justiça. Será examinado o papel do sistema judiciário na promoção da igualdade de gênero, tanto em sua estrutura interna quanto em suas decisões e práticas. Serão explorados os desafios enfrentados na implementação de uma perspectiva de gênero na esfera jurídica, bem como as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção dos direitos das mulheres.

2 GÊNERO E RELAÇÕES DE PODER SOB A ÓTICA FEMINISTA

Conforme expresso por Beauvoir (1949) na obra “O Segundo Sexo”, a afirmativa de que “ninguém nasce mulher; torna-se mulher” transcende a mera designação do sexo feminino ao apontar para a imposição de uma variedade de características que extrapolam a esfera biológica. Essa declaração enfatiza que a condição de ser mulher não está intrinsecamente determinada pela biologia, mas sim ligada a uma identidade forjada socialmente e culturalmente. Assim, ao longo do curso de suas vidas, as mulheres são inseridas em um intrincado conjunto de normas, valores e expectativas de gênero que modelam suas experiências e possibilidades. Essas características socialmente atribuídas abrangem, por exemplo, a concepção de delicadeza, submissão, cuidado com os outros e interesse por atividades domésticas.

Teorias feministas, por sua vez, têm colaborado para transformar a posição da mulher na sociedade diante da constante luta pelos direitos que as pertencem em um conjunto de práticas discursivas voltadas à resistência aos pressupostos da cultura masculina dominante (MORRISON, 2006) voltadas à garantia de direitos às mulheres, perpassando na evolução histórica por três ondas: feminismo liberal, gêneros/polarização masculino-feminino e diversidade (CALIL; MARKMAN, 2020).

A primeira onda do feminismo teve seu marco inicial no final do século XIX e início do século XX com influências de ideais liberais, no qual não se discutia a superioridade das mulheres sobre os homens, mas sim acerca dos mesmos direitos a todos, como condições de trabalho e igualdade salarial.

A segunda onda, nas décadas de 1960 e 1970, direcionou-se para a conquista de direitos sociais, abordando questões como igualdade no local de trabalho, acesso à educação e controle sobre o próprio corpo. Essa fase foi caracterizada pelo feminismo de massa e por movimentos como o feminismo radical e o feminismo liberal. Destaca cenários onde mulheres são vítimas de opressões sofridas por seu companheiro, trazendo uma nova concepção de

mulher reflexiva, que busca os seus direitos e valores que lhes foram negados por um modelo tradicional de ideias machistas (SILVA; CARMO; RAMOS, 2021).

Por fim, a terceira onda do feminismo, surgida na década de 1990 e ainda em andamento, trouxe uma abordagem mais inclusiva, reconhecendo a interseccionalidade e a diversidade de experiências das mulheres. Essa fase enfatizou a desconstrução de estereótipos de gênero, a valorização das vozes marginalizadas e o reconhecimento de outras formas de opressão, como o racismo e a homofobia (LORDE, 2019).

Em um espectro adjacente, os feminismos englobam o conceito de "gênero" referindo-se a características socialmente construídas que são atribuídas a indivíduos com base em seu sexo biológico. No entanto, Butler (2003) apresenta uma perspectiva divergente ao afirmar que o gênero é uma estilização repetida do corpo, sendo um conjunto de atos que se repetem dentro de uma estrutura reguladora altamente rígida, cristalizando-se ao longo do tempo para criar a aparência de uma substância ou uma classe natural de ser. O gênero, então, seria uma construção produzida por relações de poder. Etimologicamente, a palavra "poder" tem origem no latim vulgar "potere", que denota uma palavra ou ação que expressa força, persuasão, controle e regulação.

Na visão de Bourdieu (1989), o poder simbólico faz parte de uma “estrutura estruturada” da sociedade ocidental, impregnada nas entranhas das relações socioculturais implicitamente e subjetivamente, operando sutilmente para dar sentido à existência e à compressão da vida e das estruturas sociais.

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’ (BOURDIEU, 1989, p. 9).

Devido ao fruto de hierarquias sociais, o binômio entre homens e mulheres é atribuído de maneiras diferentes, havendo significados e cargas valorativas distintas. Denominado de patriarcado ou “dominação masculina”, é uma das diversas formas de subordinação que fomenta um sistema machista e misógino decorrente de formas de poder e violência simbólica (BURCKHART, 2017).

Culturalmente, papéis designados às mulheres são associados à vida doméstica, relacionados com cuidados em geral (remunerados ou não), o que historicamente faz com que elas sejam excluídas de espaços de saber-poder, sujeitando-as a postos de trabalhos

precarizados e pouco valorizados. Desta forma, falar sobre os estereótipos de gênero nos sistemas de justiça é analisar a esfera pública como um local predominantemente masculino. As concepções patriarcais podem estar presente nos discursos de juízes e outros operadores do direito, por via de estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero estão presentes de forma interna na cultura e nos sistemas da sociedade (ALMEIDA; LIMA, 2019).

Visto que Bourdieu (1949) defende a ideia de que o homem aprende a lógica da dominação masculina e a mulher absorve essa relação inconscientemente, a repetição é entendida como inerente ao ser humano. Assim, muitas vezes, nós repetimos sem perceber. Nesse sentido, a sociedade, “naturalizando” comportamentos, legitima essa concepção por meio das repetições (BALESTERO; GOMES, 2015). Para além, contudo, o estereótipo da mulher passiva (objeto-coisificada-reificada) na construção social do gênero, divisão que a mantém no espaço privado (doméstico), é o correspondente exato do estereótipo da vítima no sistema penal, por exemplo (ANDRADE, 2005).

A presença da violência doméstica é um reflexo da ampla separação entre os domínios público e privado, resultando em relações de dependência dentro do espaço familiar, especialmente com relação às mulheres e sua subordinação aos homens. Essa realidade é ignorada pelas instituições políticas, perpetuando a marginalização dessas situações dentro do sistema normativo (AGUIAR, 2000).

Ao discutir a posição da mulher na sociedade, é comum deparar-se com preconceitos e estereótipos arraigados em relação à questão feminina, retratando-a como um ser frágil e sensível. A sociedade desempenha um papel ativo nesse processo de subordinação das mulheres, tentando estabelecer a crença de que a atribuição do espaço doméstico à mulher decorre de sua suposta capacidade materna. De acordo com esse pensamento, é considerado natural que a mulher se dedique às tarefas domésticas, incluindo a socialização dos filhos, como se fosse uma característica inerente ao seu papel reprodutivo (SAFIFIOTI, 1987, p. 9).

Sabemos ainda que a desigualdade de gênero opera de maneiras diferentes a depender de marcadores sociais - raça, classe, escolaridade, origem, etnia, deficiência, idade, identidade de gênero e sexualidade. A ideia de que experiências de opressão de gênero variam de acordo com outras formas de opressão foi conceitualizado como interseccionalidade. Assim, para Collins (2017) a interseccionalidade proporciona lentes sugestivas para examinar o que poderia se perder na tradução, em situações de ideias deslocadas entre diferentes comunidades de interpretação, com diferentes níveis de poder.

Diante da subalternização e da subordinação estrutural, tanto de raça como de gênero, a organização social vigente na América Latina revela cenários acerca de realidades

vivenciadas por mulheres negras e indígenas, historicamente deixadas à margem da sociedade (ARAÚJO; MESQUITA SILVA; SILVA-REIS, 2019). Assim, a difusão de feminismos de alcance internacional tem impulsionado a defesa dos direitos humanos das mulheres em contextos regionais e internacionais (PRÁ, 2014), tal como a adoção de gênero como categoria de análise central de visibilidade das relações de poder e dominação (CEDAW, 2015).

Desta forma, o Sistema Internacional de Direitos Humanos adota o gênero como uma A Carta das Nações Unidas de 1945 apresenta, em seu preâmbulo, a fé na igualdade de direito dos homens e das mulheres. Em 1946, surgiu a *Commission on the Status of Women* (CSW) voltada especificamente para tratar de temas relacionados a direitos humanos das mulheres no cenário internacional, fomentando a elaboração da Convenção de Direitos Políticas da Mulheres de 1953 de modo a concretizar o princípio da igualdade (KYRILLOS, 2016), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979).

E apesar da igualdade de direitos entre os sexos estar reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a vivência e experiência cotidiana é outra. As pesquisas relacionadas à violência contra a mulher, sob a perspectiva de gênero, criticaram a ideia de vitimização, que retratava as mulheres como vítimas passivas da dominação masculina. Esses estudos destacaram as ambiguidades presentes nas relações intersubjetivas, reconhecendo a importância de situar a análise dentro do contexto social das configurações de gênero (PONTES, 1986; GREGORI, 1993; SARTI, BARBOSA; SUAREZ, 2006).

Além de considerar as vítimas, as análises incluíram os agressores como sujeitos de estudo, evidenciando os mecanismos sociais pelos quais a violência contra a mulher ocorre e responde a padrões de relações de gênero. Essas análises também apontaram os jogos complexos envolvidos e os deslocamentos de posições nas relações violentas. Estudos etnográficos adicionais revelaram as discrepâncias entre a perspectiva institucional e as razões que levam as mulheres a buscar assistência, bem como a construção do combate à violência a partir de uma perspectiva alheia ao mundo cultural ao qual as ações são direcionadas.

Com destaque, no cenário brasileiro, um dos grandes marcos de enfrentamento à violência de gênero foi marcado pela promulgação da Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. É um dispositivo legal de grande importância por inovar no cenário legislativo, tipificando e definindo a violência doméstica e familiar, além de delinear os desdobramentos para o Direito brasileiro criando uma primeira política pública de gênero no país.

A visibilidade do fenômeno da violência é influenciada pela dimensão de gênero, refletindo as construções sociais das identidades masculina e feminina. Homens adultos são frequentemente sujeitos a violência física em contextos públicos, tanto como agressores quanto como vítimas, enquanto mulheres adultas são mais suscetíveis a agressões físicas e sexuais em situações de violência doméstica. Essa expressão diferenciada da violência, moldada pelas classificações de gênero atribuídas às pessoas e aos espaços sociais, perpetua padrões cristalizados de agressor e vítima (SARTI, 2006).

Além da perspectiva criminológica crítica, que destaca a construção seletiva da criminalidade e a criminalização seletiva, é crucial também enfatizar, seguindo a abordagem da Criminologia feminista, a construção seletiva da vitimação, que muitas vezes não é capturada nas estatísticas. Isso se deve ao fato de que o sistema também distribui de maneira desigual a vitimação e o *status* de vítima, uma vez que a autoria e a vitimização estão intrinsecamente relacionadas dentro da lógica adversarial do sistema de justiça. Reconhecer a autoria implica implicitamente ou explicitamente reconhecer a vitimação. A impunidade, por sua vez, é a contrapartida desse processo.

Assim como a criminalidade, a vitimização também é uma possibilidade que está amplamente presente, porém distribuída de forma desigual, com base em estereótipos de vítimas que operam tanto no senso comum quanto no sistema jurídico. De fato, "a intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a "vítima" quanto sobre a figura do agressor.

Dentro da dicotomia de gênero, é possível identificar facilmente no estereótipo do homem ativo e público mencionado anteriormente as potencialidades do seu próprio oposto, ou seja, o anti-herói socialmente construído como o criminoso, que é considerado ainda mais perverso quanto mais temida é a narrativa de sua desviação. Da mesma forma, é possível identificar na mulher confinada ao espaço privado os atributos correspondentes ao estereótipo da vítima, como a modéstia e os requisitos associados (ANDRADE, 2005).

Sob este viés, abarcando identidades, atributos e papéis distintos sob o prisma de estereótipos, a adoção de julgamento com uma perspectiva de gênero é uma pauta relevante ao que tange a busca pela eliminação de discriminações em decisões judiciais, sendo pauta de discussão na próxima seção.

3 ATUAÇÃO JURISDICIONAL COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Visualizar a temática do julgamento com perspectiva de gênero em uma visão macro traz à tona discussões acerca de hermenêutica e argumentação jurídica do julgador, pois constrói-se com razões a partir da valoração contextual tanto dos fatos quanto das provas produzidas (AZEVEDO, 2023).

De mesmo modo, a atuação jurisdicional mais centrada em discussões sociais vão além dos códigos e normas, havendo uma necessidade inerente à dignidade humana sob égide da existência de preceitos fundamentais, levando em consideração, em casos em que a mulher é a figura central de uma decisão judicial, a construção social daquela sociedade. Pensamentos e crenças perpetuadas sem questionamentos, visões centradas partindo de pressupostos sexistas refletem diretamente nas discussões praticadas por julgadores, sem discricionariedade. Questiona-se, ainda, o judiciário por um viés feminista com capacidade de trazer para a pauta: equidade, humanidade e respeito.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 255/2018, tem implementado diversos mecanismos para impulsionar a equidade de gênero, objetivando estabelecer um maior vínculo de participação feminina em todas as esferas do judiciário, como participação em cargos de chefia, assessoramento, composição de bancas de avaliação em concursos, dentre outros. Esta conduta é realizada em consonância com base na Meta 09 objetivando integrar a agenda de 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) ao judiciário.

A primeira nomeação feminina realizada pelo STJ ocorreu em 1999, resultando na nomeação de Eliana Calmon para o cargo de Ministra (SARAIVA, 2015). Já a ocupação de uma mulher como presidente do Superior Tribunal de Justiça só ocorreu no biênio 2020-2022, quando a Ministra Maria Cristina Peduzzi exerceu a conquista deste espaço.

Estes fatos exemplificam a importância desta política de efetivação de pleito com perspectivas de gênero, haja vista que deve ser enxergada a importância da problematização das estatísticas referentes ao déficit de mulheres pertencentes nesses ambientes ao longo dos anos, a fim de que se tenha reversibilidade do quadro atual.

No que tange ao impacto de mulheres no judiciário, é possível identificar que mesmo que a quantidade de magistradas tenha aumentado, ainda se tem pouca representatividade dessa categoria em funções de poder. Esta conjuntura se torna extremamente negativa em razão de não trazer muitas referências para as futuras gerações e isso se estende ainda mais quando adentrarmos no mérito de raça, classe e orientação sexual. Partindo de uma visão de oportunidades, é importante indagar: quantas das mulheres que ocupam cargos no judiciário

são negras? Quais vieram de uma realidade social distinta da maioria da elite que ocupa os altos cargos? Quantos magistrados LGBTQIA+?

Entre 2019 a 2020, o percentual de negros e negras que ocupavam cargos no judiciário era de 21%, enquanto que dentro dessa porcentagem, 16,3% eram juízas substitutas e 11,2% eram juízas titulares. Englobando outros cargos do judiciário, como servidoras, servidores, estagiários e estagiárias, totalizando um percentual de 31% de negros e negras (CNJ, 2021). Outrossim, com relação aos segmentos de justiça em questão de raça, totalizam 2% na Justiça do Trabalho, 1% na Justiça estadual, 2% na Justiça Federal e 2% em outros (CNJ, 2018).

O perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros identificou, também, com relação à escolaridade de mãe e pai, que o percentual de juízes que possuem genitores(as) sem escolaridade formal é de 4% respectivamente. Já o quantitativo de magistrados com familiares na magistratura, de acordo com período de ingresso na carreira, é de 20%. Outras carreiras do direito, 51% (CNJ, 2018). Ademais, em 2014, 122 dos 10,7 mil juízes e juízas declararam ter união estável homoafetiva, o que se soma em um total de 1,1% de magistrados e magistradas LGBTQIA + (CNJ, 2014).

Esta análise é importante para traçar um perfil de quem são os magistrados e em como as suas tomadas de decisão projetam a realidade na qual estes experienciaram durante toda a sua vida e trajetória profissional, ou seja, se a maioria jamais enfrentou de perto problemáticas sociais que perpassam por raça e gênero, torna-se difícil fazer qualquer deliberação partindo de uma premissa que se enquadre com a conjuntura das pessoas que postulam como parte nos processos julgados por eles.

Fazendo uma correlação com a violência de gênero, o seu conceito parte de um ponto relacionado a comportamentos e padrões sociais, que atribuem ao feminino uma posição de inferioridade ou de capacidade reduzida, motivo pelo qual se instaura a rotulação de estereótipos que podem legitimar, naturalizar e ocultar violências (KEMMELEMEIER ; PASQUALETO, 2021).

Diante das informações apresentadas, é fácil notar que, apesar do aumento da presença de mulheres no judiciário, a representatividade ainda é insuficiente, especialmente quando consideramos a interseccionalidade de raça, classe e orientação sexual.

Ao indagarmos sobre a presença de mulheres negras, originárias de realidades sociais diferentes da elite que ocupa os cargos mais altos, assim como a quantidade de magistrados LGBTQIA+, constatamos a existência de desigualdades significativas. Os dados mostram que apenas uma parcela pequena de negros e negras ocupa cargos no judiciário, destacando-se a baixa representatividade nos diferentes segmentos da justiça.

Essa abordagem é fundamental para promover a equidade na justiça e torná-la capaz de se adequar à realidade das mulheres. Uma análise baseada nas vivências e experiências das mulheres é crucial para compreender e abordar as situações que afetam essa classe social de forma apropriada. Somente alguém que tenha sensibilidade e vivenciado as circunstâncias do sistema judiciário como membro e vítima pode realizar uma análise minuciosa dessas questões.

3.1 ODS-5 E PROTOCOLO DO CNJ: A IMPORTÂNCIA DA IGUALDADE DE GÊNERO

Desta forma, alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas até 2030 é o quinto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS), adotado por todos os Estados-Nações, membros da ONU. A Agenda 2030 propõe um compromisso de desenvolvimento por um caminho sustentável.

Sob o prisma do ODS 5, nove metas globais que o compõem dão conta da quase totalidade das dimensões mais relevantes da desigualdade de gênero. Assim, as metas cobrem desde temas clássicos, como a violência (meta 5.2) ou a saúde reprodutiva (meta 5.6), até temas relativamente novos, como a igualdade no acesso às tecnologias da informação (meta 5.b) e a efetividade do arcabouço específico de políticas de redução das desigualdades de gênero (meta 5.c) (MOSTAFA, 2019).

São estas:

META	DEFINIÇÃO
5.1	Eliminar todas as formas de discriminação de gênero, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as meninas e mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.2	.Eliminar todas as formas de violência de gênero nas esferas pública e privada, destacando a violência sexual, o tráfico de pessoas e os homicídios, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.3	Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos e uniões precoces, forçados e de crianças e jovens, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.4	Eliminar a desigualdade na divisão sexual do trabalho remunerado e não remunerado, inclusive no trabalho doméstico e de cuidados, promovendo maior autonomia de todas as mulheres, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da

	floresta, das águas e das periferias urbanas, por meio de políticas públicas e da promoção da responsabilidade compartilhada dentro das famílias.
5.5	Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na esfera pública, em suas dimensões política e econômica, considerando as intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.6	Promover, proteger e garantir a saúde sexual e reprodutiva, os direitos sexuais e direitos reprodutivos, em consonância com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão, considerando as intersecções de gênero com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.a	Garantir igualdade de direitos, de acesso e de controle dos recursos econômicos, da terra e de outras formas de propriedade, de serviços financeiros, de herança e de recursos naturais de forma sustentável, por meio de políticas de crédito, capacitação, assistência técnica, reforma agrária e habitação, entre outras, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.b	5.b.1br: Garantir a igualdade de gênero no acesso, habilidades de uso e produção das tecnologias de informação e comunicação, considerando as intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas. 5.b.2 br: Garantir a igualdade de gênero no acesso e produção do conhecimento científico em todas as áreas do conhecimento e promover a perspectiva de gênero na produção do conhecimento, considerando as intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas. 5.b.3 br: Garantir a igualdade de gênero no acesso e produção da informação, conteúdos de comunicação e mídias, considerando as intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.
5.c	Adotar e fortalecer políticas públicas e legislação que visem à promoção da igualdade de gênero e ao empoderamento de todas as mulheres e meninas, bem como promover mecanismos para sua efetivação – em todos os níveis federativos – nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.

Fonte: ONU (2015).

De início, é importante que o Brasil tenha avançado acerca do reconhecimento de direitos humanos. E o ODS 5 é composto por onze metas, sendo nove delas de abrangência global e aplicáveis ao Brasil, e outras duas metas foram propostas durante o processo de adaptação do ODS ao contexto nacional.

Todas as metas globais foram ajustadas para reconhecer os diversos grupos sociais que compõem a diversidade brasileira, levando em consideração as políticas públicas em vigor e a especificidade do debate nacional. Isso foi feito com o intuito de aproximar as metas

do ODS 5 da realidade das políticas implementadas no país e das características específicas do contexto brasileiro (IPEA, 2019).

Fazendo uma análise sobre o panorama brasileiro, é necessário que haja uma problematização acerca das nove metas do ODS 5 no que concerne à possibilidade de atendimento levando em consideração a realidade sociocultural enfrentada no país, jamais deixando de averiguar os percalços que os permeiam. Essa conclusão só seria possível mediante realização, observação e comparação de todas as metas supracitadas. Porém, desigualdades sociais enfrentadas no país entre homens e mulheres são visíveis. De acordo com o IBGE (2019), o valor do rendimento médio das mulheres era de R\$1.985,00, enquanto os homens recebiam o rendimento médio de 22,3% maior.

Além disso, grande parte das atividades laborais sem registro são realizadas por mulheres (TEIXEIRA, 2017). A efetivação de todos os direitos pleiteados com o desenvolvimento das metas, faz-se necessária a utilização de políticas públicas feministas, que se adequem com os apontamentos que estão sendo discutidos, visto que quando as problemáticas são interpretadas por perspectivas que lhe englobam a chance de estas serem solucionadas é muito maior.

Com relação às políticas públicas feministas é importante que se faça uma recapitulação destas ao longo dos anos. A Agenda de Reforma Redemocratização e Gênero ocorreu em 1970 e contou com a massiva participação das mulheres dentro dos movimentos sociais, pleiteando pelo direito à saúde feminina, sexualidade, contracepção, violência contra a mulher e matrícula dos filhos em creche (SINGER; BRANT, 1980).

Em 1983 houve a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, e do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM). A primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher foi criada em 1985, mesmo ano de início do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, órgão do Ministério da Justiça (SAFFIOTI, 1994).

No ano de 1988 foi entregue, pelo movimento feminista, a Carta das Mulheres Brasileiras, com várias propostas, incluindo temas relativos à saúde, família, trabalho, violência, discriminação, cultura e propriedade da terra foram incorporadas à Constituição (COSTA, 1998).

Partindo para o começo do século XXI, houve a criação do Encontro sobre Gênero e Políticas Públicas, promovido pelo Instituto Polis, em São Paulo, em novembro de 2000; o Encontro Nacional Mulher e Poder Local, organizado pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), de 13 a 14 abril de 2000, no Rio de Janeiro; e o Encontro

sobre Indicadores de Gênero, promovido pelo IBAM, no Rio de Janeiro, em fevereiro de 2001 (GÊNERO, 2000).

Concomitante a isto, ocorreu a modificação da agenda de gênero, que contou com a criação de políticas públicas referentes aos 10 tópicos a seguir:

Tabela 1 – Políticas Públicas desenvolvidas no início do século XXI

TEMA	POLÍTICAS PÚBLICAS
Violência	Criação de programas que atendem mulheres vítimas de violência doméstica e sexual, incluindo atenção integral (jurídica, psicológica e médica) e criação de abrigos. Formulação de políticas que articulem medidas na área da assistência e da segurança pública, incluindo a aplicação de medidas repressivas e preventivas mais efetivas.
Saúde	Implantação efetiva do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM) com o desenvolvimento de ações de atenção à saúde em todas as etapas da vida da mulher, incluindo cuidados com a saúde mental e ocupacional, ações voltadas ao controle de doenças sexualmente transmissíveis, de prevenção do câncer e na área do planejamento familiar, de forma a superar a concentração dos programas exclusivamente na saúde materno-infantil.
Meninas e adolescentes	Reconhecimento de direitos de meninas e adolescentes, por meio de programas de atenção integral, com ênfase a meninas e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em situação de rua e vítimas de exploração sexual, vivendo na prostituição e expostas a drogas.
Geração de emprego e renda (combate à pobreza)	Apoio a projetos produtivos voltados à capacitação e organização das mulheres, à criação de empregos permanentes para o segmento feminino da população e ao incremento da renda familiar. Inclusão de atividades voltadas à população feminina em programas de geração de emprego e renda. Garantia de acesso a crédito para a criação ou continuidade de pequenos negócios e associações. Incorporação por esses programas da perspectiva de superação da divisão sexual do trabalho.
Educação	Garantia de acesso à educação. Reformulação de livros didáticos e de conteúdos programáticos, de forma a eliminar referência discriminatória à mulher e propiciar o aumento da consciência acerca dos direitos das mulheres. Capacitação de professores e professoras para a inclusão da perspectiva de gênero no processo educativo. Extensão da rede de creches e pré-escolas.
Trabalho	Garantia de direitos trabalhistas e combate à discriminação nos diversos níveis da administração pública e fiscalização do setor privado. Reconhecimento do valor do trabalho não remunerado e minimização de sua carga sobre a mulher, por meio da criação de equipamentos sociais. Criação de programas de capacitação profissional.
Infraestrutura e habitação urbana	Construção de equipamentos urbanos priorizados por mulheres, como creches e outros equipamentos e serviços urbanos como postos de saúde, habitação e saneamento básico. As mulheres continuam a desempenhar um papel central em relação às questões que afetam a esfera da reprodução, devendo ser reconhecida a ‘centralidade’ de sua participação nessas áreas na implantação das políticas públicas. Garantia de acesso a

	títulos de propriedade da habitação.
Questão agrária	Reconhecimento de direitos relativos às mulheres da zona rural, nas políticas de distribuição de terras, de reforma agrária e de crédito para atividades agrícolas. Acesso a títulos de propriedade da terra, em programas de distribuição de terras. Acesso a crédito em programas de apoio à produção rural.
Transversalidade	Reivindica-se a incorporação da perspectiva de gênero por toda política pública (de forma transversal), mais que sua eleição como foco de políticas específicas, garantindo que a problemática das mulheres seja contemplada toda vez que se formular e implementar uma política.
Acesso ao poder	Abertura de espaços de decisão à participação das mulheres, de modo a garantir que estas interfiram de maneira ativa na formulação e na implementação de políticas públicas. Criação de condições de autonomia para as mulheres, de forma que estas passem a decidir sobre suas próprias vidas, envolvendo, portanto, mudanças nas relações de poder nos diversos espaços em que estão inseridas: no espaço doméstico, no trabalho etc.

Fonte: Elaborada pelas autoras com base em Farah (2004, p. 57-58).

Em 8 de fevereiro de 2022, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou a recomendação que institui o Protocolo para Julgamento com a Perspectiva de Gênero a ser observado pelo Judiciário brasileiro. O protocolo brasileiro teve influência de sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Marcia Barbosa de Souza, morta em 1998, que teve sua imagem estereotipada e descredibilizada durante a investigação e o processo penal, com o objetivo de impedir o prosseguimento do feito.

O referido Protocolo foi resultado de estudos realizados por um grupo de trabalho formado por representantes de diferentes segmentos da Justiça e de universidades. Consideramos um importante avanço no enfrentamento às violências baseadas no gênero ao reconhecer a necessidade de julgar os casos concretos a partir de uma compreensão da desigualdade baseada no gênero como estrutural na sociedade brasileira. Como destaca o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o principal objetivo do protocolo é de afastar as avaliações baseadas em estereótipos e preconceitos, se comprometendo com uma atuação ativa por parte do Judiciário, na desconstrução e superação de desigualdades históricas e de discriminação de gênero.

Entende-se por desigualdades de gênero as disparidades de oportunidades, educação, previdência, assistência social, mercado de trabalho, remuneração, habitação, acesso a bens duráveis, exclusão social e uso de tempo, existentes entre homens e mulheres, esta tem pregnância no legado patriarcal advindo da história (PINHEIRO, 2009).

O Protocolo faz uma importante distinção entre sexo biológico, gênero, sexualidades e identidades de gênero. Ao estabelecer essa distinção, defende que o gênero é um conceito mais adequado para se estabelecer diferenciações sociais entre as pessoas. Estabelece como

premissa para um julgamento segundo a perspectiva de gênero, um julgamento comprometido com a igualdade entre os gêneros, atento à dimensão cultural da construção dos sujeitos de direito reconhecendo os efeitos negativos decorrentes das desigualdades.

O referido documento foi desenvolvido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n. 27 de 2021 para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções do CNJ ns. 254 e 255 de 2018 relativas ao Enfrentamento à Violência contra mulheres pelo poder judiciário e ao incentivo à participação feminina, havendo inclusão de todos os segmentos da Justiça - estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral, que tem por referência o *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, concebido pelo Estado do México após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O protocolo é um instrumento para que seja alcançada a igualdade de gênero, como propõe o ODS 5, comprometendo-se o Supremo Tribunal Federal (STF) e o CNJ,, trazendo considerações acerca da igualdade de gênero, bem como um guia para os mais diversos âmbitos da justiça, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, não perpetuação de diferenças e constituindo-se de um espaço de rompimento com culturas de discriminações e de preconceitos.

Países da América Latina, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, já editaram protocolos oficiais de julgamento com perspectiva de gênero, para que casos que envolvam mulheres sejam tratados de forma adequada. Apesar de o Brasil possuir uma Constituição com diversos direitos fundamentais e comprometida com a igualdade entre os seus, seja no que se refere ao tratamento igualitário, como ao dever positivo de promoção da igualdade, através de políticas públicas como as citadas acima, que ajudam e auxiliam a população a enxergar e combater as problemáticas de gênero, ainda é um país de desigualdades sociais, percebidas por reiteradas por práticas políticas, culturais e institucionais.

Diante disso, o protocolo com perspectiva de gênero foi criado com o objetivo de orientar a magistratura no julgamento sob a lente da perspectiva de gênero em casos concretos de modo a efetivar a igualdade e equidade. Assim, espera-se que impacte no exercício da jurisdição, permitindo uma mudança cultural que conduza a cumprir o objetivo fundamental da república: construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.

3.2 A PERSPECTIVA DE GÊNERO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Por conseguinte, vale mencionar que os tribunais brasileiros deverão adotar diante da prolação de decisões as especificidades das pessoas envolvidas e em colaboração com o CNJ, já há resolução que torna obrigatório para todo o Poder Judiciário nacional as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, o qual as cortes promoverão cursos de formação inicial e continuada incluindo conteúdos relativos a direitos humanos, gênero, raça e etnia, conforme as diretrizes do protocolo.

Concomitante aos preceitos de igualdade contidos no ODS 5, o ODS 16 também versa sobre essa perspectiva, objetivando promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Alinhado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5 e 16 da Agenda 2030 da ONU, o protocolo do CNJ, que fora inspirado por outros protocolos e guias de outros países busca considerações teóricas sobre igualdade, sendo uma forma de guia com exemplos práticos para que os julgamentos não incorrem na repetição de estereótipos e na perpetuação de tratamentos diferentes.

Atualmente, a magistratura brasileira é composta em sua maioria por homens – apenas 38% são mulheres, de forma a enfatizar uma impregnação social de um machismo estrutural e sistêmico. O protocolo surge como uma forma de orientação no judiciário.

A presente pesquisa utilizou-se de uma estratégia exploratória, realizada por meio da coleta de dados em planilha do programa *Excel*. Nessa seção pretendemos demonstrar os procedimentos metodológicos do tipo de pesquisa utilizado.

Como explica Antônio Gil (2021), a pesquisa exploratória é pautada na coleta de dados que tem como intuito identificar e trazer informações ou questionamentos a respeito dos dados alcançadas, esta, pode ocorrer de diversas maneiras, mas geralmente envolve: 1) levantamento bibliográfico; 2) entrevistas com pessoas que tiveram experiência prática com o assunto; 3) análise de exemplos que estimulem a compreensão.

Foram analisadas decisões judiciais de 1º e 2º grau dos 27 (vinte e sete) tribunais estaduais brasileiros entre 2010 e 2023. As buscas ocorreram entre 01.02.2023 e 28.02.2023. Para que a coleta com enfoque em perspectiva de gênero fosse possível, as decisões judiciais foram selecionadas do *quantum* por palavras-chave referentes à questões, sendo estas: machismo, feminismo, sociedade machista, sociedade patriarcal, sexismo, misoginia e

patriarcado. Por conseguinte, foi analisada ainda a presença ou não de banco de sentenças de 1º grau.

No conteúdo da planilha de coleta de decisões consta: *link* do site de busca de cada tribunal de justiça dos Estados brasileiros, número do processo, ano de publicação, palavras-chave, assunto da ementa, tema da ementa, ementa e gênero do relator ou relatora.

Nos tribunais judiciários da região Norte foi possível identificar a predominância de decisões judiciais na esfera criminal, sendo esta, de sua maioria referentes à violência contra mulher, com 4 estados (Pará, Tocantins, Rondônia e Acre) no 2º grau de jurisdição e somente um (Amapá) no 1º grau. No total 25 decisões foram encontradas.

Tabela 2 – Decisões judiciais da Região Norte

ÁREAS	QUANTIDADE DE DECISÕES	PALAVRAS-CHAVE	TEOR DAS DECISÕES	GRAU DE JURISDIÇÃO
Roraima	x	x	x	x
Amapá	2	Gênero feminino	Lei Maria da Penha	1º grau
Pará	6	Machismo e patriarcado	x	2º grau
Tocantins	6	Feminista, sociedade patriarcal, machismo, sexismo e misoginia	Criminal	2º grau
Rondônia	3	Feminismo e sociedade machista	Violência	2º grau
Acre	8	Feminismo, machismo, gênero feminino, misoginia e sociedade machista	Homicídio, revisão criminal e conflito de competência	2º grau

Fonte: Elaborada pelas autoras (2023).

Nos 9 tribunais da região Nordeste notou-se uma hegemonia de decisões na esfera criminal, totalizando 44 julgados, além de 5 processos no 2º grau (Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba e Bahia) e somente 1 no 1º grau (Alagoas). Ademais, os portais judiciários dos estados de Maranhão e Piauí encontravam-se fora do ar no momento da coleta.

Tabela 3 – Decisões judiciais da Região Nordeste

ÁREAS	QUANTIDADE DE DECISÕES	PALAVRAS-CHAVE	TEOR DAS DECISÕES	GRAU DE JURISDIÇÃO
-------	------------------------	----------------	-------------------	--------------------

Maranhão	Sistema fora do ar no momento da coleta	x	x	x
Piauí	Sistema fora do ar no momento da coleta	x	x	x
Ceará	6	Feminismo e machismo	Homicídio e lesão corporal	2º grau
Rio Grande do Norte	5	Sociedade machista	Maria da Penha	2º grau
Pernambuco	4	Patriarcado, misoginia, machismo e sociedade machista	Penal	2º grau
Paraíba	7	Patriarcado, misoginia, feminismo e sexista	Criminal e danos morais	2º grau
Sergipe	1	Feminismo	x	x
Alagoas	8	Machismo e gênero feminismo	Lesão corporal, homicídio, tutela de urgência, apelação para ingresso como policial feminina.	1º grau
Bahia	13	Feminismo, machismo, misoginia e sexismo	Homicídio e lesão corporal	2º grau

Fonte: Elaborada pelas autoras (2023).

A região Centro-Oeste foram encontradas 10 decisões judiciais, com totalidade em julgados de teor criminal, sendo estes perpassados por lesão corporal e feminicídio, em que todas as decisões estão no 2º grau de jurisdição (Distrito Federal, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás), com as seguintes palavras-chave: machismo, feminismo, sociedade patriarcal, sexismo e misoginia.

Tabela 4 – Decisões judiciais da Região Centro-Oeste

ÁREAS	QUANTIDADE DE DECISÕES	PALAVRAS-CHAVE	TEOR DAS DECISÕES	GRAU DE JURISDIÇÃO
Distrito Federal	3	Machismo, feminismo e sociedade patriarcal	Criminal	2º grau

Mato Grosso	4	Feminismo, sexismo, misoginia e machismo	x	2º grau
Mato Grosso do Sul	1	Feminismo	x	2º grau
Goiás	2	Feminismo e misoginia	Lesão corporal e feminicídio	2º grau

Fonte: Elaborada pelas autoras (2023).

Na região Sudeste foi possível identificar decisões judiciais na esfera criminal, com um diferencial para ações de danos morais com responsabilização referente à misoginia, estando 2 estados no 2º grau (Rio de Janeiro e Espírito Santo) de jurisdição e somente um no 1º grau (São Paulo), totalizando em 26 decisões encontradas.

Tabela 5 – Decisões judiciais da Região Sudeste

ÁREAS	QUANTIDADE DE DECISÕES	PALAVRAS-CHAVE	TEOR DAS DECISÕES	GRAU DE JURISDIÇÃO
São Paulo	10	Sociedade machista	Misógino	1º grau
Rio de Janeiro	12	Patriarcado, feminismo, misoginia, sexismo, patriarcado e sociedade patriarcal	Maria da penha, estupro de vulnerável e violência doméstica	2º grau
Espírito Santo	4	Feminismo, misoginia, sexismo e machismo	x	2º grau
Minas Gerais	Sistema fora do ar no momento da coleta			

Fonte: Elaborada pelas autoras (2023).

Por fim, na região Sul foram encontradas 8 decisões, sendo estas todas em 2º grau de jurisdição (Paraná e Rio Grande do Sul), cuja o teor se refere a guarda compartilhada, medida protetiva e violência doméstica, sendo utilizadas as seguintes palavras-chave: Feminismo, sociedade machista, misoginia e sexismo.

Tabela 6 – Decisões judiciais da Região Sul

ÁREAS	QUANTIDADE DE DECISÕES	PALAVRAS-CHAVE	TEOR DAS DECISÕES	GRAU DE JURISDIÇÃO
-------	------------------------	----------------	-------------------	--------------------

Paraná	3	Feminismo, sociedade machista, misoginia e sexismo	Guarda compartilhada	2º grau
Rio Grande do Sul	4	Sociedade machista e feminismo	Medida protetiva e violência doméstica	2º grau
Santo Catarina	1	x	x	x

Fonte: Elaborada pelas autoras (2023).

Diante dessa pesquisa, foi notada a ausência de decisões judiciais em 1º grau, bem como a evidência de uma variedade de julgados nos estados São Paulo e Rio de Janeiro, onde se tem um *quantum* significativo em relação aos outros estados, totalizando assim 10 e 12 decisões, respectivamente, tendo como principal teor as temáticas de esfera criminal, com subtópicos referentes a violência contra mulher, feminicídio e estupro, de ofensa às mulheres e conflito de jurisdição, sendo possível também, identificar uma maior evolução de sentenças com teor feminista e que se adequam as demandas atuais advindas das conquistas dos direitos femininos ao longo dos anos.

Ademais, com base nesse estudo, ficou identificado uma deficiência de decisões que abarcasse as perspectivas de gênero no contexto geral e central. Ou seja, quando se procura no buscador dos órgãos judiciários dos estados são encontradas somente sentenças criminais, que na maioria das vezes versam sobre violência doméstica e feminicídio, esse fato trouxe questionamentos referentes a falta de análises que se atenham a realidade da mulher de um modo em geral, de forma a problematizar e apreciar demandas específicas que permeiam essa classe.

3.3 BREVE ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A pesquisa realizada nos 27 tribunais judiciários brasileiros identificou 113 decisões judiciais de 1º e 2º grau. Foram anexadas 2 decisões de grande notoriedade pública que versam sobre a análise de julgamento com perspectiva de gênero que serão discutidas e analisadas a seguir.

VISTOS.

Ajuizou-se a presente ação porque, em sede de entrevista para obtenção de emprego, tivera sido sexualmente assediada. Narra que o preposto da ré a chamou para a entrevista na sala, passando as mãos em suas pernas e genitália. Segurou-a pelo pescoço, próximo à porta, e tentou beijá-la repetidamente. Defendeu-se dizendo que tinha namorado, pois não tivera sido rude porque estava precisando muito do

emprego. O assédio acabou quando, quase uma hora depois, a candidata anterior retornou e tentou abrir a porta. Chegando em casa, foi direto ao quarto e começou a chorar. Contou à sua mãe e lavrou boletim de ocorrência. Depois do episódio, o preposto da ré ainda persistiu em lhe enviar mensagens via WhatsApp, confessando o crime. Pelas mensagens, a intenção do preposto da ré era mesmo trocar a vaga do emprego pela relação sexual. Bem por isso, postula por danos morais (R\$ 70.000,00).

FUNDAMENTO E DELIBERO.

É notório que estávamos no início da pandemia e o BRASIL contabilizava cerca de 12 milhões de desempregados; a autora, jovem de 19 anos, estava à busca de um emprego na rede demandada (MAKRO ATACADISTA S/A). Recrutador, mais experiente (40 anos), teria se aproveitado da situação de maior vulnerabilidade da autora, e investido libidinosamente contra ela, apalpando-a e tentando beijá-la.

A vulnerabilidade da autora era daquelas jovens que, ingressando na vida adulta, saem de suas casas para, legitimamente, buscar um espaço no mercado de trabalho, quando, então, se encontra com um aproveitador, qual, em princípio, tem um certo 'poder de fato' para garantir (ou vetar) a admissão dessas jovens a um novo emprego. Não se sabe sobre a formação cultural da autora; não se sabe de suas privações, de suas angústias, de seus anseios; sabe-se que, mulher que é, ainda vive numa sociedade eminentemente machista, de cuja superação está, ainda, longe de ser alcançada, e vez ou outra nos deparamos com um caso deste perfil.

O preposto agiria assim com sua chefe (ou com a sócia da empresa em que trabalha ou com uma parente dela)? Evidentemente que não, mas a autora é mais uma daquelas jovens comuns e insertas na massa dos desempregados deste país. Alguém, porventura, entende como normal que uma jovem vá a uma entrevista de emprego e acabe sendo acariciada perturbadoramente pelo recrutador numa aproximação acintosa, despudorada? Não se pode conceber o que ocorreu com uma simples paquera, um flerte, ou mesmo que a autora tivera se investido contra o preposto da ré.

Não há neófitos aqui. É evidente que o preposto da ré se aproveitou de sua condição de recrutador de novos funcionários para a sua empregadora para que, como um aval que supôs tácito, pudesse saciar sua lascívia.

O comportamento do preposto não se resume a uma simples descompostura. Não se tratou de simples mal entendido entre recrutador e recrutanda, senão que ele, sob a confiança e no ambiente da demandada, sabendo que a autora, naturalmente, nutria por ele a esperança da empregabilidade, arvorasse num 'direito' espúrio e pernicioso, acabando por ultrajar a jovem em sua identidade física e moral e, bem por isso, em sua dignidade sexual.

Não se tratou de relacionamento afetivo em ambiente de trabalho, mesmo porque eles não se conheciam antes do episódio, mas de um aproveitamento do preposto da ré de sua condição de recrutador para, alijando-se de sua função, aproveitar-se para satisfazer a libido.

A conduta do preposto é sobremaneira reprovável, porquanto não é admissível que não se detivesse nos impulsos, e, embora a ré tivesse agido subsequentemente para demiti-lo por justa causa, é responsável pelos danos morais que foram causados à autora, e bem poderá, a seu tempo, exercer direito de regresso. Pouco importa que a autora já tivesse alcançado a maioridade; muito jovem, encontrava-se ali focada para o ingresso na unidade de trabalho da ré, e certamente não esperava a impudente investida que, das mensagens trocadas pelo WhatsApp, se observa.

Com efeito, dada excepcionalidade e o desbordamento do limite naturalmente gerenciável da capacidade emocional de adaptação e resiliência aos fatores estressores, é motivo suficiente à restauração do prejuízo extrapatrimonial que sofreu, razão pela qual reputo o valor de R\$ 10.000,00 como o bastante aos fins terapêuticos a que se destina a compensação pelo dano moral e, nesse patamar, é que condeno, anotando-se que o valor pedido na exordial é desproporcional.

De acordo com todo o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão para condenar a parte ré ao pagamento do valor de **R\$ 10.000,00** a título de danos morais, corrigindo-se-o monetariamente pela Tabela Prática Para Cálculo e Atualização Monetária INPC/IBGE do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e por juros moratórios simples de 1% ao mês, ambos calculados desde a

publicação desta sentença, ao que extingo o processo com resolução de mérito com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil.
(Processo nº 1021697-05.2020.8.26.0602. Juíza: Dra. Antonia Maria Prado de Melo.
Data de julgamento: 10/11/2022. 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba/SP).

Trata-se de decisão referente a uma ação de Danos Morais por assédio em ambiente laboral, em que a Requerente, ao passar por um processo de recrutamento visando conseguir um emprego na empresa Requerida, sofre violações morais e sexuais por parte de um recrutador o qual realizava a sua entrevista, sendo submetida a abusos morais e físicos, como tentativa de beijo e toque na genitália da vítima, além de importunações posteriores como o envio de mensagens via WhatsApp.

A deliberação proferida pela Juíza responsável pelo caso, Dra. Antonia Maria Prado de Melo foi de fazer uma análise em perspectiva de gênero, problematizando e condenando o ato do recrutador, bem como identificando a situação de vulnerabilidade em que se encontrava a vítima, em razão de sua idade, situação financeira, meio social em que se enquadra e da realidade pandêmica em que o Brasil se encontrava na época do ocorrido.

O entendimento da magistrada foi de julgar parcialmente procedente a presente ação, condenando o réu a pagar a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, reconhecendo que esta quantia era o suficiente para arcar com o prejuízo emocional e psíquico causado em decorrência do ato praticado.

Tal decisão atingiu alguns parâmetros para o julgamento na perspectiva de gênero, porém restam ressalvas no que tange ao quantum indenizatório em comparação com o valor que foi pedido, visto que, na petição inicial se requer setenta mil reais e foi deferido pela juíza uma quantia de sessenta mil reais abaixo do solicitado. Esse resultado em paralelo com decisões sobre outras temáticas se torna inferior comparado com a gravidade da situação.

Em palestra sobre o tema: *“Advocacia Antidiscriminatória e o contexto jurisprudencial paraense”* ministrada na XXIV Jornada Jurídica do Centro Universitário do Pará (CESUPA), no dia 18/05/2023, o Advogado Paraense, Dr. Hugo Leonardo Pádua Mercês apontou diversos marcadores que denunciam desigualdades nas decisões envolvendo gênero, raça e sexualidade e em como eles se distinguem quando correlacionados com outros temas. Em sua fala, destacou que existem muitas sentenças da advocacia antidiscriminatória que alcançam o segundo grau de jurisdição, em razão da decisão não abarcar ainda que minimamente o sofrimento experienciado pela vítima, razão pela qual se recorre, buscando uma decisão mais humana.

É sabido que não existe um valor certo para a quantificação do dano moral, pois não se pode mensurar a dor da vítima, porém quando se encontram decisões de danos morais contra

operadoras de celular, energia elétrica, água, agências bancárias e etc. em que o valor deferido perpassa o montante de dez mil reais é necessário questionar qual o motivo de um deferimento por aborrecimento ocasionado por prestadoras de serviços perpassar o valor de um assédio sexual, moral e psicológico.

A segunda decisão escolhida versa sobre desigualdades de gênero e da violência contra as mulheres na comemoração da aprovação em vestibular de Medicina, como se relata a seguir.

Vistos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública em face de MATHEUS GABRIEL BRAIA alegando, em breve síntese, que: - o requerido, ex-aluno da UNIFRAN, explorando momento de comemoração por aprovação em vestibular de Medicina na referida instituição, fez com que calouros entoassem, coletivamente, durante o trote universitário, a pretexto de se tratar de hino, expressões de conteúdo machista, misógino, sexista e pornográfico, expondo-os à situação humilhante e opressora e ofendendo a dignidade das mulheres ao reforçar padrões perpetuadores das desigualdades de gênero e da violência contra as mulheres; - em 04/02/2019, discentes veteranos do segundo ano do curso de Medicina, realizaram trote universitário para comemorar a aprovação dos novos estudantes do referido curso; - o requerido foi convidado para participar do evento por ser ex-aluno da UNIFRAN e ex-integrante da Atlético Acadêmica do curso de Medicina da Unifran; - os fatos foram compartilhados pelas redes sociais, divulgados pela imprensa em amplitude nacional, com diversas manifestações de repúdio; - a conduta praticada pelo requerido ultrapassou os limites toleráveis de uma simples brincadeira, pois reforçou o machismo e colocou a mulher em posição de inferioridade; - o requerido reproduziu ideias que remetem à cultura do estupro, estimulando agressão e violência; - o "juramento" proferido pelo requerido foi surpresa para os veteranos da UNIFRAN, que não conheciam o teor do discurso, porquanto distinto dos anos anteriores; - eventual aquiescência das calouras quanto ao conteúdo entoado pelo requerido é irrelevante quando seus reflexos tocam direitos de terceiros; - o requerido deve ser condenado em dano moral coletivo devendo recolher ao Fundo Estadual de Interesses Difusos e Coletivos a quantia de 40 salários mínimos; - o requerido deve ser condenado ao pagamento de indenização por dano social, vez que propagou-se discriminação e violência abalando a tranquilidade e a segurança social, sendo tal valor arbitrado pelo Juízo e recolhido ao Fundo Estadual de Interesses Difusos Lesados. Requereu a procedência da ação para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de 40 salários mínimos e indenização por danos sociais a ser arbitrado pelo Juízo.

É o relatório. FUNDAMENTO E DECIDO.

A ação comporta julgamento antecipado, porque a questão não demanda a produção de outras provas. As preliminares arguidas se confundem com o mérito e como tal serão analisadas. No caso em questão, o requerido conduziu um "juramento", nos seguintes termos: "Eu prometo infernizar qualquer um dos bastardos, invejosos de subcursos como os da odonto e dos copiões de merda da FACEF, chupa FACEF, sem nunca dar razão a nenhum daqueles burros, filhos da puta, desgraçados de merda! E prometo usar, manipular e abusar de todas as dentistas e facefianas que tiver oportunidade, sem nunca ligar no dia seguinte" As bixetes: Eu prometo. nunca entregar meu corpo a nenhum invejoso, burro, frouxa, filho da puta da Odonto ou da Facef. Repudio totalmente qualquer tentativa deles se aproveitarem e me reservo totalmente a vontade dos meus veteranos e prometo sempre atender aos seus desejos sexuais. Compreendo que namoro não combina com faculdade e a partir de hoje sou solteira, estou à disposição dos meus veteranos. Trecho de vídeo: inaudível... por suas reputações, mesmo que eles sejam desprovidos de beleza ou cheire a ovo vencido. Juro solenemente nunca recusar a uma tentativa de coito de veterano (inaudível...) mesmo que ele cheire cecê vencido e elas, a perfume barato."

É pública e notória a prática, nas universidades, de recepção aos recém aprovados, marcada por festas e comemorações, que muitas vezes ferem o bom senso e a moral, como no caso em questão. Apesar de vulgar e imoral, o discurso do requerido não causou ofensa à alegada coletividade das mulheres, a ensejar a pretendida indenização.

O requerido não se dirigiu "às mulheres" em geral, mas àquele grupo restrito de pessoas mencionado expressamente. Sequer vislumbro a existência do pretendido "coletivo" de mulheres. Os indivíduos do sexo feminino não são iguais e não possuem os mesmos valores daqueles descritos na inicial, para serem tratados como um "coletivo", a ensejar a pretendida tutela estatal, data venia.

Apesar disso, a assim chamada "luta das mulheres" foi uma luta coletiva, e não individual. Lutou-se pela emancipação "das mulheres", e não por cada mulher em particular. Ao coletivizar a luta, ela automaticamente torna-se política. A inicial retrata bem a panfletagem feminista, recheada de chavões que dominam, além da esfera cultural, as universidades brasileiras. É bom ressaltar que o movimento feminista apenas colaborou para a degradação moral que vivemos, bem exemplificada pelo "discurso/juramento" que ora se combate.

A busca por emancipação das mulheres começou com demandas conflitantes quanto ao sufrágio e conquistou, ironicamente, o prodígio de subverter a própria identidade da mulher. As mulheres conquistaram não o direito de trabalhar, mas o dever de trabalhar.

A questão da liberdade apenas as tornou mais dependentes da regulada vida social e cumpriu o sonho de Rousseau: entregar os filhos aos cuidados do Estado para uma condução (supostamente) autônoma da vida. As mulheres acharam que para ser livres e iguais precisavam fazer as mesmas coisas que os homens. Subiram aos cargos mais elevados, mas também adquiriram os seus vícios mais baixos. É aqui que se encontra o ponto de inflexão do feminismo.

A revolução sexual das mulheres é a mancha da segunda onda do movimento, que começou pedindo direitos políticos e melhores condições sociais e terminou, para chegar lá, gritando por pílulas anticoncepcionais e abortivas; por liberação sexual e aceitação pública da degradação de seus corpos e almas. Em seu livro "Feminismo: Perversão e Subversão", a professora e Deputada Estadual, Ana Caroline Campagnolo 2, descreve com rigor histórico, a evolução e a identidade do movimento feminista, que teve início, antes mesmo da Revolução Francesa, para desembocar na terceira onda, que milita em favor da subversão das identidades, passando pela degradação moral.

Aliás, se a questão fosse mesmo de proteção à dignidade da mulher, por qual motivo seria irrelevante a opinião das mulheres que estavam no local, tal como consta na inicial (fls. 35 – item 2.1)? Seriam tais mulheres incapazes de entender o caráter dos fatos e de determinar-se de acordo com tal entendimento? Ou, se as mulheres que lá estavam são plenamente capazes e concordaram com a brincadeira infeliz, porque precisam de um ente estatal para falar em nome de uma "coletividade" da qual, em tese, fazem parte, mas de cujas ideias discordam? Seriam tais mulheres menos capazes que as outras? Assim, é de rigor a improcedência da ação, posto que não houve ofensa à pretensa coletividade de mulheres.

Não se pode presumir que o comportamento do requerido, dirigido a um grupo específico de pessoas, seja uma agressão dirigida a todos os indivíduos do sexo feminino. A responsabilidade civil demanda dolo ou culpa, dano e nexos causal, os quais estão ausentes no presente caso. Ante o exposto, **julgo improcedente** a ação, resolvendo-se o mérito, com fundamento no art. 487, I do CPC. Sem custas e honorários, nos termos do artigo 18 da Lei 7.347/85.

(Processo nº 1020336-41.2019.8.26.0196. Juíza: Dra. Adriana Gatto Martins Bonemer. Data de julgamento: 05/11/2019.. 3ª Vara Cível da Comarca de Franca/SP).

A decisão diz respeito a um episódio ocorrido em uma universidade em que o Requerido, ex aluno da instituição, proferiu discurso de cunho machista, misógino, sexista e pornográfico, durante trote universitário, fazendo com que as alunas e até então calouras do

curso de medicina repetissem as palavras ditas por ele, nas quais ferem a própria existência das estudantes.

Em face de tal fato, o Ministério Público ajuizou uma ação contra a parte ré, requerendo a procedência da ação para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de 40 salários mínimos e por danos sociais a ser arbitrado pelo Juízo.

Neste caso, a magistrada, Dra. Adriana Gatto Martins Bonemer indeferiu o pedido alegando que o discurso realizado pelo réu não ofendeu a honra das mulheres, não sendo assim uma ofensa coletiva, visto que, a coletividade engloba o total de mulheres e nem todas foram atingidas pelas palavras do mesmo.

Este entendimento foi baseado em preceitos éticos e morais da juíza, enquanto pessoa, pautado em um viés anti-feminista que se respalda em escritoras como a Deputada Ana Paula Campagnolo, autora do livro: “Feminismo: Perversão e Subversão”, alegando que as acusações realizadas pelo Ministério Público faziam referência ao movimento feminista e que por esse motivo, não eram válidas.

A manifestação realizada pelo réu no dia do acolhimento dos novos alunos corrobora com o incentivo a prática de atos criminosos dentro do ambiente acadêmico, quando o acusado condiciona os discentes a repetir as frases: “Prometo usar, manipular e abusar de todas as dentistas e facefianas que tiver oportunidade (...). Me reservo totalmente a vontade dos meus veteranos e prometo sempre atender aos seus desejos sexuais(...). Juro solenemente nunca recusar a uma tentativa de coito de veterano (inaudível...) mesmo que ele cheire cecê vencido e elas, a perfume barato.”, ocorre a incitação de crimes como estupro (Art. 213/CP), importunação sexual (Art. 215-A/CP) e assédio (Art. 216-A/CP).

Por este motivo, a não culpabilização do requerido, com o indeferimento total da ação proposta pelo Ministério Público, corrobora com a perpetuação de discursos que incentivam crimes como os anteriormente citados, contribuindo para a banalização desses atos, o que gera a repetição de discursos desrespeitosos e criminosos, colocando em risco a integridade física, psíquica e moral das mulheres.

Por essa razão, é necessário que o Tribunal de Justiça coloque em prática os planos de capacitação de magistrados para cursos de julgamentos com perspectiva de gênero, com o objetivo de promover igualdade de decisões em consonância com as metas da ODS, com ênfase na meta 5.2 que pleiteia eliminar todas as formas de violência de gênero até 2030.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou destacar a importância de os tribunais judiciais brasileiros pautarem suas decisões sob a perspectiva de gênero, indo ao encontro do proposto pelo Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ e do ODS 5.

A pesquisa revelou, inicialmente, uma dificuldade de acesso a decisões de 1º grau, uma vez que, até o momento, a implementação de bancos de sentenças é escassa. A análise dos dados coletados aponta para um déficit de decisões sobre perspectivas de gênero. A partir da pesquisa por palavras-chave, o buscador dos órgãos judiciais dos estados retorna em sua maioria com decisões criminais que versam sobre violência doméstica e feminicídio. As decisões que concentravam uma perspectiva de gênero, levando em consideração fatores além da letra de lei, ficaram concentradas na Região Sudeste, nos tribunais dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo.

O estudo revelou, ainda, uma falta de uniformidade na aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero nos tribunais, mostrando-se necessários investimentos em capacitação e treinamento de magistrados para a correta aplicação do Protocolo. Questiona-se ainda a dificuldade de acesso às decisões de 1º grau pela falta de instituição de bancos de sentenças.

Outrossim, as demais regiões brasileiras possuíam um quantitativo significativo de julgados, como no norte (25 decisões) e nordeste (44 decisões), ocorre que ambas, em sua maioria, versam sobre temáticas da esfera criminal como: estupro, feminicídio e lesão corporal, ao passo que, no sudeste é perceptível julgamentos procedentes de esfera cível, trabalhista, etc.

Portanto, no que tange à conclusão da análise das 113 decisões judiciais dos 27 Tribunais brasileiros, é possível identificar a necessidade de treinamentos e capacitações de decisões com perspectiva de gênero, para que o Tribunal de Justiça estabeleça em suas prioridades a elaboração de eventos que conscientizem os magistrados na tomada de decisão pautada na diversidade de julgados que se enquadrem na realidade social feminina.

Destaca-se que a importância e a relevância da discussão de uma implementação de uma perspectiva de gênero em julgamento tendo em vista diversos fatores interseccionais que influenciam na tomada de decisão dos julgadores. Além disso, falar sobre igualdade de gênero no âmbito do judiciário é buscar uma isonomia a fim de evitar preconceitos e discriminações, sendo força motriz para reduzir em nossa sociedade o viés machista estrutural e sistêmico.

No entanto, é importante reconhecer as limitações deste estudo. É extremamente difícil analisar decisões que não estão de fácil acesso ao público, no qual surge o

questionamento de como os nossos tribunais estão decidindo e de que forma o acesso à justiça e às informações são acessíveis ao público. Portanto, sugerimos que futuras pesquisas aprofundem essas áreas, a fim de fornecer uma compreensão mais abrangente e precisa de como os tribunais estão facilitando o acesso à decisões em processos sem segredos de justiça, bem como essas decisões estão chegando ao conhecimento público.

O ODS 5 delimita detalhadamente, por meio das suas 9 metas, os pontos a serem combatidos para que se alcance a igualdade de gênero até 2030, trazendo como principal preocupação as interseccionalidades oriundas da vivência de cada mulher, sejam elas advindas da cidade, do campo, de comunidades indígenas, quilombolas, etc.

Além de apresentar recortes referentes aos eixos principais das problemáticas que atingem as mulheres, como: discriminação de gênero; violências nas esferas públicas e privadas; combate a práticas nocivas de casamento e união precoce com crianças e adolescentes; desigualdade na divisão sexual do trabalho remunerado; desigualdade de oportunidade de liderança; falta de garantia a saúde sexual e reprodutiva, os direitos sexuais e direitos reprodutivos, dentre outras.

No geral, este estudo representa um passo significativo em direção à compreensão da igualdade de gênero e da perspectiva feminista dentro dos tribunais. Esperamos que nossas descobertas estimulem discussões adicionais e inspirem pesquisadores a explorar novas abordagens e perspectivas e que a discussão acerca da perspectiva de gênero no judiciário resulte na implementação de políticas públicas para uma atuação jurisdicional sem estereótipos, discriminações e preconceitos, contribuindo para alcançar o ODS 5.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Neuma. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. **Sociedade e Estado**, v. 15, p. 303-330, 2000.

ALMEIDA, Fernanda; LIMA, Larissa. Poder judiciário, decisão judicial e estereótipos de gênero. **Revista Eletrônica de Direito**, v. 3, n. 20, p. 6-34, 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005.

ARAÚJO, Cibele de Guadalupe Sousa; MESQUITA SILVA, Luciana de; SILVA-REIS, Dennys. Estudos da tradução & mulheres negras à luz do feminismo. **Revista Ártemis**, v. 27, n. 1, p. 2, 2019.

AZEVEDO, Liz Corrêa de et al. **Julgamento com perspectiva de gênero: uma análise comparada entre o sistema interamericano e europeu**. 2023. Dissertação de Mestrado.

BALESTERO, Gabriela Soares; GOMES, Renata Nascimento. Violência de gênero: uma análise crítica da dominação masculina. **Revista CEJ**, v. 19, n. 66, 2015.

BARSTED, Leila de A. Linhares. “Mulheres, direitos humanos e legislação: onde está nossa cidadania?” In: SAFFIOTI, Heleieth I. B. MUÑOZ-VARGAS, Mônica (Orgs.). **Mulher brasileira é assim**. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos- NIPAS/UNICEF, 1994. p. 231-270.

BURCKHART, Thiago Rafael. Gênero, dominação masculina e feminismo: por uma teoria feminista do direito. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 205-224, 2017.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Débora. A TEORIA FEMINISTA DO DIREITO E SUAS DEMANDAS. **Direitos Democráticos & Estado Moderno**, n. 1, p. 78-94, 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. **CH Campos, Org., Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-12, 2011.

COLLINS, Patricia Hill. Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. **Parágrafo**, v. 5, n. 1, p. 6-17, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas**. Washington: OEA, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero em 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>> . Acesso em: 14 abr. 2023.

COSTA, Ana Alice Alcântara. “Trajetória e perspectivas do feminismo para o próximo milênio”. In: PASSOS, Elizete; ALVES, Ívia; MACEDO, Márcia. **Metamorfoses: gênero nas perspectivas interdisciplinares**. Salvador: UFBA, Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher, 1998. p. 25-37.

CUNHA, José Ricardo. **Direitos humanos e Poder Judiciário: Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais**. FGV Direito Rio, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista da Esmafe**, v. 1, p. 45-45, 2001.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Revista Estudos Feministas**, v. 12, p. 47-71, 2004.

GIL, Antonio Carlos et al. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GREGORI, M.F. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e prática feminista**. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

KEMMELEMEIER, Carolina; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. A Violência Laboral E O Julgamento Em Uma Perspectiva De Gênero. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 24, n. 47, p. 207-224, 2021.

KYRILLOS, Gabriela M. Os direitos das mulheres no sistema internacional de direitos humanos/Women's rights in the international human rights system. **Captura Crítica: direito, política, atualidade**, v. 5, n. 1, p. 57-79, 2016. Acesso em: 9 mar. 2023.

LORDE, Audre et al. **Pensamento feminista: conceitos fundamentais**. Bazar do Tempo Produções e Empreendimentos Culturais LTDA, 2019.

MANTA, Adriana; RODRIGUES, Joana Rêgo Silva. A perspectiva de gênero como ferramenta à serviço da efetivação da igualdade no âmbito da atuação jurisdicional. **Revista Direito e Feminismos**, v. 1, n. 2, 2022.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

MOSTAFA, Joana et al. ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas: o que mostra o retrato do Brasil?. In: **ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas: o que mostra o retrato do Brasil?**. 2019. p. 56-56.

MUJERES, O. N. U. El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016. Transformar las economías para realizar los derechos. Resumen. **Revista Estudos Feministas**, v. 24, n. 2, p. 589-614, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher**. 1994. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/095/05/PDF/N9409505.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 abr. 2023.

PINHEIRO, Luana Simões et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 2009.

PONTES, H. Do palco aos bastidores: o SOS Mulher e as práticas feministas contemporâneas. 1986 **Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação e Ciências Sociais da Universidade Estadual de Campinas**. São Paulo, 1986

PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, p. 169-196, 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp.146-147:

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SARTI, C.A.; BARBOSA, R.M.; SUAREZ, M.M. Violência e gênero: vítimas demarcadas. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.16, n.2, p. 167-183, 2006.

SCIAMMARELLA, A. P. O.; FRAGALE FILHO, Roberto. **(Des)constituindo gênero no poder judiciário**. *Ex Aequo (Oeiras)*, v. 31, p. 45-60, 2015.

SCOTT, Joan Wallach et al. **Gender and the Politics of History**. Columbia University Press, 1999.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. *Educação e Realidade*, 20(2), 71–99, 1992.

SILVA, Fabiane Ferreira da; RIBEIRO, Paula Regina Costa. Trajetórias de mulheres na ciência: "ser cientista" e "ser mulher". **Ciência & Educação (Bauru)**, v. 20, p. 449-466, 2014.

SILVA, Joasey Pollyanna Andrade da; CARMO, Valter Moura do; RAMOS, Giovana Benedita Jaber Rossini. As quatro ondas do feminismo: lutas e conquistas. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 7, n. 1, p. 101-122, 2021.

SINGER, Paul; BRANT, Vinícius Caldeira (Orgs.). **São Paulo: o povo em movimento**. Petrópolis: Editora Vozes; São Paulo: CEBRAP, 1980.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. **Biblos**, p. 31-71, 2000.

TEIXEIRA, Marilane. **Um olhar da economia feminista para as mulheres: os avanços e as permanências das mulheres no mundo do trabalho entre 2004 e 2013**. Tese (Doutorado)– Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2017. 228 p. Acesso em: 22 fev. 2022. Às 15:45.

VARGAS, Roxana Arroyo. Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho. **Revista IIDH**, nº. 53, 2011, p. 35-62.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇA E ADOLESCENTES NA INDÚSTRIA DOS E-GAMES À LUZ DA LGPD

The protection of personal data children and teenagers
In the e-games industry according to the lgpd

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	29/08/2023

Allan Santos Coelho¹
Amanda Maia Ramalho²

RESUMO

O presente artigo visa discutir acerca da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes na indústria dos *e-games* à luz da LGPD, abordando quais os impactos das novas tecnologias de comunicação de informação nas atividades de lazer desse público-alvo que, inegavelmente, é tido como um nicho mercadológico responsável pela obtenção de lucros numerosos para grandes empresas. Bem como, aborda-se quanto ao papel da LGPD na proteção dos dados dessas crianças e adolescentes no ciberespaço. A pesquisa desenvolvida possui viés qualitativo, baseado em pesquisa bibliográfica sobre o tema proposto. Como também, o seguinte problema de pesquisa: de que forma a LGPD ampara os dados pessoais das crianças e adolescentes frente à indústria de *e-games*? A referida indagação é discutida ao longo da pesquisa, chegando à conclusão de que, embora a LGPD seja limitada quanto a essa matéria, ela reforça a importância das empresas se adequarem à necessidade de informar as crianças e adolescentes quanto ao processamento de seus dados.

Palavras-chave: Proteção de dados; E-GAMES; LGPD; crianças; adolescentes.

ABSTRACT

The present article aims to discuss the protection of personal data of children and teenagers in the e-gaming industry according to the LGPD. It addresses the impacts of new information communication technologies on leisure activities and the role of the LGPD in protecting the data of this target audience, which is undeniably considered a market niche responsible for generating significant profits for large companies. The conducted research has a qualitative bias and it's based on bibliographic research on the proposed topic, as well as the following research problem: how does the LGPD safeguard the personal data of children and teenagers in the e-gaming industry? The aforementioned question discussed throughout the research,

¹ Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA.

² Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (MS). Professora da Graduação do Centro Universitário do Pará- CESUPA. Advogada.

leaded to the conclusion that, although the LGPD is limited in this matter, it reinforces the importance of companies adapting to the need to inform children and teenagers about the processing of their data.

Keywords: Data protection; E-GAMES; LGPD; children; teenagers.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização trouxe mudanças significativas sobre o modo de interação entre humanos, uma vez que os meios de comunicação digitais, em conjunto com o advento da internet, possibilitaram uma verdadeira conexão entre pessoas localizadas nos mais diversos espaços do globo, sem distinção de etnias, gênero e idade. Isto, por sua vez, permitiu romper barreiras de comunicação e integrar os mais diversos tipos de povos, culturas e costumes no ciberespaço. Diante deste cenário, agora considerado um cenário hipermoderno, cada vez mais se observa a predominância das tecnologias no cotidiano de toda a sociedade, seja no âmbito laboral ou de mero lazer.

Nesse sentido, com o advento da sociedade informacional, a indústria de *games* ganha destaque como forma de entretenimento e educação. Os *e-games* são um mercado em grande expansão, registrou crescimento significativo e constante, apresentando número recorde de usuários durante a pandemia da Covid-19, com alta de 75,8% no consumo de jogos brasileiros, indo de encontro a outros setores que foram demasiadamente afetados (BLUM, 2021).

Dessa forma, o mercado de jogos digitais movimentou em 2020 uma receita de US \$128,3 bilhões, apresentando estimativa de US \$200 bilhões para o ano de 2023 (BLUM, 2021; PACETE, 2022). Ressalte-se que a medida em que essas métricas se elevam, também aumentam a quantidade de dados processados. Portanto, deve-se compreender a importância da proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tornando-se imprescindível explorar os fundamentos e as ramificações da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018).

A expressão “jogos eletrônicos” está intimamente ligada ao desenvolvimento do entretenimento de crianças e adolescentes num mundo tecnológico e globalizado. E, ao longo dos anos, as pesquisas publicitárias acerca do potencial dos games foram se desenvolvendo, de modo a criar nichos de mercado.

Muitos jogos, inclusive, são desenvolvidos especialmente para o público infanto-juvenil, os quais possuem como público-alvo, crianças e adolescentes com faixa etária bem

definida. Essa, portanto, acaba por ser uma estratégia de mercado bastante coerente, visto que a publicidade gerada para esses tipos de jogos, acaba por obter uma linguagem mais apropriada para atrair seus usuários.

A apresentação histórica de como esses jogos foram se desenvolvendo ao longo do tempo, segundo Lima, Brandão e Lins (2016), é que remonta a experimentações acadêmicas na década de 1940. E com o passar do tempo, foram se desenvolvendo ainda mais ao longo da década de 50 e, desde então, evoluíram muito em termos de imersividade e complexidade. Na década de 70 e 80, os fliperamas e consoles domésticos eram populares entre crianças e adolescentes. No entanto, após o crash de 1983, os jogos casuais começaram a se dissipar com a chegada da geração 8 bits. O público dos jogos eletrônicos pós-crash era composto por jovens habituados à imersividade e complexidade da nova safra de jogos provenientes dos computadores domésticos.

Entretanto, aquilo que eram experiências de entretenimento pessoal, hoje é a base de sustento de jovens e adultos, como os *streamers*. Logo, com o advento da era digital, e as mais diversas formas de inserção de tecnologias ligadas ao nosso cotidiano, os jogos eletrônicos tornaram-se uma ferramenta integrante na vida dessas crianças e adolescentes.

E acompanhados desse promissor mercado, inúmeros desafios devem ser enfrentados, dentre eles, destacamos o agravamento da vulnerabilidade das crianças e adolescentes, uma vez que esses jogos ligados a rede, operam por meio de coleta de dados pessoais, de modo que pode-se verificar potenciais violações da privacidade dos dados, permitindo aos desenvolvedores criarem bancos de dados, analisar hábitos e preferências, a fim de oferecer aos consumidores produtos que lhe despertem interesse. (BLUM, 2021)

Ademais, a indústria de jogos eletrônicos passou e passa por grandes transformações, levando às formas de monetização, microtransações, agravando a vulnerabilidade dessas crianças, haja visto que elas não possuem a mesma percepção que um adulto para identificar os valores despendidos em um jogo. (BLUM, 2021)

Partindo dessas premissas, a presente pesquisa objetiva responder ao seguinte problema: De que forma a LGPD ampara os dados pessoais das crianças e adolescentes frente à indústria de *e-games*?

Para responder ao referido problema de pesquisa, será analisado, na primeira seção do trabalho, o conceito de capitalismo de vigilância e a proteção de dados em contexto geral. Em seguida, na segunda seção, é abordado o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pela LGPD. Por derradeiro, na terceira seção discute-se a relação entre a indústria dos *e-games* e o compartilhamento de dados da criança e do adolescente.

Com o intuito de assegurar o propósito da investigação e fornecer exemplos situacionais ao leitor, a metodologia adotada destaca-se pela abordagem qualitativa (STAKE, 2011). Essa abordagem foi embasada principalmente em pesquisa bibliográfica, incluindo artigos científicos e fontes confiáveis (MARCONI; LAKATOS, 2021). Destaca-se a relevância das obras dos pesquisadores Dennis Verbicaro e Bruno Miragem, que foram fundamentais para embasar este estudo, especialmente em relação ao enfoque no Direito do Consumidor. Adicionalmente, a pesquisa realizada pelo Instituto Alana desempenhou um papel significativo ao fornecer uma revisão teórica sobre a utilização de dados pessoais de consumidores infantojuvenis na indústria dos *e-games*, abordando também a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Por fim, é importante frisar que este artigo irá considerar a faixa etária prevista no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8.069 de 1990), o qual afirma em seu art. 2º que: “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990, online).

2 CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E A PROTEÇÃO DE DADOS

O capitalismo de vigilância representa um paradigma econômico que se baseia na utilização da experiência humana como um recurso não remunerado, convertido em dados comportamentais. Esses dados são empregados para alimentar processos avançados de produção conhecidos como “inteligência de máquina” e transformados em produtos preditivos capazes de antecipar as ações de um indivíduo específico no presente, futuro próximo e futuro distante. Esse modelo engendra uma forma de poder denominada instrumentarismo, que visa compreender e influenciar o comportamento humano em benefício de terceiros (ZUBOFF, 2021).

A era da hipermodernidade trabalha, portanto, a “*Pescaria de Tolos*”, a que aludem George Akerlof e Robert Shiller, ou seja, levar as pessoas a fazerem coisas que são do interesse do pescador (fornecedor), mas não do interesse do alvo (consumidores). Está relacionada a fisgar, deixar cair uma isca artificial na água, sentar e esperar até que o peixe cauteloso nade, cometa um erro e seja fisgado (VERBICARO; OLIVEIRA, 2021, online).

Nesse sentido, na era do capitalismo de vigilância, o modelo de negócio baseado em dados pode vir representar uma grave ameaça à privacidade e à intimidade de crianças e

adolescentes, enquanto os operadores e desenvolvedores de tecnologias se utilizam da coleta de dados para fins comerciais e modulação comportamental, monitorando as atividades e o comportamento das pessoas na internet, com intuito comercial. (INTERNETLAB; ALANA; CONSUMO, 2021).

O processamento automatizado de dados pessoais pode acarretar riscos, ao viabilizar a obtenção de conhecimento sobre a conduta pública e privada das pessoas, em seus menores detalhes. Portanto, é de suma importância ter conhecimento dos princípios e das leis que regem a proteção de dados pessoais, a fim de garantir a segurança e a privacidade das informações pessoais. Logo, da mesma forma que ocorre em diversas nações com regulamentações relativas à coleta de dados pessoais, no contexto brasileiro, é imprescindível garantir a proteção desses dados, especialmente quando se trata de indivíduos hipervulneráveis, uma vez que a privacidade está configurada como um direito fundamental no inciso X do art. 5º, da nossa Constituição Cidadã (BRASIL, 1988, online).

Isto é, houve uma espécie de adaptação do nosso ordenamento, ante aos desenvolvimento tecnológico. É o que dispõe Doneda (*apud* MENDES, 2014, p. 29):

Além de adquirir um caráter positivo e de ser reconhecido no âmbito internacional, o direito à privacidade transformou-se para fazer emergir a dimensão de proteção de dados pessoais, à medida que surgiram novos desafios ao ordenamento jurídico a partir do tratamento informatizado dos dados.

Nesse contexto, é fundamental que os operadores e desenvolvedores de tecnologias respeitem as legislações pertinentes à proteção de dados pessoais, garantindo a efetividade da liberdade do cidadão, em especial das crianças e adolescentes, em escolher se deseja ou não fornecer suas informações pessoais, ao mesmo tempo, em que estabelecem medidas de proteção para situações em que essa liberdade de escolha é restringida por possíveis contingências.

3 TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) afirma, em seu art. 3º, que as crianças e os adolescentes:

[...]gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990, online, grifo nosso)

E mais, tal estatuto traz também, em seu art. 4º, o dever da família, comunidade, sociedade e Poder Público “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” das crianças e adolescentes (BRASIL, 1990, online). Isto respeita o preconizado na própria Constituição Federal, no *caput* do artigo 227, que além deste dever também incumbe a sociedade brasileira em colocar os jovens “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988, online).

Nesse sentido, tais legislações destacam a condição intrinsecamente vulnerável dessas crianças e adolescentes, demandando uma proteção abrangente e integral. Por isso, é imprescindível destacar que há duas características inerentes a esses indivíduos que devem ser ressaltadas, sendo: a vulnerabilidade e a sua hipervulnerabilidade. Da primeira, é importante frisar que é uma condição presumida e prevista em lei, merecendo especial cuidado, uma vez que a vulnerabilidade é o estado daquele que têm seus direitos mais facilmente violados, associado à ideia de fraqueza ou debilidade do sujeito em detrimento das qualidades ou condições que lhe são inerentes (MIRAGEM, 2016; VERBICARO; BOAVENTURA; RIBEIRO, 2019).

Portanto, também, deve ser reconhecida a condição das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, tendo em vista sua maturidade física e intelectual, com necessidade de cuidado e proteção especiais, como proclamado pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (UNICEF, 1959).

Nesse sentido, tal grupo pode ser conhecido como hipervulnerável, haja vista que a vulnerabilidade é agravada em razão de portar a condição particular de pessoas em desenvolvimento (art. 69, I do ECA), os tornando mais suscetíveis ao convencimento, bem como não apresentam, em regra, controle sobre os aspectos práticos da contratação na relação de consumo (MIRAGEM, 2016).

Isso também significa que os pais têm uma responsabilidade importante em proteger os dados pessoais de seus filhos, estabelecendo limites claros sobre o uso de dispositivos digitais e aplicativos, monitorando as atividades online das crianças e ensinando-as sobre segurança na internet. Além disso, é importante que os pais estejam cientes das políticas de privacidade das empresas que coletam dados pessoais de seus filhos e tomem medidas para proteger esses dados.

Por conseguinte, pode-se interpretar que o processamento de informações pessoais de crianças e adolescentes deve considerar sua condição particular como indivíduos em desenvolvimento (art. 6º do ECA), a fim de assegurar a proteção integral desses sujeitos. Adicionalmente, a LGPD determina que para o tratamento desses dados, requer-se o consentimento específico e destacado dos pais ou responsáveis legais, exceto em circunstâncias excepcionais previstas na legislação. A norma também estabelece a obrigação de adotar medidas técnicas e administrativas para garantir a segurança dos dados pessoais dos menores de idade (BOTELHO, 2020).

Observa-se que a redação do *caput* do artigo 14, da LGPD, ao estabelecer que "o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente" (BRASIL, 2018, online), desempenhando um papel essencial na proteção constitucional desses indivíduos. Essa disposição estabelece diretrizes específicas sobre como o tratamento de dados dessas categorias deverá ser conduzido, visando garantir a promoção do bem-estar e dos interesses dessas crianças e adolescentes.

Em detrimento a tais dispositivos, cita-se o estudo realizado por Vianna, Meneghetti e Peinado (2022), onde foram identificadas diferentes perspectivas e críticas por parte dos pais e tutores em relação ao uso de mídias e dispositivos digitais por crianças. Isto porque se observou que a responsabilidade foi atribuída única e exclusivamente aos próprios pais, em relação a estruturas dos jogos fornecidos o acesso às crianças.

Ao analisar a conversão dos dados quantitativos em qualitativos, percebeu-se que os pais e tutores reconheceram o aumento significativo no uso de jogos, aplicativos e canais infantis por parte das crianças durante a pandemia. No entanto, constatou-se que eles não desenvolveram o hábito de ler os termos de consentimento ou desconhecem onde encontrá-los. Essa constatação não necessariamente indica plena confiança dos entrevistados nas plataformas, mas também não atribui às organizações responsáveis a responsabilidade pelo uso dos dados das crianças.

Em resumo, o estudo revela que os pais e tutores reconhecem o aumento no uso de tecnologias por parte das crianças, mas não estão atentos aos termos de consentimento ou não sabem como acessá-los. Essa falta de conscientização dos pais sobre a gestão dos dados das crianças não isenta as organizações envolvidas de responsabilidade, embora também não indique uma confiança plena por parte dos entrevistados.

Ademais, para além das disposições da LGPD, é importante ressaltar que o art. 100, parágrafo único, alínea "V" do ECA, também desempenha um papel crucial na proteção das

crianças. Esse artigo estabelece que a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos adolescentes devem ser realizadas com respeito à sua intimidade, direito à imagem e reserva da vida privada.

Portanto, a combinação de legislações reforça os direitos das crianças e reitera a importância por considerar sua condição peculiar como sujeitos em desenvolvimento, estabelecendo diretrizes específicas para assegurar que suas informações pessoais sejam tratadas com cuidado e respeito, promovendo um ambiente seguro e preservando sua privacidade.

4 INDÚSTRIA DOS E-GAMES E O COMPARTILHAMENTO DE DADOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece em seu artigo 43, que qualquer abuso perpetrado por empresas em relação à utilização dos dados pessoais de consumidores ou sua omissão na implementação de sistemas de proteção de privacidade, caracteriza-se o dano moral e o dever de indenização.

Isto porque o direito à privacidade no Brasil, baseia-se no controle das informações pessoais e no consentimento do titular cujo objetivo é resguardar o direito fundamental à intimidade e à vida privada do indivíduo, incluindo a privacidade dos dados pessoais e a autodeterminação das informações, cujos princípios estão voltados a salvaguardar a personalidade e a privacidade do consumidor. Desse modo, a utilização dos dados pessoais de crianças e adolescentes, em contexto distinto daquele previamente autorizado pelos seus responsáveis, transgredir o princípio da finalidade e implica na violação da privacidade desse consumidor.

Por conseguinte, verifica-se que para a construção de perfis (*profiling*) dessas crianças e adolescentes, utilizam-se de técnicas de compilação de inúmeros dados, que abrangentemente, consegue retratar a personalidade desses indivíduos. O objetivo dessa técnica é obter uma representação detalhada e confiável, visando principalmente a previsibilidade de padrões de comportamento, preferências, hábitos de consumo e gostos deste consumidor. Essa técnica também desempenha um papel fundamental na tomada de decisões relevantes relacionadas a consumidores, trabalhadores e cidadãos em geral, tendo impactos significativos em suas vidas e no acesso a oportunidades sociais. Entretanto, os riscos associados à construção de perfis, não se limitam à mera agregação de dados, mas residem na capacidade impressionante de combinar inteligentemente diversos dados,

formando novos elementos informativos. Essa capacidade de combinação inteligente é exatamente onde reside a ameaça (MENDES, 2014).

A criação de perfis dos consumidores é problemática em diversos aspectos: perfis apresentam riscos à esfera privada e íntima, uma vez que possibilitam a manipulação relativa à sua vontade, bem como ensejam o mau uso dos dados no perfil. Problemático é também que o perfil seja criado sem o conhecimento e o consentimento do consumidor, sem que seja assegurada adequada proteção do sujeito submetido a essa técnica. (MENDES, 2014, p. 111 *apud* SCHWENKE, 2006, p. 127-128)

A aplicabilidade da LGPD em relação ao mercado de jogos, segundo Ochsendorf (2021), dispõe que deve-se exigir que as empresas deste setor, bem como os terceiros que recebem os dados, estejam conforme a legislação. O autor afirma que essa conformidade com a LGPD é essencial para garantir vantagem competitiva no mercado e conquistar a confiança dos jogadores, oferecendo produtos focados na privacidade dos consumidores.

Isso inclui a adoção de medidas como o desenvolvimento de contratos e termos de uso adequados, e a aplicação dos conceitos de *privacy by design* e *privacy by default*, a criação de canais apropriados para o recebimento e análise de solicitações de dados, a atualização dos documentos de governança e a conscientização de toda a estrutura organizacional por meio de políticas de privacidade adequadas.

Sobre esse assunto relacionado medidas adequadas, Peck, Oliveira e Arantes (2022, online) dirão que:

[...] as empresas envolvidas na indústria de games devem se atentar na necessidade se adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei nº 13.709/18) uma vez que essa se aplica a qualquer operação de tratamento de Dados Pessoais realizadas no país, inclusive para operações em meios digitais, como no caso dos jogos eletrônicos.[...]destaca-se que as empresas devem tratar apenas os Dados Pessoais efetivamente necessários para suas atividades, especialmente quando o jogo for disponibilizado para crianças e adolescentes, em que a lei exige maior rigor por parte de quem vai tratar o dado.

Então, no âmbito geral, um dos principais desafios dessas empresas é se adequarem à LGPD, que se aplica a qualquer operação de tratamento de Dados Pessoais realizadas no país, inclusive para operações em meios digitais, como no caso dos jogos eletrônicos. Logo, elas precisam se atentar à privacidade e proteção dos dados pessoais dos usuários, fornecendo informações claras e acessíveis sobre o tratamento desses dados e evitando violações que possam resultar em multas financeiras e sanções administrativas (PECK; OLIVEIRA; ARANTES, 2022).

Para demonstrar o quão grande é a importância do tratamento dos dados de crianças e adolescentes, trazemos como exemplo a Twitch, plataforma de *streaming* que pertence à Amazon, ter sido hackeada e ter o seu código-fonte completo vazado na internet (FANTINATO, 2021, online), a postura da empresa segundo Bertolozzi (2021, online), foi que:

[...] Em outubro de 2021, portanto, a Twitch atualizou notas sobre privacidade e as transformou em um “Aviso de Privacidade”, tendo sido este citado, inclusive, nos termos de serviço da plataforma. Desde então, foram publicados detalhes sobre quais informações pessoais são coletadas, direitos e escolhas dos titulares de dados, além de outras pontuações sobre segurança, privacidade e retenção de dados.

Entretanto,

[...] mesmo somente dentro do âmbito da plataforma de streaming, é complexa a efetivação da regulação. Afinal, ao alcance de um clique, crianças podem acessar o site e registrar-se mesmo que sua idade vá contra os termos de serviço e o aviso de privacidade. Este é um problema que não compete apenas à Twitch, mas também à sociedade, à educação parental e aos limites que precisam ser impostos, porém é inegável que a quantidade de dados coletados, sobretudo dados públicos quando tais crianças passam a realizar *streamings* (vídeos de partidas de jogos que muitas vezes contêm imagens em tempo real de seu rosto e sua voz), acendem um alerta para a necessidade de se pensar em outros meios de efetivar a regulação. (BERTOLOZZI, 2021, online).

Destarte, quando se fala em “melhor interesse” desta criança e adolescente, verificamos que há uma mitigação das consequências trazidas destas escolhas ante à indústria de *e-games*. Isto porque, como visto no exemplo acima, não há um devido controle do consentimento específico e em destaque de pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (§1º, art. 14 da LGPD), tendo em vista que não há um esclarecimento dos Termos de Uso e Políticas de Privacidade de serviços e produtos voltados para esse público infanto-juvenil, bem como a linguagem não é clara e objetiva, o que dificulta a aferição da faixa etária e o grupo que se almeja atingir, ferindo aos princípios da finalidade e transparência.

De modo consequente, vemos que no âmbito digital, em uma economia movida a dados, o uso de dados pessoais é uma constante fonte de poder para as empresas, representam um dos bens mais valiosos, sendo intitulados como a mineração de riquezas informacionais, que partir de sua coleta e análise massiva permitem o rastreamento dos perfis comportamentais dos usuários (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

Diante dessa perspectiva, não há como ignorar que a proteção dos dados pessoais atinge um local de destaque em nível nacional e mundial, principalmente quando relacionados às crianças e adolescentes, haja vista que a possibilidade de se extrair padrões de

comportamentos através dos dados pessoais, *a priori*, não exclui dessa coleta e análise os dados das crianças e adolescentes.

Percebe-se que no meio digital, o público infantil, está mais suscetível a fornecer seus dados. Isso porque, diante de seu estado de desenvolvimento, não tem percepção sobre a intenção comercial, e por constituírem um mercado mundialmente rentável, a cada dia estão sendo expostos a produtos e serviços digitais que compõem vários modelos de negócios adotados por empresas que se beneficiam da coleta e do tratamento de dados pessoais (MAGRO; FORTES, 2020).

O público infanto-juvenil representa uma grande parcela do mercado consumidor dos *e-games*, uma vez que os games atingem tanto o espaço de lazer, quanto de ensino. Assim, o referido público está especialmente exposto aos riscos da era digital, sendo mais propensos a ter violado sua intimidade e personalidade, a partir de práticas predatórias do mercado que pautam-se na modulação e manipulação comportamental, sendo agravada pela falta de transparência sobre a destinação e tratamento de seus dados, haja vista que muitas vezes os pessoais dos usuários são utilizados para criação de perfis para tomada de decisão automatizada, microssegmentação da publicidade ou pela venda dos dados a terceiros (INTERNETLAB; ALANA; CONSUMO, 2021).

As mudanças dos paradigmas sociais e o surgimento de novas tecnologias permitiu o uso dos *games* como forma de conferir vínculo entre os usuários e as empresas, assim, passou-se a aprimorar as técnicas de publicidade, propaganda a partir de um complexo sistema de monitoramento. Assim, através da possibilidade de receber prêmios ou receber conteúdos *online* gratuitos, às crianças e adolescentes são motivados a fornecer suas informações pessoais, sem que compreendam os riscos envolvidos nesse fornecimento (MAGRO; FORTES, 2020; VERONESE; SILVA, 2011).

Nesse contexto, este grupo não possui desenvolvimento suficiente para identificar o funcionamento da indústria de jogos, os perigos do fornecimento dos dados pessoais e seus reflexos. Bem como, não conseguem distinguir uma publicidade de um conteúdo e não conseguem identificar total ou parcialmente o seu caráter persuasivo. Tal realidade, torna-se mais afetada diante da construção do modelo comportamental do usuário, que junto com os algoritmos, identificam qual a publicidade mais eficaz para um determinado momento, culminando em campanhas de publicidades direcionadas (INTERNETLAB; ALANA; CONSUMO, 2021).

Portanto, o setor de *games* deve observar as disposições legais advindas da LGPD, para a coleta de dados de crianças e adolescentes no mercado digital, a fim de não violar o seu direito à privacidade.

[...] uma alternativa para adequar o Aviso de Privacidade às características dos usuários é torná-lo lúdico e dinâmico, utilizando-se de recursos audiovisuais. [...] com animações que consigam explicar às crianças e aos adolescentes o que são dados pessoais, quais deles são tratados naquela aplicação e o porquê desse tratamento, bem como o que acontecerá com eles depois de utilizados no jogo. (BLUM, 2021, p. 12)

Mas, conforme exposto no trecho supracitado, uma possível solução para essa formulação ambivalente entre a realidade destes usuários e aquilo que propõe o §6º do artigo 14, na qual é trazida por Blum (2021), que acredita na necessidade de tornar os avisos de privacidade mais dinâmicos e lúdicos, a fim de promover uma linguagem mais criativa e que se comunique de forma eficaz com o público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, percebeu-se que, ainda que a LGPD seja limitada quanto a essa matéria, ela reforça a importância das empresas se adequarem à necessidade de informar as crianças e adolescentes quanto ao processamento de seus dados. Isto, ainda, tratando-se de instrumentos digitais e gamificados, torna-se imprescindível a utilização da criatividade e das ferramentas audiovisuais disponíveis pela própria ferramenta, para fazer valer a informação quanto ao aviso de privacidade.

E mais, considerando que o desenvolvimento intelectual de crianças e adolescentes não conseguirá cobrar de forma efetiva para qual finalidade e quais os objetivos no tratamento dos seus próprios dados, percebemos que a preocupação que merece destaque advém da “lacuna” pela qual não é possível aferir se o consentimento dado no uso desses jogos, realmente virá dos pais e/ou responsáveis do menor, fazendo com que os controladores tenham de garantir que esse consentimento seja real e válido.

E, mesmo ocorrendo esse consentimento pelos responsáveis, isso necessariamente não significa que essa autorização garantirá a proteção dos dados pessoais dos menores. Portanto, isso ficará a cargo de tecnologias disponíveis que terão que demandar esforços razoáveis para verificação da idade (§5º, art. 14 da LGPD).

Essa preocupação também é válida, diante do crescimento exponencial de usuários de 11 a 17 anos que efetuaram compras de jogos na internet, mais especificamente 24% só em 2021 (COMITÊ..., 2021, p. 84). E diante disso, acreditamos que participação infanto-juvenil

não assistida pode causar muitos prejuízos, e que o Estado deve promover políticas públicas que se mostrem efetivas, com a finalidade de mitigação desses possíveis prejuízos. Bem como, deverá avaliar qual o grau de responsabilidade das plataformas de jogos ante a exposição dessas crianças e adolescentes. Pois, o que vemos é uma massiva e frequente exposição algorítmica de propagandas que interferem na escolha livre desses usuários perante suas vulnerabilidades, impactando diretamente no seu bem-estar.

Por fim, resta evidente que são diversas as possibilidades para as empresas sérias realizarem a sua atividade econômica sem deixar de cumprir com a sua responsabilidade social. No entanto, o que se observa é a transferência de responsabilidade, exclusivamente aos próprios pais, em relação às estruturas dos jogos que são fornecidos o acesso às crianças, e os desdobramentos dessa utilização.

Dessa forma, é inegável que ainda estamos diante de um cenário no qual as empresas se aproveitam da vulnerabilidade algorítmica dos usuários, de modo a atribuí-los à responsabilidade e o risco da própria atividade empreendedora. O que se torna ainda mais preocupante tendo em vista que se trata de um público-alvo infanto-juvenil, o qual deve ser protegido de qualquer tipo de violação.

REFERÊNCIAS

BERTOLOZZI, Thayla Bicalho. **Só não pode tirar um:** dados de crianças e adolescentes no universo gamer da Twitch. 2021. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/pesquisa/catedras-e-convenios/catedra-oscar-sala/ensaios/so-nao-pode-tirar-um-dados-de-criancas-e-adolescentes-no-universo-gamer-da-twitch>. Acesso em: 21 maio 2023.

BLUM, Opice (org.). **E-GAME:** principais desafios enfrentados pelos empreendedores. São Paulo: Opice Blum, 2021. Disponível em: https://opiceblum.com.br/wp-content/uploads/2019/07/cartilha_e_games_versao_final_02.09.pdf. Acesso em: 01 nov. 2022.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 197-231, 24 jun. 2020. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas UNIFAFIBE. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/705>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids online Brasil 2021**: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor de Internet no Brasil, 2021. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20221121120124/tic_kids_online_2021_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 02 dez. 2022

FANTINATO, Giovanna. **Twitch é hackeada e tem código-fonte completo vazado na internet**. 2021. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/twitch-e-hackeada-e-tem-codigo-fonte-completo-vazado-na-internet/>. Acesso em: 21 maio 2023.

INTERNETLAB; ALANA, Instituto; CONSUMO, Criança e (org.). **O direito das crianças à privacidade**: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. São Paulo: Contribuição Conjunta Para O Relator Especial Sobre O Direito À Privacidade da ONU, 2021. Disponível em: https://internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/03/ilab-alana_criancas-privacidade_PT_20210214-4.pdf#:~:text=A%20exposi%C3%A7%C3%A3o%20das%20crian%C3%A7as%20at%C3%A9,do%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a. Acesso em: 01 nov. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2022. 341 p. *E-book*. ISBN 9788597026580. Atualização da edição João Bosco Medeiros. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026580/>. Acesso em: 27 maio 2022.

LIMA, Flávio; BRANDÃO, Luis Rodrigo Gomes; LINS, Paula Cristina Pereira. **Design e Inovação Tecnológica na indústria de videogames**: nintendo, um estudo de caso. *Design & Complexidade*, [S.l.], p. 83-106, 30 dez. 2016. Editora Blucher. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5151/9788580392159-05>. Acesso em: 18 mai. 2023.

MAGRO, Diogo dal; FORTES, Vinícius Borges. TOYS THAT LISTEN E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS A PARTIR DA VIGILÂNCIA POR BRINQUEDOS ONLINE: os casos hello barbie e my friend cayla. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 22-42, 28 dez. 2020. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Disponível em: [10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2020.v6i2.6926](https://www.conpedi.org.br/revista/index.php/revista/article/view/2526-0049/2020.v6i2.6926). Acesso em: 11 nov. 2022.

MENDES, Laura S. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição.** Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 21 maio 2023.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança,** 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 25 mai. 2023.

PACETE, Luiz Gustavo. **2022 promissor:** mercado de games ultrapassará US\$ 200 bi até 2023. mercado de games ultrapassará US\$ 200 bi até 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/01/com-2022-decisivo-mercado-de-games-ultrapassara-us-200-bi-ate-2023/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PECK, Patricia; OLIVEIRA, Bruno Soares de; ARANTES, Gabriel. **Como o ecossistema dos games impacta a legislação brasileira:** mais de 70% dos brasileiros afirmam usufruir de jogos eletrônicos como meio de diversão ou passatempo. Mais de 70% dos brasileiros afirmam usufruir de jogos eletrônicos como meio de diversão ou passatempo. 2022. Disponível em: <https://exame.com/bussola/como-o-ecossistema-dos-games-impacta-a-legislacao-brasileira/>. Acesso em: 21 maio 2022.

STAKE, Robert E.. **Pesquisa qualitativa:** estudando como as coisas funcionam. Porto Alegre: Penso, 2011. Tradução: Karla Reis; revisão técnica: Nilda Jacks. E-book. ISBN 9788563899330. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788563899330/>. Acesso em: 27 maio 2023.

VERBICARO, Dennis; BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A Proteção Integral e o melhor interesse da Criança no contexto das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 122, p. 89-111, mar. 2019.

VERBICARO, Dennis; CALANDRINI, Jorge. NUDGES NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CIBERESPAÇO: UM EMPURRÃO PARA INCENTIVAR DECISÕES RACIONAIS DOS CONSUMIDORES. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 142, p. 185-214, jul. 2022.

VERBICARO, Dennis; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **É possível falar de soberania do consumidor no capitalismo de vigilância?** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-04/garantias-consumo-possivel-falar-soberania-consumidor-mercado-capitalismo-vigilancia>. Acesso em: 25 maio 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. O tratamento jurídico conferido aos jogos eletrônicos no Brasil:: a necessidade de conciliar entretenimento com a proteção dos demais direitos fundamentais de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 99, p. 89-110, 2011. Disponível em:

https://nudiufsm.files.wordpress.com/2011/06/revista-99-versc3a3o-integral__p91-112.pdf. Acesso em: 01 nov. 2022.

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; PEINADO, Jurandir. Capitalismo de vigilância, poder da digitalização e as crianças: uma análise do discurso de pais e tutores. **Cadernos Ebape.Br**, [S.l.], v. 20, n. 5, p. 624-638, out. 2022. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395120210159>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/88174/82899>. Acesso em: 18 maio 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. 800 p. Tradução de George Schlesinger. Disponível em: https://livrogratuitosja.com/wp-content/uploads/2021/03/A-Era-do-Capitalismo-de-Vigilancia-by-Shoshana-Zuboff-z-lib.org_.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

OS REFLEXOS DA LEI COMPLEMENTAR N° 194/2022 NA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ENTES SUBNACIONAIS

The reflections of complementary law n° 194/2022 on the tax jurisdiction of subnational entities

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	05/06/2023

Luciano Cavalcante de Souza Ferreira¹
Bruna Farias Marques dos Reis²
Enos Richter Silva Souza³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar como o exercício legisferante de estabelecer normas gerais por parte da União impactou a competência tributária dos Estados, especialmente no que se refere ao regime de tributação do ICMS e garantia da preservação do pacto federativo – autonomia financeira dos entes federados, a partir da publicação da Lei Complementar n° 194/2022. Utilizou-se como metodologia a descrição e análise das causas de pedir e pedidos expostos nas Ações Cíveis Originárias (ACOs: 3586, 3587, 3590, 3594, 3595, 3596, 3601, 3614 e 3620) propostas perante o STF por vários Estados em face da União, com base nos impactos gerados nas finanças subnacionais pelas alterações trazidas na Lei Complementar n° 194/22. Em conclusão, observou-se que o poder legisferante da União quanto ao estabelecimento de normas gerais, sobretudo de natureza financeira e tributária, se manejado sem maiores planejamentos e cuidados, é capaz de interferir e limitar as autonomias subnacionais, prejudicando o fortalecimento do pacto federativo.

Palavras-chave: ICMS; Competência Tributária; Pacto Federativo.

ABSTRACT

This article aims to analyze how the legislative exercise of establishing general rules by the Union impacted the tax competence of the States, especially with regard to the ICMS taxation regime and the guarantee of preservation of the federative pact - financial autonomy of the federated entities, from the publication of Complementary Law n° 194/2022. As a methodology, the description and analysis of the causes of action and requests exposed in the Original Civil Actions (ACOs: 3586, 3587, 3590, 3594, 3595, 3596, 3601, 3614 and 3620) proposed before the STF by several States against the Union, based on the impacts generated in subnational finances by the changes brought in Complementary Law n° 194/ 22. In

¹ Mestre em Direito - CESUPA, luciano.ferreira@prof.cesupa.br

² Aluna do curso de graduação Bacharelado em Direito - CESUPA, bruna19060243@aluno.cesupa.br

³ Aluno do curso de graduação Bacharelado em Direito - CESUPA, enos19060321@aluno.cesupa.br

conclusion, it was observed that the legislative power of the Union regarding the establishment of general rules, especially of a financial and tax nature, if handled without further planning and care, is capable of interfering and limiting subnational autonomies, undermining the strengthening of the federative pact.

Keywords: ICMS; Tax Competence; Federal Pact.

1 INTRODUÇÃO

A escalada de preços dos combustíveis, notadamente, ocasiona impactos negativos na economia do país. Assim, pressionado por fatores externos, como a crise mundial do combustível, o governo federal brasileiro vem adotando medidas na tentativa de conter o aumento dos preços do diesel, da gasolina e dos combustíveis em geral para manter o mercado interno estável.

No ano de 2022, foram sancionadas três leis complementares com teor tributário e financeiro, a fim de facilitar a arrecadação e limitar a tributação, principalmente do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre combustíveis.

Na primeira ação do governo federal, aprovou-se a Lei Complementar nº 190/2022 (LC 190/22), que de acordo com preâmbulo, alterou a Lei Complementar nº 87/1996 (LC 87/96 - Lei Kandir), regulamentando a cobrança do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Outra medida tomada, a Lei Complementar nº 192/2022 (LC 192/22), passou a dispor sobre a incidência monofásica do ICMS na cadeia produtiva dos derivados de petróleo, determinando ainda que o recolhimento caberá ao estado que ocorrer o consumo do combustível.

O último diploma legal, a Lei Complementar nº 194/2022 (LC 194/22), trouxe alterações na Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) e na Lei Kandir, definindo para fins de tributação de ICMS o que são as mercadorias e serviços considerados essenciais (introdução do art. 18-A no CTN), destacando os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo.

Estas alterações implicaram em impacto negativo nas receitas estaduais de forma imediata, vez que a redução da carga tributária não está sujeita a qualquer princípio de

anterioridade, aplicando-se instantaneamente o novo regime monofásico e as alíquotas reduzidas do ICMS sobre os combustíveis.

Por essas razões, a alteração do regime do ICMS, introduzida pelas LC 192/22 e LC 194/22, foi impugnada no Supremo Tribunal Federal (STF) via ADI 7191 e ADPF 984, ambas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Além destas ações de controle concentrado, onze estados brasileiros propuseram ações cíveis originárias perante o STF questionando a aplicação dos dispositivos da LC 192/22 e da LC 194/22, com a justificativa de que as normas são inconstitucionais, pois ferem o pacto federativo alcançando indevidamente a autonomia tributária, orçamentária e financeira dos entes federados.

Com base nesse contexto, este artigo tem por objetivo analisar como o exercício legisferante de estabelecer normas gerais por parte da União impactou a competência tributária dos Estados, especialmente no que se refere ao regime de tributação do ICMS e garantia da preservação do pacto federativo – autonomia financeira dos entes federados.

Para tanto, utilizar-se-á como metodologia a descrição e análise das causas de pedir e pedidos expostos nas Ações Cíveis Originárias (ACOs: 3586, 3587, 3590, 3594, 3595, 3596, 3601, 3614 e 3620) propostas perante o STF por vários Estados em face da União, com base nos impactos gerados nas finanças subnacionais pelas alterações trazidas na LC 194/22 e os seus reflexos.

2 ASPECTOS GERAIS DO PACTO FEDERATIVO

O Brasil tornou-se uma república em de novembro de 1889 de acordo com Carvalho Filho (2021), na Constituição de 1891 já se via características gerais de regime federativo à época. A principal característica do Estado federativo é a descentralização política e por isso as entidades da federação tem capacidade política própria para eleger seus representantes.

Segundo o autor (Carvalho Filho, 2021), a Constituição estabelece padrões à luz do princípio da simetria constitucional, reservando a cada ente federado autonomia e a capacidade política. Contudo, apesar da legitimidade, a União detém o poder político maior, entregando aos demais entes autonomia necessária. E complementa afirmando que "esta autonomia conferida aos entes federativos, está condicionada ao lastro financeiro que lhes permita atuar nas áreas demarcadas pela constituição" (CARVALHO FILHO, p.37, 2021).

Assim, para que isto aconteça é indispensável estabelecer um sistema de financiamento das administrações subnacionais, notadamente um sistema tributário, que sirva como meio pelo qual os estados auferam renda própria para gozar da relativa independência prevista no regime, ainda que haja repasses entre o ente nacional e os subnacionais.

No Brasil, especificamente nosso pacto federativo prevê também mecanismos de repartição de receitas públicas entre os entes federativos, visando equilibrar a distribuição dos recursos e promover a autonomia financeira de cada um. Esses mecanismos incluem o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), entre outros. Essas verbas são fundamentais para o financiamento de serviços públicos, investimentos em infraestrutura e atendimento de outras necessidades locais.

3 O SISTEMA TRIBUTÁRIO E O PAPEL DA NORMA GERAL

O Sistema Tributário Nacional compreende um conjunto de regras destinadas a regular a instituição, a cobrança, a arrecadação e a partilha de tributos. Esse sistema abrange disposições constitucionais, leis, decretos, portarias, instruções normativas e outras normas que estabelecem exigências fiscais no ordenamento jurídico.

O termo "sistema" implica em uma organização indicando uma hierarquia entre os dispositivos normativos. As normas não estão todas no mesmo nível, mas seguem uma estrutura escalonada. Isso significa que, para cobrar tributos dos cidadãos-contribuintes, o Poder Público deve seguir um conjunto de diretrizes, começando pela Constituição Federal. A matéria tributária está regulada pelo Capítulo I - Do Sistema Tributário Nacional, no Título VI - Da Tributação e do Orçamento, além de outras disposições tributárias espalhadas ao longo do texto constitucional.

Abaixo da Constituição está o Código Tributário Nacional (CTN) e as leis complementares, responsáveis por estabelecer as normas gerais no Direito Tributário, aplicáveis em todos os níveis da federação. Também fazem parte desse sistema as resoluções do Senado Federal e os atos normativos do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), juntamente com as leis que instituem e regulam a cobrança de cada tributo nos diferentes entes federativos.

Desse modo, a Constituição Federal estabelece princípios que orientam a tributação no país, como a legalidade, a igualdade, a capacidade contributiva, a anterioridade,

da irretroatividade, entre outros. Define ainda as competências tributárias entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A partir do texto constitucional, são construídas normas gerais que tendem a estabelecer estrutura de tributação de caráter nacional de alcance a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O Código Tributário Nacional, é um dos grandes exemplos de normas gerais em matéria tributária, que v. g. disciplina normas relativas aos procedimentos fiscais, como a obrigatoriedade de lançamento do tributo, a forma de determinação da base de cálculo e do valor do tributo, as regras para a fiscalização e a cobrança, os prazos para recolhimento, entre outros aspectos.

Como a pedra angular desta pesquisa, importante estabelecer no que consistem as normas gerais em matéria de direito tributário.

O conteúdo das normas gerais em matéria tributária está disposto no art. 146, inciso III e suas alíneas, da Constituição:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239^o (BRASIL,1988).

A atribuição da norma geral estabelecida pelo poder constituinte não é de divergir aos princípios da igualdade, autonomia municipal e sistema federativo. Pelo contrário, elas consolidam esses princípios constitucionais e estruturam as regras básicas a serem seguidas por todos os entes tributários federativos, promovendo segurança jurídica tributária e, portanto, impedindo interpretações distorcidas por parte das entidades públicas internas e facilita o conhecimento e a aplicação das normas jurídicas tributárias pelos contribuintes.

De acordo com Almeida (2016), o intérprete não pode, sob o pretexto de uma interpretação sistemática, utilizar-se de leis complementares para inovar ou anular vários

dispositivos constitucionais como o artigo 146 III, a, b, c, d, parágrafo único, I, II, III, IV a exemplo.

Na relatoria do RE 433.352-AGR, o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, pontuou que “a observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente as expectativas”.

Portanto, as leis complementares tributárias também têm o objetivo de alertar o intérprete/aplicador do Direito Constitucional Tributário sobre uma das características essenciais do modelo federativo brasileiro, que é a centralização constitucional e a maior concentração de competências legislativas e tributárias concedidas à União.

As normas gerais, por sua vez, devem conviver com o exercício da competência tributária que, segundo Luciano Amaro (2006, p. 93) consiste no:

[...] o poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Temos assim a competência tributária - ou seja, a aptidão para criar tributos - da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir o seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos.

Enquanto as normas gerais conferem padrão de estrutura comportamental à instituições, a competência tributária é orientada por esses padrões e deve ser exercida de modo a garantir a autonomia dos entes federativos, especialmente a autonomia financeira.

No entanto, as LC 192 e LC 194/22 representaram importante alteração no exercício da tributação do ICMS, implicando em redução de arrecadação e, por consequência, impactando no pacto federativo mediante a fragilização da autonomia subnacional.

4 ICMS E AS ALTERAÇÕES ESTABELECIDAS PELA LC 194/22

O ICMS, imposto incidente sobre a circulação de mercadorias e sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, está disciplinado no art. 155, inciso II, da Constituição, estando sob a competência tributária dos Estados e Distrito Federal.

Infraconstitucionalmente, o ICMS possui normas gerais estabelecidas sobretudo pela LC 87/96, famosa como Lei Kandir, que se encarrega de estabelecer os padrões nacionais de estruturação da tributação sobre o consumo de competência dos Estados e do Distrito Federal. É certo que há outras leis complementares com a mesma função, tais como as LC 192/22 e LC 194/22.

Esta estrutura é permeada por comando constitucional determinante da tributação seletiva em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço (§2º, III, art. 155, CF), o que significa dizer: busca-se uma menor carga tributária sobre os itens fundamentais para que a subsistência e bem-estar da população, de modo que sejam mais acessíveis em termos financeiros, assegurando assim a promoção da dignidade e o acesso mais justo e equitativo de bens e serviços básicos.

Esse mecanismo de seletividade da tributação não estava efetivamente sendo utilizado pelos Estados ao estabelecer, principalmente, elevadas alíquotas do imposto sobre energia elétrica e combustível – itens indispensáveis para os dias de hoje.

Diante deste contexto, de provável abuso por parte dos governos estaduais determinando alíquotas muito elevadas a bens essenciais, equiparando-os, por vezes, à tributação de produtos não essenciais, foi aprovada a LC 194/22, com intuito de limitar essa prática.

A LC 194/22 alterou o CTN, adicionando-lhe o art. 18-A, o qual fixa os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo como bens e serviços considerados essenciais para fins de tributação:

Art. 18-A. Para fins da incidência do imposto de que trata o inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo:

I – é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no caput deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

II – é facultada ao ente federativo competente a aplicação de alíquotas reduzidas em relação aos bens referidos no caput deste artigo, como forma de beneficiar os consumidores em geral; e

III – é vedada a fixação de alíquotas reduzidas de que trata o inciso II deste parágrafo, para os combustíveis, a energia elétrica e o gás natural, em percentual superior ao da alíquota vigente por ocasião da publicação deste artigo” (BRASIL,1966)

Nota-se que a lei estabeleceu aos Estados a fixação de alíquotas reduzidas aos produtos e serviços indispensáveis, menores que as de praxes aplicadas em seus respectivos regulamentos, beneficiando o contribuinte.

De outro modo, os Estados que já adotavam alíquota abaixo da alíquota geral, antes da publicação da LC 194/22, estão proibidos de alterar para um percentual maior (observe-se que a vedação está expressa no inciso III do art. 18-A do CTN somente em relação à combustíveis, energia elétrica e gás natural).

E complementação à alteração realizada no CTN, outro ponto de destaque foi a alteração da Lei Kandir (LC 87/96) em seu art. 32-A, conferindo o tratamnte de bens e serviços essenciais – não podendo serem tratados como supérfluos – os combustíveis, o gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo para a incidência do ICMS.

Como esse novel tratamento tributário definido em termos de normas gerais implicou na diminuição da carga tributária do ICMS, sobretudo pela delimitação do exercício da competência tributária pelos Estados e pelo Distrito Federal, determinou-se, ainda, na LC 194/22, o que se pode denominar de um "curativo" para as perdas de arrecadação decorrentes da limitação das alíquotas do ICMS:

Art. 3º - A União deduzirá do valor das parcelas dos contratos de dívida do Estado ou do Distrito Federal administradas pela Secretaria do Tesouro Nacional, independentemente de formalização de aditivo contratual, as perdas de arrecadação dos Estados ou do Distrito Federal ocorridas no exercício de 2022 decorrentes da redução da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) que exceda ao percentual de 5% (cinco por cento) em relação à arrecadação deste tributo no ano de 2021.

§ 1º - O total das perdas de arrecadação de ICMS do Estado ou do Distrito Federal irá compor o saldo a ser deduzido pela União.

§ 2º - As perdas de arrecadação dos Estados ou do Distrito Federal que tiverem contrato de refinanciamento de dívidas com a União previsto no art. 9º-A da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, decorrentes da redução da arrecadação do ICMS serão compensadas integralmente pela União.

§ 3º - A dedução a que se referem o caput e o § 2º deste artigo limitar-se-á às perdas de arrecadação de ICMS incorridas até 31 de dezembro de 2022 ou dar-se-á enquanto houver saldo de dívida contratual do Estado ou do Distrito Federal administrada pela Secretaria do Tesouro Nacional, o que ocorrer primeiro.

§ 4º - A compensação pelos Estados e pelo Distrito Federal das perdas de arrecadação de que trata o **caput** deste artigo será realizada por esses entes e abrangerá as parcelas do serviço da dívida administradas pela Secretaria do Tesouro

Nacional, e, adicionalmente ao disposto no **caput** deste artigo, poderão os Estados e o Distrito Federal desincumbir-se da obrigação de pagamento das parcelas do serviço da dívida com quaisquer credores, em operações celebradas internamente ou externamente ao País, em que haja garantia da União, independentemente de formalização de aditivo contratual, no montante equivalente à diferença negativa entre a arrecadação de ICMS observada a cada mês e a arrecadação observada no mesmo período no ano anterior. (BRASIL, 2022)

Observe-se o quanto fora proposto no referido art. 3º, da LC 194/22: com o intuito de minimizar o impacto na arrecadação dos Estados no exercício financeiro de 2022, estabeleceu-se que se a perda de arrecadação de ICMS estaduais for superior a 5% em relação ao ano anterior, o valor excedente aos 5% será deduzido dos contratos de dívida do Estado ou do Distrito Federal para com a União geridos pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

Os Estados que possuem contratos de refinanciamento de dívidas com a União serão totalmente compensados pelas perdas resultantes da redução na arrecadação. Determinou-se ainda, que essa compensação fosse realizada até o final do exercício de 2022 ou até o saldo da dívida ser quitado, o que ocorresse primeiro. Caso não houvesse compensação conforme mencionado acima, o Estado ficaria desobrigado de repassar a parte do ICMS destinada aos Municípios, como previsto na Constituição Federal.

Alguns Estados, contudo, não concordaram e/ou não se adequaram às medidas de alteração e compensação estabelecidas nas normas gerais definidas pela LC 194/22, vindo à propor ações diretamente no âmbito do STF em face da União questionando provável violação do pacto federativo, uma vez afetada sua autonomia financeiro mediante a redução das respectivas arrecadação em razão do estabelecimento de normas gerais que se apresentaram prejudiciais.

5 SÍNTESE DAS AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS

Levando em consideração as mudanças trazidas pela LC 194/2022, é importante salientar que seus efeitos já começaram a ser observados em vários entes subnacionais, uma vez que as alíquotas de ICMS foram reduzidas em consonância com o que dispõe a referida Lei Complementar. Nesse contexto, houve um levantamento das perdas de arrecadação que são capazes de comprovar os impactos de desequilíbrio econômico narrados a seguir.

A planilha abaixo demonstra o quantitativo de ações cíveis originárias e seus respectivos autores, destacando-se que tiveram como objeto a discussão dos efeitos no pacto federativo da LC 194/22.

AUTOR	AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA
Estado do Maranhão	3586
Estado de Alagoas	3587
Estado de São Paulo	3590
Estado de Minas Gerais	3594
Estado do Acre	3595
Estado de Rio Grande do Norte	3596
Estado do Pernambuco	3601
Estado do Goiás	3614
Estado do Espírito Santo	3620

Com base nessas ações é que se estabelecerá à demonstração de como o exercício legisferante de estabelecer normas gerais por parte da União impacta a competência tributária dos Estados, especialmente, neste caso, no que se refere ao regime de tributação do ICMS e garantia da preservação do pacto federativo – autonomia financeira dos entes federados.

Para demonstrar o impacto (das normas gerais sobre a competência tributária), abaixo se utilizará como metodologia a descrição e análise das causas de pedir e pedidos expostos nas referidas Ações Cíveis Originárias acima listadas, propostas perante o STF, de modo a descrever os impactos gerados nas finanças subnacionais pelas alterações trazidas na LC 194/22, no exercício da competência legislativa da União de estabelecer normas gerais.

Como se trata de uma descrição do conteúdo das ações, importante deixar registrado que os dados a serem apresentados todos decorrem das informações apostas nas respectivas petições iniciais, representando informações originárias dos próprios Estados autores das ações cíveis.

Destaque-se, ainda, que se escolheu analisar Ações Cíveis Originárias propostas perante o STF, pois, de acordo com o art. 102, inciso I, alínea ‘f’, da Constituição, cabe ao STF resolver os litígios federativos entre a União e os Estados, sendo o locus adequado à discussão de violação da autonomia dos entes subnacionais em razão do exercício do poder de legislar normas gerais da União (art. 24, inciso I, §1º, CF).

Vejam-se as ações:

A) ACO 3586 - MARANHÃO

O Estado do Maranhão foi o primeiro a se manifestar a respeito do tema em questão, demonstrando seu inconformismo diante das consequências da LC 194/22, mediante a propositura em face da União de Ação Cível Originária perante o STF.

Em sua petição inicial, com base no art. 726 do Código Civil, provocou a União sobre a impossibilidade de pagamento de diversas parcelas referentes a sua dívida pública perante a Secretaria do Tesouro Nacional.

Segundo o Estado do Maranhão, essa situação se deu em conta do que chamou de “invasão de competência tributária dos Entes Federativos”, por meio da Lei Complementar nº 194/2022, em que a União pretendeu atribuir, de forma unilateral, essencialidade a determinados bens e serviços sujeitos ao ICMS, impondo uma limitação da alíquota do tributo, impondo redução de arrecadação e agravando a crise financeira motivadora do não adimplemento das dívidas contraídas, rompendo, assim, a programação financeira dos Entes com o intuito de fazer política econômica.

Ainda de acordo com Estado do Maranhão, no aspecto jurídico, a União violou o princípio federativo, a repartição constitucional das competências tributárias e concedeu isenção heterônoma relativa a tributos de competência dos Estados, afetando repentinamente a previsão de receitas tributárias com as alterações legislativas.

Segundo a Nota Técnica 5-013/2022 - SATEC/SEPLAN MA, na data da propositura da ação, estimava-se que, em razão da alteração legislativa, somente no mês de julho/2022, o Estado sofreu perdas de receitas no montante de R\$ 291.590.081,19 (duzentos e noventa e um milhões, quinhentos e noventa mil, oitenta e um reais e dezenove centavos), montante que alcançou, ao final do ano de 2022, o total de R\$ 3,49 bilhões de reais.

Tabela 1 - Demonstrativo de perdas mensais do Maranhão

	PERDA CONGELAMENTO (PMPF)	PERDA MÉD. MÓVEL (DECISÃO STF)	PERDA ALIQUOTA MODAL (LC 194/22)	PERDA MENSAL TOTAL
GASOLINA	R\$ 31.542.625,30	R\$ 30.807.200,81	R\$ 46.653.453,78	R\$ 109.003.279,89
DISEL	R\$ 71.577.352,26	R\$ 16.122.801,53	R\$ 9.956.116,84	R\$ 97.656.270,63
GLP	R\$ 10.895.785,79	R\$ 4.904.260,27	-	R\$ 15.800.046,05
ENERGIA RESIDENCIAL > 500KW/H	-	-	R\$ 55.807.793,57	R\$ 55.807.793,57
TELECOM	-	-	R\$ 13.322.691,05	R\$ 13.322.691,05
TRANSPORTE COLETIVO	-	-	-	
PERDA MENSAL POR EVENTO	R\$ 114.015.763,34	R\$ 51.834.262,61	R\$ 125.740.055,24	R\$ 291.590.081,19

Fonte: Nota técnica 5-013/2022 SATEC/SEPLAN MA - REPRODUÇÃO (2022)

Assim, a queda das receitas estaduais, em razão das alterações impostas pelas LC 192/22 e LC 194/22, impossibilitou o Estado do Maranhão de realizar os pagamentos de contratos relativos à dívida pública.

Nesse cenário, pretendeu o Estado a suspensão temporária do pagamento das prestações vincendas de sua dívida.

B) ACO 3587 - ALAGOAS

O Estado de Alagoas, por sua vez, em sede de petição inicial de sua Ação Cível Originária, requereu que a União procedesse à compensação das suas dívidas, em conformidade com o art. 3º, §4º, da LC 194/22, *verbis*:

“Art. 3º - A União deduzirá do valor das parcelas dos contratos de dívida do Estado ou do Distrito Federal, administradas pela Secretaria do Tesouro Nacional, independentemente de formalização de aditivo contratual, as perdas de arrecadação dos Estados ou do Distrito Federal ocorridas no exercício de 2022 decorrentes da redução da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) que exceda ao percentual de 5% (cinco por cento) em relação à arrecadação deste tributo no ano de 2021.

[...]

§ 4º - A compensação pelos Estados e pelo Distrito Federal das perdas de arrecadação de que trata o caput deste artigo será realizada por esses entes e abrangerá as parcelas do serviço da dívida administradas pela Secretaria do Tesouro Nacional, e, adicionalmente ao disposto no caput deste artigo, poderão os Estados e o Distrito Federal desincumbir-se da obrigação de pagamento das parcelas do serviço da dívida com quaisquer credores, em operações celebradas internamente ou externamente ao País, em que haja garantia da União, independentemente de formalização de aditivo contratual, no montante equivalente à diferença negativa entre a arrecadação de ICMS observada a cada mês e a arrecadação observada no mesmo período no ano anterior”. (BRASIL,2022)

A estimativa de arrecadação de ICMS no Estado de Alagoas sobre combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e o transporte equivale a 37,28% da arrecadação total do próprio imposto.

Após a alteração legislativa objeto desta análise, com base em revisão da área técnica da Secretaria de Estado da Fazenda do Alagoas, observou-se uma enorme perda de arrecadação, estimada em cerca de R\$ 461.561.215,00 (quatrocentos e sessenta e um milhões, quinhentos e sessenta e um mil, e duzentos e quinze reais), somente no período de julho a dezembro/2022.

Tabela 2 - Estimativa de valores a compensar de acordo com LC 194/2022 em reais (R\$)

MÊS DE APURAÇÃO	JUL/22 (R\$)	AGO/22 (R\$)	JUL E AGO/22 (R\$)	SET/22 (R\$)	OUT/22 (R\$)	NOV/22 (R\$)	DEZ/22 (R\$)	TOTAL
TOTAL DE PERDA ESTIMADA (100%)	R\$ 90.217.327	R\$ 95.040.431	R\$ 185.257.758	R\$ 98.085.738	R\$ 103.198.419	R\$ 100.322.141	R\$ 99.164.691	R\$ 586.028.746
ENERGIA	R\$ 22.035.563	R\$ 22.461.348	R\$ 44.496.911	R\$ 24.584.558	R\$ 26.641.768	R\$ 24.593.063	R\$ 23.646.613	R\$ 143.962.912
COMUNICAÇÃO	R\$ 9.782.231	R\$ 9.959.511	R\$ 19.741.742	R\$ 10.660.562	R\$ 11.452.328	R\$ 10.909.073	R\$ 10.799.581	R\$ 63.563.286
COMBUSTÍVEIS	R\$ 40.175.340	R\$ 42.289.831	R\$ 82.465.171	R\$ 42.797.309	R\$ 42.966.468	R\$ 42.924.179	R\$ 42.881.889	R\$ 254.035.017
TRANSPORTE	-	-	-	-	-	-	-	-
PERDA ESTIMADA ACIMA DE 5%	R\$ 71.993.134	R\$ 74.710.690	R\$ 146.703.824	R\$ 78.042.429	R\$ 81.060.564	R\$ 78.426.315	R\$ 77.328.083	R\$ 461.561.215
PARCELA DA DÍVIDA COMPENSÁVEL			R\$ 140.157.352	R\$ 58.068.547	R\$ 98.327.974	R\$ 63.611.650	R\$ 57.347.674	R\$ 417.513.197
RESULTADO DA COMPENSAÇÃO			-R\$ 6.546.472	-R\$ 19.973.883	TOTALMENTE COMPENSADO	-R\$ 14.814.665	-R\$ 19.980.409	-R\$ 61.315.428

Fonte: SEFAZ/AL - REPRODUÇÃO (2022)

A alteração legislativa ocorrida no meio do exercício financeiro impediu, inclusive, que os entes subnacionais aumentassem a tributação sobre outras bases de bens e serviços, uma vez tendo de respeitar os princípios da anterioridade, de exercício e nonagesimal, incidente sobre o ICMS.

C) ACO 3590 - SÃO PAULO

O Estado de São Paulo apresentou valores significativos quanto às perdas de arrecadação no exercício financeiro de 2022, estimado em R\$ 3,2 bilhões, relativo ao ICMS incidente sobre gasolina, energia elétrica e comunicações.

Tabela 3- Impacto mensal da LC 194/2022 em reais (R\$)

	RECEITA A ANTES DA LC 194/23	IMPACTO DA LC 194/23	IMPACTO EM %	EXCESSO DENTE A 5%
GASOLINA	R\$ 831,2 milhões	R\$ - 233,7 milhões	28%	R\$ - 191,2 milhões
ENERGIA ELÉTRICA >200 KW/H	R\$ 282,3 milhões	R\$ - 96,7 milhões	34,2 %	R\$ - 82,6 milhões
COMUNICAÇÃO	R\$ 733,3 milhões	R\$ - 208,3 milhões	28,4 %	R\$ - 171,7 milhões
TOTAL	R\$ 1.846,8 bi	R\$ - 537,7 mi	29,1 %	R\$ - 445,4 mi

Fonte: SEFAZ/SP - REPRODUÇÃO (2022)

A nova legislação tributária acabou por impedir a arrecadação de recursos que estavam previstos no orçamento dos erário estadual, pondo em risco a capacidade financeira de prestação de serviços públicos essenciais como saúde, educação, segurança pública etc.

Na sua ação cível originária, o Estado de São Paulo evidenciou a necessidade e urgência da adoção de medidas de compensação, de forma a garantir um federalismo cooperativo entre os Entes Federativos, a fim de que os Estados não suportassem isoladamente todo impacto econômico-financeiro das medidas legislativas federais redutoras de arrecadação de ICMS, sem que houvesse auxílio advindo da União para sanar os prejuízos sofridos.

D) ACO 3594 - MINAS GERAIS

Na petição inicial da Ação Cível Originária do Estado de Minas Gerais ficou evidenciado o impacto negativo na arrecadação da seguinte forma:

Tabela 4 - Impactos na receita de ICMS de Minas Gerais - LC 192 e 194 e EC 123/22

COMBUSTIVEL	ALIQUOTA		PMPF		ICMS /(LITROS/ KG)			PERDA JUL/2022 MILHÕES (R\$)	PERDA PROJETADA AGO A DEZ/2022 MILHÕES (R\$)	
	ANTERIOR	ATUAL	ANTERIOR	ATUAL	ANTERIOR	ATUAL	VARIAÇÃO			
DISEL	15%	15%	CONGELADO EM 01/11/21	MÉD. ULT. 60 MESES	0,7669	0,6051	-0,1618	103	514	
GASOLINA	31%	18%	CONGELADO EM 01/11/21	MÉD. ULT. 60 MESES	2,072	0,9028	-1,1692	360	1.798	
ETANOL	16%	9,29%	CONGELADO EM 01/11/21	MÉD. ULT. 60 MESES	0,7959	0,4621	-0,3338	-	382	
GLP	18%	18%	CONGELADO EM 01/11/21	MÉD. ULT. 60 MESES	1,4354	1,0708	-0,3646	24	118	
TOTAL DE COMBUTÍVEIS								486	2.811	
ENERGIA	ALIQUOTA		BASE DE CÁLCULO					322	1.610	
	ANTERIOR	ATUAL	ANTERIOR	ATUAL						
RESIDENCIAL	30%	18%	INCLUI ENCARGOS	EXCLUI ENCARGOS						
COMERCIAL	25%	18%	INCLUI ENCARGOS	EXCLUI ENCARGOS						
COMUNICAÇÃO	ALIQUOTA								98	491
	ANTERIOR	ATUAL								
	27%	18%								
TOTAL DO IMPACTO								906	4.911	

Fonte: SAIF/SEF - REPRODUÇÃO (2022)

A projeção do impacto foi de R\$ 5,8 bilhões a partir de julho/2022 e R\$ 11,6 bilhões anuais para 2023 a 2025.

Concluiu o Estado de Minas Gerais que, com base na alteração legislativa, enfrentará um período de desequilíbrio econômico/fiscal, sobretudo por ter contraído dívidas bilionárias junto à União.

E) ACO 3595 - ACRE

O Estado do Acre enfatizou que a alteração formulada pela LC 194/22 representou uma “situação excepcional que implica na vulneração direta à autonomia estadual” (art. 18 e 25 da Constituição Federal).

No Acre, grande parte das alíquotas do ICMS incidentes sobre os bens e serviços tidos por essenciais pela LC 194/22 atingia a média de 25%. Após ser adotado o teto fixado pela referida lei, as alíquotas nas operações com combustíveis, energia elétrica e comunicações foram reduzidas para 18%.

Os estudos da Secretaria de Estado da Fazenda acreana demonstraram que o estado deixou de arrecadar, no ano de 2022, o valor de R\$ 80 bilhões relativos ao ICMS incidente sobre bens e serviços tidos como essenciais pela União.

Tabela 5 - Impactos na receita de ICMS do Acre - LC 194/23

	RECEI TA ANTES DA LC 194/23	IMPACT O DA LC 194/23	IMPA CTO EM %	EXCEDE NTE A 5%
GASOLINA	R\$ 20,7 milhões	R\$ - 9,7 milhões	46,9 %	R\$ - 8,66 milhões
ENERGIA ELÉTRICA >200 KW/H	R\$ 13,9 milhões	R\$ - 4,3 milhões	30,9 %	R\$ - 3,6 milhões
COMUNICAÇ ÃO	R\$ 6,3 milhões	R\$ - 2,0 milhões	31,7 %	R\$ - 1,68 milhões
TOTAL	R\$ 40,9 mi	R\$ - 16,0 mi	39,1 %	R\$ - 13,95 mi

Fonte: SEFAZ/SP - REPRODUÇÃO (2022)

Assim como o Estado de São Paulo, o Estado do Acre argumentou ser imprescindível a adoção de medidas de compensação, como também o auxílio mútuo dos entes federados, a fim de que não houvesse um esforço excessivo financeiro e fiscal de forma isolada, evitando que se coloque em risco a prestação de serviços públicos essenciais.

F) ACO 3596 - RIO GRANDE DO NORTE

O Estado do Rio Grande do Norte, com base em sua petição inicial, atesta que as perdas de arrecadação com base impactam profundamente sua previsão de arrecadação. Veja-se:

Tabela 6 - Impacto fiscal anual

PRODUTO	PMPF ATUAL (R\$)	VENDAS MENSAL (L)	ALIQUOTA PRATICADA	ARRECAÇÃO (R\$)	PMPF MÉD. MÓVEL (R\$)	ALIQUOTA MODAL	ARRECAÇÃO PREVISTA (R\$)	PERDA POTENCIAL X12 (R\$)
DISEL C	4,978	19 M	18%	17.024.760,00	3,9947	18%	13.661.874,00	40.354.632,00
DISEL S-10	5,132	17,8 M	18%	16.442.928,00	4,1669	18%	13.350.747,60	37.106.164,80
GLP	8,081	8,7 M	18%	12.654.846,00	5,8676	18%	9.188.661,60	41.594.212,80
ETANOL	5,736	6,4 M	23%	8.443.392,00	5,736	18%	6.607.872,00	22.026.240,00
GASOLINA	6,627	49 M	27%	87.675.210,00	4,9592	18%	43.740.144,00	527.220.792,00
								668.302.041,60

IMPACTO FISCAL ANUAL - DEMAIS SETORES - ESTIMATIVA DE PERDA							
PRODUTO	MÉD. BASE DE CAL. 2022 (R\$)	ALIQUOTA PRATICADA	ARRECAÇÃO ANUAL (R\$)	NOVA BASE DE CAL. (R\$)	ALIQUOTA MODAL	ARRECAÇÃO PREVISTA (R\$)	PERDA POTENCIAL X12 (R\$)
ENERGIA - RED. ALIQUOTA	69.486.131,55	25%	17.371.532,89	61.859.604,92	18%	11.134.728,88	74.841.648,00
TELECOMUNICAÇÃO - RED. ALIQUOTA	80.887.383,30	28%	22.648.467,32	69.050.205,26	18%	12.429.036,95	122.633.164,56
							197.474.812,56

Fonte: SAIF/SEF - REPRODUÇÃO (2022)

O Rio Grande do Norte, similarmente, calculou suas perdas de arrecadação, em conformidade aos estudos realizados pela Secretaria de Estado da Tributação potiguar, estimados em R \$1.275.664.190,28 (um bilhão, duzentos e setenta e cinco milhões, seiscentos e sessenta e quatro mil, cento e noventa reais e vinte e oito centavos), relativos ao ICMS sobre combustíveis, energia elétrica e comunicações.

G) ACO 3601 - PERNAMBUCO

No Estado de Pernambuco, as informações fornecidas pela Secretaria Estadual da Fazenda (SEFAZ/PE), evidenciaram os impactos das modificações implementadas pela Lei Complementar nº194/2022.

O combustível e a energia elétrica apresentaram crescimentos até julho/2022, entretanto, após o mês de agosto/2022, apontaram queda vultosa, de forma superior a 5% em ambos os casos.

Na tabela elaborada pelo estado é possível verificar uma enorme variação de arrecadação nos anos de 2021 e 2022, conforme o quadro abaixo:

Tabela 7 - Efeitos sobre os grupos afetados pela LC 194/22

SEGMENTO	MÊS	2021 (R\$)	2021 (+ IPCA) (R\$)	2022 (R\$)	2022 (+ IPCA) (R\$)	PERDA MAIOR QUE 5%	VALOR ACIMA DE 5% (R\$)
COMBUSTÍVEL	JULHO	R\$ 343.912.026,92	R\$ 378.543.968,03	R\$ 389.084.069,31	R\$ 10.540.101,28	NÃO	
	AGOSTO	R\$ 694.197.101,59	R\$ 754.800.508,56	R\$ 202.441.294,10	R\$ -R\$ 552.359.214,46	SIM	R\$ -R\$ 514.619.189,03
ENERGIA	JULHO	R\$ 198.526.065,60	R\$ 218.517.640,41	R\$ 207.092.764,71	R\$ -R\$ 11.424.875,70	SIM	R\$ -R\$ 498.993,68
	AGOSTO	R\$ 187.349.238,26	R\$ 203.704.826,76	R\$ 167.300.294,03	R\$ -R\$ 36.404.532,73	SIM	R\$ -R\$ 26.219.291,39
TELECOMUNICAÇÃO	JULHO	R\$ 69.712.716,41	R\$ 76.732.786,95	R\$ 54.523.321,89	R\$ -R\$ 22.209.465,06	SIM	R\$ -R\$ 18.372.825,71
	AGOSTO	R\$ 87.394.885,19	R\$ 95.024.458,67	R\$ 52.133.349,07	R\$ -R\$ 42.891.109,60	SIM	R\$ -R\$ 38.139.886,66
					R\$ -R\$ 654.749.096,27		R\$ -R\$ 597.850.186,48

Fonte: SEFAZ/PE - REPRODUÇÃO (2022)

Veja-se uma redução real nos segmentos de combustíveis, energia elétrica e telecomunicações, estimados em R\$ 654.749.109,60 (...). Somadas as perdas dos períodos já realizados, o impacto projetado na arrecadação nessas operações no segundo semestre de 2022 foi de R\$ 1.882.077.706,68 (...), de acordo com a autoridade fazendária pernambucana.

H) ACO 3614 - GOIÁS

Também foi possível verificar tais impactos no Estado de Goiás.

Segundo a petição inicial da Ação Cível Originária goiana, a redução da arrecadação do ICMS no período compreendido entre julho e outubro/2022, devidamente atualizado pelo IPCA, foi de R\$ 1.419.800.876,46 (...), que somada à queda de novembro e dezembro, foi de R\$ 994.759.855,75 (...). Assim, projetou-se uma redução na arrecadação deste Ente Federativo, nas operações de ICMS na ordem R\$ 2.4 bilhões de reais para 2022, quando comparado ao ano de 2021.

I) ACO 3620 - ESPÍRITO SANTO

O Estado do Espírito Santo, em sua Ação Cível Originária, postulou a imediata compensação das perdas de arrecadação de ICMS, decorrentes dos limites de alíquota que foram estabelecidos pela LC 194/22.

Segundo a petição inicial, a limitação abrupta ocasionaria uma queda de arrecadação equivalente a R\$ 1.224.000.000,00 (um bilhão, duzentos e vinte e quatro milhões de reais), no período de julho a dezembro/2022.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das petições iniciais das Ações Cíveis Originárias propostas por diversos estados perante o STF em face do exercício legisferante da União no contexto do estabelecimento de normas gerais em matéria tributária é capaz de demonstrar um imediato impacto nas finanças subnacionais, isto é, na capacidade de autofinanciamento de suas atividades e políticas públicas – autonomia financeira.

Quedas de arrecadação da ordem de bilhões de reais nas finanças dos Estados tendo por mote a modificação de normas gerais estabelecidas pela União são comprovações de que a movimentação legislativa da União, no que se refere a sua competência constitucional dada pelo art. 24, inciso I, §1º, da Constituição, importa não apenas em, legitimamente, estabelecer padrões mínimos de previsibilidade estrutural na tributação brasileira, mas também em impactos imediatos na capacidade da máquina pública estadual – subnacional – de arcar com as obrigações impostas pelos próprios direitos fundamentais.

A movimentação legislativa de estabelecer normas gerais, por mais legitimidade que possa encontrar na estrutura de um sistema de tributação coeso e organizado, não pode afetar o coração da federação, que é a autonomia dos entes federados, em especial a autonomia financeira.

Ainda que haja medidas compensatórias às perdas de arrecadação decorrentes do exercício legisferante de estabelecer normas gerais por parte da União, não é natural que os entes subnacionais, sem qualquer tipo de adequação ou planejamento orçamentário, tenham limitação em sua capacidade de financiamento de suas atividades e políticas públicas, sejam as genuinamente locais, sejam àquelas decorrentes de cooperação institucional com o governo federal.

É certo que Estados devem cooperar com os objetivos legítimos da União na esfera econômica, contudo, o ente federal não pode ignorar o fato de que o ICMS é a principal fonte de receita estadual e que boa parte deles não terá como honrar seus deveres constitucionais e legais, em razão de uma grande queda de arrecadação, de modo que, em suma, é possível observar que os estados, considerando apenas a redução de arrecadação nos produtos e serviços especificados, ainda suportarão parte da desoneração que lhes foi imposta pela União, já que a compensação só recai sobre o que exceda ao percentual de 5% de queda.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, Edvaldo Nilo. **Normas gerais em direito tributário: visão do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Distrito Federal, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/normas-gerais-em-direito-tributario/295836688>. Acesso em 20 de Abril de 2023.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BERCOVICI, Gilberto. **O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa**. Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., abr-mai 2008, p. 01-18. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/253/241>. Acesso em 23 de Abril de 2023.

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

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101 de 04 de Maio de 2000**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 190 de 04 de janeiro de 2022**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 192 de 11 de março de 2022**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 194 de 23 de julho de 2022**. Brasília, DF: Senado Federal.

CAGNONE, Miranda Ramalho. **O artigo 23 da Constituição de 1988 e a estruturação do federalismo cooperativo no Brasil**. 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=136748. Acesso em 24 de Abril de 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35ª ed., São Paulo: Atlas, 2021.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª Ed., Salvador: Editora jusPODIVM, 2020.

OLIVEIRA, Adriano Carvalho; MENDES NETO, João Paulo. **Direito Tributário brasileiro**: inovações e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen, 2018. 420 p.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência. 16. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro esquematizado**. 3ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

DA LACUNA A UMA REALIDADE EXPLÍCITA: A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS MULHERES SOB O PRISMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS REFLEXOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

From the gap to an explicit reality: the evolution of women's rights underneath the perspective of domestic violence and the reflections of the federal constitution of 1988

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	05/06/2023

Lucas do Couto Gurjão Macedo Lima¹
Samirys Vieira Hertel²
Protásio Cardoso Corrêa Neto³

RESUMO

O presente artigo busca analisar a violência contra a mulher, uma realidade histórica que se encontra enraizada na sociedade e que por tanto tempo impediu que o feminino se constituísse efetivamente como um sujeito detentor de direitos tal como os homens, assim como também discorrer a respeito de medidas protetivas que vieram a coibir esta conduta. Portanto, objetiva realçar a importância das conquistas realizadas até o momento em prol da luta contra a violência doméstica e a busca pela real igualdade de gênero, tendo estas ocorrido graças a vigência da Constituição Federal de 1988 que em seu texto trouxe diversos direitos e garantias às mulheres – adquiridos por meio da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes -, o que possibilitou a promulgação de novas leis de proteção, tais como a lei nº 14.457/2022 (Programa Emprega + Mulheres), a lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a lei nº 13.104/2015 (Lei do Femicídio). Para isso, utilizou-se neste artigo a metodologia de pesquisa bibliográfica, assim como análise, reflexão e interpretação, de maneira a se empregar de diversas leituras consonantes ao tema, tais como artigos, legislações, livros e a própria Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Constituição Federal; violência doméstica; direitos das mulheres; Lei Maria da Penha; Lei do Femicídio.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA, na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) Teorias Normativas do Direito, coordenado pelo Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq) Pura Teoria do Direito. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq), Teorias da Democracia, coordenado pelo Prof. Dr. André Luiz Souza Coelho. Tem como áreas de experiência Direito, Ética, Filosofia Moral e Política. Atualmente é Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral da Constituição e Direitos Humanos no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

² Graduanda em Direito.

³ Graduando em Direito.

This current article intends to analyze violence against women, a historical reality that is rooted in society and for so long prevented the feminine gender from effectively constituting themselves as subjects with rights just like men, as well as development protective measures that came to curb this conduct. Therefore, it aims to emphasize the importance of the achievements made so far in favor of the fight against domestic violence and the pursuit for real gender equality, having occurred thanks to the Federal Constitution of 1988, which brought in its text several rights and guarantees to women - acquired through the Letter of Brazilian Women to the Constituent -, that enabled the enactment of new protective laws, such as law no. 14.457/2022 (Emprega + Mulheres Program), law no. 11.340/2006 (Maria da Penha Law), and law no. 13.104/2015 (Feminicide Law). To this end, the methodology used in this article is bibliographic research, as well as analysis, reflection, and interpretation, in order to make use of various readings consonant with the theme, such as articles, legislation, books, and the Federal Constitution of 1988 itself.

Keywords: Federal Constitution; domestic violence; women's rights; Maria da Penha law; Feminicide law.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é atemporal e se encontra enraizada ao longo da história, não sendo possível identificá-la como resultado de determinado período ou cultura. Esse tratamento abusivo contra a mulher traz consigo uma relação de poder e principalmente, de diferença de gênero que é imposta pela sociedade na qual vivemos, onde os homens, desde o início da história, trataram o feminino com inferioridade e adquiriram o poder de governá-las, mulheres estas consideradas frágeis e que carregavam consigo o sentimento de submissão.

Desse modo, dependentes do marido, seja emocionalmente ou economicamente, foi-se permitido socialmente e juridicamente que esses homens utilizassem de instrumentos como a manipulação e a própria violência, tanto física quanto psicológica, contra suas companheiras, propiciando ao homem o sentimento de proprietário da vida e do corpo dessa mulher.

Nesse sentido, a autora Alves (2020, p. 12) afirma em sua obra: “A Violência Doméstica, essa coroa de espinhos que infesta nossa sociedade, é um problema muito antigo, tão antigo quanto a humanidade. A luta que é recente”. De fato, levando-se em consideração o período em que essa violência contra a mulher se encontra existente, a luta para a mudança ainda é bastante atual, contudo, é por meio dela que os direitos e garantias vem sendo adquiridos rumo ao progresso.

Um dos movimentos feministas mais marcantes no Brasil foi a carta das mulheres brasileiras aos constituintes (1987), a qual reivindicou por direitos e possibilitou que a mulher

ganhasse espaço na Constituição Federal de 1988, onde passou-se a tratar em suas normas de conteúdos como a igualdade jurídica entre o homem e a mulher e a proteção do Estado sob as relações familiares, de modo a evitar violências. Assim, foi a partir desse marco que se possibilitou o acontecimento de outros dois grandes ganhos que reafirmaram e garantiram de maneira mais efetiva os direitos das mulheres, a Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio (lei nº 13.104/2015).

Ante ao exposto, a relevância da presente pesquisa consiste em mostrar a indispensabilidade de se compreender que mesmo que ainda não se tenha chegado a um ideal de igualdade de gênero e fim à violência doméstica, é de extrema importância ressaltar as conquistas adquiridas até o momento e ainda, como a Constituição Federal de 1988, base do nosso ordenamento jurídico, foi capaz de propiciar a vigência de novas leis que vieram a garantir maior proteção às mulheres. À vista disso, a autora Pitanguy (2018, p. 12) enuncia:

É importante reconhecer e celebrar essas vitórias. Não como uma recordação nostálgica e sim como exemplo de um longo e árduo trabalho, que pode contribuir para estratégias de atuação neste momento de nossa história política, quando se fecha o ciclo de afirmações de direitos, se desbaratam políticas públicas, se substitui a utopia pelo desencanto.

Destarte, até o momento presente permanece necessária uma luta diária com o intuito de se alcançar a total redução das desigualdades. Mesmo que este seja considerado um objetivo inalcançável, reconheçamos que é daí que se começa em busca de caminhos melhores, e olhando para trás com positividade, por todo o percurso decorrido, constatando que a luta é infelizmente grande, mas as vitórias conquistadas até o momento nos permitem ir em direção ao progresso e evitar a todo custo os retrocessos.

Nesse tom, o presente artigo visa aprofundar a respeito da infeliz existência da violência doméstica enraizada em nossa sociedade, levando-se em consideração diversas lutas e movimentos feministas, conquistas arduamente adquiridas, as normas e garantias presentes na Carta Magna e leis posteriormente vigentes que vieram a garantir a maior efetivação de tais direitos, de modo a assegurar maior proteção às mulheres e concretização da igualdade. Portanto, insere-se a seguinte problemática: afinal, de que forma a Constituição Federal de 1988, a partir da carta das mulheres brasileiras aos constituintes, possibilitou a proteção à mulher e a vigência das demais normas como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio?

Segundo a socióloga Minayo (2001, p. 43) a metodologia “Mais que uma descrição formal dos métodos e técnicas a serem utilizados, indica as conexões e a leitura operacional que o pesquisador fez do quadro teórico”. Diante disso, o procedimento empregado na pesquisa abordada trata-se de pesquisa bibliográfica, de modo a serem utilizadas diversas

leituras sobre o tema em questão, como livros, artigos, notícias jornalísticas e a própria letra da lei (valendo-se citar a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal de 1940), mas com principal enfoque nas obras “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois” de Jacqueline Pitanguy, e “Violência Doméstica: Uma Coroa de Espinhos” de Sarah Alves.

2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS RAMIFICAÇÕES

Sabe-se que a violência contra a mulher se encontra constantemente presente na sociedade desde a antiguidade, em que esta, por muito tempo, não era considerada como um sujeito detentor de direitos por diversas culturas. Assim, sendo relevante retornar ao passado, em períodos como a Idade Média e a Idade Moderna, é possível notar a existência de tratamento desigual entre os gêneros, em que uma simples gestação era capaz de mudar o curso da família (RIBEIRO, 2014, p. 15).

Desse modo, com o nascimento de um menino, sabia-se que este seria responsável por passar o nome da família adiante, dar continuidade a linhagem e prosseguir com os negócios do pai (caso houvesse), enquanto que o nascimento de uma menina era um incômodo, tendo em vista que estas eram impossibilitadas socialmente de realizar o que era permitido aos homens. Além disso, por muito tempo, cabia ao pai decidir com quem sua filha iria casar e este ainda deveria fornecer um dote ao homem que a tomaria como sua esposa, deixando a mulher o dever de submissão ao pai e passando este ao marido. Ainda nesse período, e tendo se perpetuado por séculos adiante, a violência contra o sexo feminino nem ao menos era considerada sujeita de penalidades judiciais, pelo contrário, por causa do domínio do homem sobre a mulher em uma sociedade totalmente patriarcal, havia a validade para tal conduta (RIBEIRO, 2014, p. 15).

A partir disso, entende-se que a desigualdade e a violência contra a mulher são atemporais, não sendo possível dizer ao certo em que momento na história se iniciou. Contudo, sabe-se que em algum momento a imagem do homem impositor e superior foi se instaurando, impedindo que por muito tempo não restasse a mulher nada mais do que uma imagem de inferioridade, desvalorização, fragilidade e submissão, de modo a ser imposto a essa apenas o papel de mãe e dona do lar (ALVES; TARGINO, p. 5).

Claro que com tais imagens pré-estabelecidas muitos homens se utilizavam de agressões para manter sua casa e família funcionando do jeito que queriam. Todavia, estas

ações foram se perpetuando ao longo da história e estão presentes até os dias atuais, tendo tais condutas ganhado a denominação “violência doméstica”.

De acordo com a Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (ASBRAD), a violência doméstica diz respeito a todo tipo de abuso ou agressão (seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) que ocorre em um contexto familiar, podendo acontecer contra crianças e idosos, ou em uma relação matrimonial, na qual quaisquer das partes poderão ocupar o lugar de vítima, inclusive o homem.

Não obstante, é de pleno entendimento que a violência doméstica trata de um transtorno diário sofrido predominantemente pelas mulheres que são vítimas, principalmente, de seus companheiros que tendem a justificar suas condutas através do ciúme, da bebida e da preservação da honra, sempre atitudes que demonstram a constante tentativa de dominância do homem sobre a mulher. Em consonância ao conceituado pela ASBRAD, tem-se o art. 5º da Lei nº 11.340/06, também conhecido como Lei Maria da Penha, o qual expõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006, online).

Nota-se claramente as diversas ramificações quando se fala sobre a violência doméstica. A primeira a ser citada no artigo acima é a violência física, a qual consiste em atos que venham a ofender a integridade e saúde corporal da mulher por meio do contato físico que cause hematomas, lesões ou qualquer tipo de dor. No que diz respeito a violência sexual, este ocorre quando a vítima, sem o seu consentimento, sofre contato libidinoso ou impedimento de utilização de anticoncepcional e gestão de gravidez, seja por meio de coerção, força ou ameaças.

Quando se trata da violência psicológica, estando presente de maneira mais específica no art. 7º, II da Lei Maria da Penha, fala-se em abuso verbal e emocional em que o agressor agirá de modo a prejudicar a autoestima da mulher e a sua saúde psicológica, controlando-a e indicando quais comportamentos deve manter e quais decisões tomar, por meio de humilhações, chantagens e manipulações.

Dentro desta última violência, encontra-se a agressão por dano moral, a qual consiste em um abuso verbal em que o agressor pratica os atos criminosos presentes nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, sendo estes, respectivamente, a calúnia, a difamação e a injúria. Por fim, entende-se por violência patrimonial a tentativa de controle sobre a mulher por meio de dinheiro ou bens, podendo ainda ocorrer a destruição de objetos e documentos ou a negativa de acesso ao dinheiro que seria do casal (ALVES, 2020, p. 91).

Diante desta realidade presente no Brasil, com o intuito de escancarar a problemática e trazer certa conscientização para a população, busca-se mostrar essa situação por meio da televisão e do cinema, como é o caso da série “Coisa Mais Linda” produzida pela Netflix. Na história, ambientada no Rio de Janeiro da década de 60, é mostrada a vida conjugal de Lígia e Augusto, em que esta sofre constantes abusos psicológicos, físicos e sexuais, até que na tentativa de se libertar do marido, acaba sendo assassinada por este.

Essa, assim como tantas outras séries e filmes demonstram a realidade de muitas mulheres que ainda sofrem com o patriarcado e machismo presentes na sociedade. Contudo, também é possível enxergar o quanto já se conseguiu evoluir no que diz respeito aos direitos femininos, principalmente nas últimas décadas em que houve aumento do ativismo, capaz este de questionar a sociedade e o poder judiciário a respeito da aceitação dessa violência contra a mulher em seu lar, permitindo ainda que houvessem mudanças nas normas discriminatórias vigentes e que novas leis pudessem entrar em vigor.

3 O ATIVISMO FEMINISTA, A CARTA DAS MULHERES BRASILEIRAS AOS CONSTITUINTES E A GARANTIA DE PROTEÇÃO E IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De fato, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco e avanço no que se refere aos direitos das mulheres, pessoas estas que se encontravam totalmente a margem da sociedade. Evidentemente, este não foi um fácil progresso e para que ocorresse, demandou o ativismo, união e luta de diversas mulheres por todo o Brasil que buscaram pela implementação de normas que pegassem o respeito e acima de tudo, a igualdade.

Voltando-se a tempos de grande repressão ocorrida no país, em 1980 – vigência da ditadura militar - ocorreu um dos movimentos brasileiros feministas mais antigos e pelo qual colocou-se em pauta denúncias feitas por mulheres, o então denominado “quem ama não mata”. Fundado em Belo Horizonte, teve sua origem devido ao assassinato de duas mulheres, Heloísa Ballesteros e Maria Regina Souza Rocha, por seus respectivos maridos, o que causou

grande revolta e uniu centenas de mulheres na Igreja São José. Esse movimento possuía como objetivo denunciar a ocorrência de violências domésticas, o assassinato de mulheres por seus parceiros e ainda, a possibilidade de os réus em tribunais se utilizarem de argumentos como a defesa da honra, o que resultava em penas insignificantes e na culpabilização da vítima (PINTAGUY, 2018, p. 6).

Ante ao exposto, sendo a família ainda regida pelo Código Civil de 1916, a luta feminista se estendeu de modo a buscar mudanças em normas que tratavam do ambiente doméstico, tendo em vista a visão enraizada de que o homem era o chefe da família e com ela era legitimado fazer o que bem entendesse para que continuasse transparecendo aquilo que era socialmente aceito.

Assim, passou-se a contestar normas que permitiam que o homem administrasse unicamente os bens familiares, realizasse de atos sexuais contra sua esposa sem o seu consentimento, ou que deserdesse sua filha devido a condutas consideradas desonestas, ou seja, que tenham acarretado em ações consideradas sexualmente imorais diante da sociedade (PITANGUY, 2018, p. 6).

Para tanto, no mesmo período, também foram alvos de denúncias por movimentos feministas questões como a determinação do estereótipo da mulher em televisões e rádios como uma pessoa que já nasce com um objetivo definido: ser “do lar”, e a partir disso, discriminações existentes no mercado de trabalho que permitiu que mulheres recebessem menos que homens ocupando o mesmo cargo e as impossibilitavam de atingir altas posições.

Ainda que grande fosse o apelo para a criação de delegacias aptas que criminalizassem a violência sofrida pela mulher, criaram-se órgãos que buscavam atender e auxiliar nas demandas femininas como o Conselho dos Direitos da Mulher em Minas Gerais e o Conselho da Condição Feminina em São Paulo. Contudo, foi em 1985 que se deu um enorme passo rumo ao progresso por meio da criação de um órgão em nível federal, sendo este o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) que foi originado com o intuito de promover políticas que busquem a obtenção de direitos e o fim da discriminação contra a mulher.

Alicerçado nisso, um de seus primeiros e mais importantes projetos passou a ser desenvolvido para a Assembleia Constituinte, o qual acompanhou o processo de criação da então nova Constituição Federal e carregou consigo o famoso bordão “Constituinte Para Valer tem que ter Direitos da Mulher”.

Neste momento histórico, no país ocorreram diversas mobilizações de modo a promover campanhas – apoiadas por movimentos feministas e entidades governamentais – para que fossem garantidos os direitos das mulheres na nova Constituição Federal. O CNDM

também permitiu que lhe fossem enviadas demandas e propostas pelas mulheres e após o seu recebimento, fazia-se uma análise a respeito do conteúdo e aplicabilidade, para então serem unidas às demais que seriam enviadas à Assembleia Constituinte. Ademais, ocorreram ainda diversas conferências e seminários com o mesmo intuito, de forma a abarcar diversos âmbitos como o da violência, trabalho, cultura, educação, saúde e família. Consoante a isso, expressa Pitanguy (2018, p. 8):

O CNDM conseguiu, em uma época sem internet e com comunicações telefônicas e correios muito deficitários, mobilizar mulheres de todo o país e sensibilizar setores diversos da sociedade para a importância de atuar com força e eficiência naquele momento político.

Nítida é, portanto, a expectativa que se tinha de um Brasil igualitário que carregasse em sua carta magna direitos tão importantes e que pregassem o respeito a mulher. Assim, foi a partir de toda essa movimentação que se tornou possível a entrega da chamada “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes” em março de 1987 pela Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Jacqueline Pitanguy. Essa proposta, como início, trouxe consigo princípios gerais que determinavam pela revogação de todas as normas que implicassem em qualquer tipo de discriminação e que qualquer ofensa ao princípio da igualdade constituísse delito inafiançável.

Ademais, diversas foram as reivindicações presentes na Carta, dentre elas no âmbito familiar em que se demandava pela plena igualdade entre os cônjuges e a obrigação imposta ao Estado de interferir nas relações familiares quando for constatado violência doméstica, devendo este sempre buscar pela repressão da ocorrência de tal conduta.

Outras importantes reivindicações dizem respeito a violência, na qual demanda-se a criminalização de qualquer agressão sofrida pela mulher, seja ela física, psicológica ou sexual; garantia pelo Estado de apoio médico, psicológico e jurídico a mulher que tenha sido vítima de violência; a tipificação penal do estupro, independente da relação entre os envolvidos; e o dever do Estado em criar delegacias especializadas.

Graças ao ativismo feminino, cerca de 80% das reivindicações presentes na Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes foram aprovadas e incorporadas a Constituição Federal de 1988, o que com certeza constitui um marco na história e uma enorme vitória para as mulheres que passaram a ter seus direitos garantidos e um instrumento capaz de evitar retrocessos (PITANGUY, 2018, p. 12). Além disso, a então nova carta magna permitiu que estratégias fossem criadas com o intuito de se vislumbrar o constante avanço na afirmação de

direitos das mulheres e a possibilidade de se adquirir novas leis de proteção a essas pessoas que finalmente começaram a ocupar seu ideal espaço na sociedade.

4 OS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro instrumento legal a assegurar de maneira profunda e eficaz os direitos fundamentais das mulheres, assim como a garantia de igualdade de gêneros que por tantos séculos foram tratados diferentes. Destarte, com a aprovação de demandas por meio da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, muito foi alterado e adicionado ao texto constitucional da então nova Carta Magna, valendo-se destacar alguns desses artigos, a começar pelo artigo 5º, inciso I, o qual expõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, online)

De acordo com o artigo em questão, fica claramente reconhecida a igualdade imposta ao homem e a mulher, passando-se a determinar ambos como sujeitos de direitos e devendo o Estado se utilizar de políticas públicas para assegurar tal princípio fundamental, de maneira a possibilitar as mesmas oportunidades e buscar pelo fim de todos os tipos de violência e discriminação sofridas pela mulher. Em conformidade a este artigo, tem-se o art. 3º, inciso IV, em que estabelece como um dos objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos, sem que haja qualquer tipo de discriminação, seja ela por raça, cor ou sexo.

No que diz respeito aos direitos adquiridos quanto ao período de gravidez da mulher, tem-se o art. 6º, caput, em que determina um rol de direitos sociais e dentre eles se encontra a proteção à maternidade. Ademais, junto a ele, no art. 7º, o qual determina direitos constitucionais dos trabalhadores, encontra-se em seu inciso XVIII a garantia à mulher de cento e vinte dias de licença-maternidade, sem que haja qualquer perda no que se refere ao seu emprego ou salário.

Observando-se ainda o art. 7º, em seu inciso XX, outro direito constitucionalmente garantido à trabalhadora feminina é o de sua proteção no mercado de trabalho, de modo que o Estado deve assegurar incentivos específicos para que isso ocorra. Além disso, em seu inciso XXX, situando-se em conformidade ao princípio da igualdade expresso no art. 5º, fica determinada a vedação de ocorrência de distinção de salários, ocupação de cargos ou critérios

de admissão que utilizem como embasamento o sexo, a idade, a cor ou o estado civil do empregado.

Quanto ao âmbito familiar, o art. 226 determina o dever do Estado em proteger a família que é considerada base da sociedade e por isso, tal como expõe o §5º, os homens e mulheres possuem os mesmos direitos e deveres no que se refere a sociedade matrimonial, devendo estes serem desempenhados de maneira igualitária. Ademais, ainda no mesmo artigo é válido citar o §8º, o qual estabelece: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Ante ao exposto, fica evidente que o princípio fundamental da igualdade é um dos mais importantes pilares da Constituição Federal de 1988, servindo como base para diversas normas, principalmente naquelas que envolvem os direitos das mulheres. Assim, diante destas leis tornou-se incontestável o fim da subjugação feminina ao homem e também da legitimação da violência que se perpetuou por tantos séculos, de modo a ser assegurado pelo próprio Estado a prática de artifícios que venham a reprimir essa agressão. Por conseguinte, esta revolucionária Carta Magna possibilitou que novas legislações fossem positivadas, como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, tornando os direitos femininos cada vez mais efetivos.

5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 determinou pela aplicação de tratamento igualitário às mulheres em todos os âmbitos de suas vidas, tratando-se não apenas de sua aplicação no plano formal em que há a garantia de direitos por meio de uma equidade universal e neutra, mas também no material.

Desse modo, apenas colocando-se em prática a esfera formal, evidencia-se que na execução há um tratamento totalmente diferenciado em que as questões voltadas a diferenças de gênero implicam na necessidade de desdobramentos específicos para se alcançar uma garantia real de igualdade de tratamento, tendo em vista o fato de que a mulher se encontra em uma sociedade na qual tais dissemelhanças possuem certo peso e criam obstáculos a aplicação plena de tal preceito (ROCHA, 2023).

Portanto, tem-se a igualdade material que busca concretizar a garantia desses direitos na prática, em que serão tratados os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, de modo a haver forte atuação do Estado que utilizará de

suas funções legalmente previstas para criar mecanismos e políticas públicas que venham a manter o equilíbrio entre todas as pessoas (ROCHA, 2023).

À vista disso, Aristóteles (2021, p. 97 e 98) alude a respeito da concepção de igualdade como aquela que apenas se encontra presente em uma sociedade que trate cada igual com igualdade e cada desigual com desigualdade, na medida de tais contrastes, de maneira a levar-se em consideração o fato de que diferenças existem e devem ser apuradas dessa forma. O filósofo ainda vinculou o sentido de igualdade ao de justiça, tendo em vista que há o impedimento a discriminações ilógicas e arbitrárias, sendo o tratamento desigual na medida de cada desigualdade componente essencial da própria concepção de justiça. Assim, argumenta-se que estas dessemelhanças são indispensáveis e de suma importância quando se busca pelos resultados mais justos, orientando-se em direção a diminuição dessas desproporcionalidades e a integração da sociedade.

A atual Carta Magna permitiu que houvesse um cuidado especial quanto a mulher, possibilitando forte atuação de normas infraconstitucionais que venham a diminuir as distinções de tratamento por motivo de sexo, através de determinações que atenuem as diferenças biológicas, físicas e sociais que se encontram constantemente presentes, principalmente quando se trata do espaço de cada um no mercado de trabalho e na política.

Esse tratamento diferenciado voltado às mulheres é denominado de discriminação positiva, o qual impõe proteção a determinados grupos que, de acordo com entendimento do legislador, merecem tal especificidade, havendo uma concessão de benefícios e incentivos compensatórios que objetivam alcançar um nivelamento diante desta desigualdade enraizada na sociedade.

Com a mesma finalidade de oferecer amparo a grupos minoritários que se situam em circunstâncias desfavorecidas e de vulnerabilidade social, há também as ações afirmativas que consistem na aplicação de políticas públicas e privadas que objetivam o fim da discriminação racial e de gênero, assim como reparar as consequências de uma desigualdade que é histórica, de maneira a se atingir o que seria o ideal igualitário de acesso a bens fundamentais. Portanto, ações de tal natureza, bem como as discriminações positivas encontram-se em harmonia ao princípio da igualdade material, servindo de instrumentos na busca pela minimização das desigualdades sociais.

Ante ao exposto, muito se fez com o intuito de fortalecer a inserção da mulher no mercado de trabalho, estando grande parte dessas normas presentes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mais especificamente em sessões denominadas “Da duração, condições

do trabalho e da discriminação contra a mulher”, “Dos métodos e locais de trabalho” e “Da proteção à maternidade”.

Importante ressaltar que muitas dessas normas de proteção e garantias às mulheres presentes na CLT apenas se encontraram presentes graças a Lei nº 9.799 de 26 de maio de 1999, a qual introduziu na norma trabalhista disposições acerca do acesso da mulher ao mercado de trabalho, e ao Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002 que veio a reafirmar tais direitos por meio da promulgação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

A começar pelo artigo 373-A da CLT, ficam estabelecidas uma série de vedações, sendo estas: a realização de anúncios de vagas de emprego que determinem um sexo específico para a função, exceto quando a atividade for de natureza que assim o exija; recusa de emprego ou dispensa motivada por questões de sexo ou estado de gravidez, salvo em situações em que a natureza da atividade exercida seja incompatível; consideração de sexo, idade ou cor como critério remuneratório, formação profissional e ascensão de cargo; requisito para aquisição ou permanência em emprego de atestados e exames que comprovem gravidez ou esterilidade da empregada; adoção de critérios que levem em consideração o sexo, cor, idade, situação familiar ou estado de gravidez como determinantes para aprovação ou inscrição em concursos; e submissão das empregadas a revistas íntimas.

Quanto ao artigo 389 da norma, mais especificamente em seus incisos I, II e III, fica instituído o direito a instalações adequadas, em que todas as empresas possuem a obrigação de fornecer estabelecimentos com as devidas medidas pertinentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, sendo dispostos ventilação, iluminação e demais provisões que se façam necessárias de maneira a atender a segurança e conforto das mulheres.

Além disso, devem também haver instalados bebedouros e aparelhos sanitários, e cadeiras ou bancos suficientes que propicie às mulheres exercerem suas atividades sem grande desgaste físico. Fica ainda garantido o direito a privacidade, sendo obrigadas as empresas a fornecer vestiários com armários individuais privativos as mulheres quando no local de trabalho for obrigatória a troca de vestimentas. Já no artigo 390, fica determinado um limite quanto ao carregamento de peso, em que será vedado à empregada realizar serviço que exija o emprego de força superior a 20 quilos quando se tratar de trabalho constante, ou 25 quilos para o trabalho eventual.

Tratando-se da maternidade, há um rol de artigos que protegem essas trabalhadoras, valendo-se falar primeiramente do artigo 391, o qual estabelece que a gravidez ou o matrimônio não constituem justa razão para que o contrato de trabalho seja rescindido. Ainda,

de acordo com os artigos adiantes, mais especificamente 391-A, 392, 394 e 396, são assegurados às mulheres empregadas determinados direitos, sendo estes: a estabilidade provisória à empregada gestante que confirme a sua condição no decurso do seu contrato de trabalho, mesmo que durante o período de aviso prévio; a licença-maternidade de 120 dias sem descontos ou quaisquer prejuízos do emprego e salário da empregada; a opção de rescindir o compromisso decorrente do contrato de trabalho que seja nocivo à gestante, desde que apresente atestado médico; e a dois descansos de meia hora cada durante a jornada de trabalho para que a empregada possa amamentar seu filho até que este complete a idade de seis meses.

Um importante programa que entrou em vigor foi o Emprega + Mulheres, por meio da lei nº 14.457 de 21 de setembro de 2022, o qual promove o ingresso de mulheres no mercado de trabalho por meio de incentivos como a aprendizagem profissional e medidas que apoiam e ajudam as empregadas quanto a seus filhos pequenos, como a flexibilização da jornada de trabalho, provimento de creches e a antecipação de férias, alterando-se algumas normas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Além disso, o programa apoia o combate às violências existentes no ambiente de trabalho e criou o Selo Emprega + Mulher, de modo a reconhecer as empresas que efetivaram tais medidas trazidas pela norma, permitindo a lei que haja um amparo às mães e auxílio a seus progressos profissionais, assim como no retorno destas ao local de trabalho após o fim da licença-maternidade.

Nesse sentido, com o intuito de aumentar a presença e valorização feminina na área de segurança pública, criou-se o Projeto de Lei nº 1.529 de 2021, em que se determina que haja a cota de 20% das vagas para policiais femininas, tendo sido aprovado pela câmara dos deputados e encontra-se aguardando apreciação pelo senado federal. Outra norma neste mesmo viés que busca inserir a mulher no mercado de trabalho diz respeito ao Decreto nº 11.430 de 8 de março de 2023, o qual regulamenta a Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 (lei de licitações e contratos administrativos) e prevê a obrigação do emprego de mão de obra feminina vítima de violência doméstica, respeitando-se o percentual mínimo de 8%.

No que se refere ao espaço ocupado por essas mulheres na política, sabe-se que ainda há uma grande dificuldade em se ocupar tais cargos, tendo em vista a resistência que existe quanto a elegê-las ou sequer ouvi-las nas tomadas de decisões políticas. Devido a sua marginalização histórica, nota-se que até os dias atuais há a baixa representatividade feminina em tais cargos, principalmente naqueles de mais alto poder, tornando-se evidente a importância de se ter normas que contribuam com o incentivo à atuação e chegada dessas

mulheres ao governo, de maneira a se ter em maior escala a criação e consecução de políticas públicas que tratem cada vez mais de questões voltadas a pautas femininas (FLORENTINO, 2018).

Portanto, faz-se importante elucidar a respeito da lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que trata da regulamentação das eleições e estabelece em seu artigo 93-A que o Tribunal Superior Eleitoral deve promover, no período de 1º de abril e 30 de julho dos anos eleitorais e em até cinco minutos diários, propagandas em televisões e rádios com o intuito de promover a participação das mulheres, jovens e negros na política, assim como elucidar sobre os procedimentos do sistema eleitoral brasileiro.

Atrelado a esta norma, tem-se ainda a lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, em que estabelece em seu artigo 10, §3º um percentual mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, assegurando-se a participação política de ambos os sexos, especialmente a da mulher que ainda busca a garantia do seu espaço devido no cenário político.

Uma ferramenta criada nesse sentido é a chamada Plataforma Cidade 50-50, criada pelo Instituto Patrícia Galvão (IPG) e o Grupo de Pesquisa sobre Democracia e Desigualdades da Universidade de Brasília (Demode/UnB), em parceria com a ONU Mulheres Brasil e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Trata-se de uma plataforma digital originada no ano de 2016 com o intuito de ser aplicada nas eleições municipais que ocorreriam, possuindo esta o objetivo de incentivar argumentações a respeito da igualdade de direitos entre homens e mulheres no processo eleitoral, assim como propiciar um ambiente em que os candidatos manifestassem o seu comprometimento com tais causas e que os eleitores pudessem adquirir mais informações que auxiliariam na definição de seus votos. Desse modo, este projeto evidenciava a importância e essencialidade de políticas públicas que contribuem com a igualdade de gênero, sendo necessária a participação tanto de homens quanto de mulheres no desenvolvimento de tais políticas, de maneira a haver uma maior representatividade para todos.

Ante ao exposto, é incontestável o fato de que quando se fala em igualdade, tanto formal quanto material, presente na Constituição Federal de 1988, também se fala na desigualdade construída historicamente e que é de extrema relevância, pensando-se na aplicação de normas e políticas públicas que venham a equiparar essas mulheres que por muito tempo foram submetidas a constantes injustiças e discriminações, de maneira a justificar o tratamento especial e diferenciado a estas em diversos âmbitos de sua vida e

assim, alcançar a real e efetiva igualdade e justiça de gênero, integração da sociedade e fortalecimento das conquistas femininas.

6 NORMAS DE ESPECIAL PROTEÇÃO ÀS MULHERES: LEI MARIA DA PENHA E LEI DO FEMINICÍDIO

A Constituição Federal de 1988, considerada uma das mais modernas do mundo, carrega em seu texto as normas de maior importância, devendo as demais leis estarem de acordo com as suas determinações para que não sejam tidas como inconstitucionais. Portanto, essa norma de valor supremo atua como um guia para o adequado exercício do Estado, de maneira a regulamentar a organização do país e assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ainda que muito do que se encontra no texto constitucional não seja visto em prática, a atual Carta Magna permitiu uma enorme mudança no âmbito jurídico destinado às mulheres que antes de sua vigência, recebiam um tratamento totalmente diferenciado. Desse modo, com a entrada em vigor de normas que asseguram os direitos das mulheres, a Constituição Federal de 1988 funcionou como base e auxiliou no impulsionamento da criação de outras legislações que vieram a abarcar em seu conteúdo, de modo mais específico, a criminalização de determinadas condutas contra as mulheres, buscando-se uma maior proteção (PITANGUY, 2018, p. 13 e 14).

Uma das mais importantes legislações a entrar em vigor é a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), sancionada no dia 7 de agosto de 2006, tendo sido criada em conformidade ao art. 226, §8º da Constituição Federal com o intuito de inibir a violência doméstica e punir de maneira mais adequada os seus agressores. Além da Carta Magna, outros instrumentos que foram capazes de auxiliar a entrada em vigor da norma foram tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção de Belém do Pará, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Em consonância ao exposto, Alves (2020, p. 75, 76) enuncia:

Finalmente, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei Maria da Penha que passava a tratar os casos de violência doméstica com mais severidade e atenção. É considerada uma das leis mais avançadas do mundo a respeito do tema, estabelecendo a violência contra a mulher como um crime (violação de direitos humanos) e oferecendo medidas de segurança, além de definir o que é a violência (exposto acima) e suas diferentes manifestações.

A denominação da lei se deu em virtude da farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes que constituiu uma das maiores representantes na luta contra a violência doméstica. A vítima sofria agressões por parte de seu marido – de origem colombiana – o economista e professor Marco Antônio Heredia Viveiros, que iniciou tais condutas após adquirir a sua cidadania brasileira e se estabilizar profissionalmente. Ademais, o agressor mantinha atitudes extremamente rudes e intolerantes, se comportando dessa maneira não só com a sua esposa, mas também com as filhas, frutos do casamento do casal (INSTITUTO MARIA DA PENHA).

As agressões permaneceram, até que no ano de 1983 Marco Antônio realizou sua primeira tentativa de assassinato contra a esposa dando um tiro nesta enquanto dormia, atingindo suas costas e deixando-a paraplégica, além de demais danos físicos e psicológicos. Todavia, o agressor alegou à polícia se tratar de uma tentativa de assalto, e quatro meses depois, após Maria da Penha retornar do hospital, foi mantida em cárcere privado por cerca de duas semanas e mais uma vez houve tentativa de dar fim a sua vida, tentando o autor do crime electrocutá-la enquanto tomava banho (INSTITUTO MARIA DA PENHA).

O primeiro julgamento do réu ocorreu apenas em 1991 e este recebeu a sentença de 15 anos de prisão, contudo, sua defesa conseguiu que saísse em liberdade. Já no segundo julgamento, no ano de 1996, Marco Antônio foi sentenciado a 10 anos e 6 meses de prisão, mas novamente obteve o não cumprimento por meio de artifícios de sua defesa. Portanto, sem conseguir justiça pelo crime sofrido, em 1998 Maria da Penha acionou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) que enviaram o seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No ano de 2001, estando o Brasil omissivo em relação as denúncias, foi acusado de tolerância e negligência quanto a violência doméstica sofrida pelas mulheres e posteriormente, houve a sua condenação pela OEA, tendo em vista a demora injustificada na ação judicial em face de Marco Antônio Heredia Viveiros que até o momento já deveria ter sido punido. Além disso, também foi imposto ao país o dever de cumprir com o que havia sido acordado em tratados e assegurado constitucionalmente, de maneira a reestruturar suas normas e políticas que tratam dessa violência contra a mulher.

Consequentemente, no ano de 2002 o agressor finalmente foi preso e o Estado Brasileiro deu origem a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha em homenagem a mulher que lutou por quase 20 anos para conseguir justiça. E diante de tudo que passou, até os dias atuais ela relata sua experiência, realiza palestras e permanece na causa

contra qualquer tipo de violência doméstica, tendo ainda escrito um livro em 1994 sobre o ocorrido, denominado “Sobrevivi... posso contar”, e fundado o Instituto Maria da Penha no ano de 2009.

A vigência dessa legislação trouxe em seu texto normativo diversos benefícios, dentre eles a tipificação e definição da violência doméstica, assim como suas formas de agressão que podem ser psicológica, física, moral, sexual e patrimonial; aumento da pena máxima que foi de um para três anos de prisão; auxílio fornecido por assistência social e serviços de proteção a mulheres vítimas de violência; distanciamento do agressor, tanto da vítima quanto de seus familiares; proibição de penas pecuniárias; implantação de delegacias especializadas e Casas Abrigo; proteção da norma a todas as mulheres, configurando-se violência doméstica independentemente de sua orientação sexual; e estabelecimento de juizados de violência doméstica e familiar, com jurisdição cível e criminal, em que tratará do processo e julgamento de questões voltadas a agressão contra a mulher.

Ademais, a lei também possibilitou alterações no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), mais especificamente em seu art. 61, inciso II, alínea f, o qual determina como agravante da pena o agente ter cometido violência doméstica; e o art. 129, §11, em que estabelece o aumento de um terço da pena em situações de violência doméstica contra mulher com deficiência. Quanto a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), em seu art. 152 foi incluído o parágrafo único que permite ao juiz impor o comparecimento obrigatório do transgressor em programas de recuperação e reeducação.

Ante ao exposto, fica evidente que a Lei Maria da Penha trouxe determinações inovadoras à situação jurídica nacional em que se encontrava o Brasil, de maneira a assegurar meios de proteção, disciplina e fiscalização dos institutos voltados a causa, formando-se assim, um microssistema legal com garantias às mulheres e incorporação de tratados de Direitos Humanos que desafiaram o tradicionalismo jurídico (RIBEIRO, 2014, p. 28). Todavia, com o tempo, ficou perceptível que essa legislação não conseguia resolver sozinha o último estágio da violência doméstica, sendo necessária a criação de uma norma mais rígida quanto a esta especificidade, o que justificou a criação da Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015, mais conhecida como Lei do Femicídio.

Para que essa norma pudesse entrar em vigor, houve influência direta da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher (2013), da Organização das Nações Unidas (ONU), na qual foi aprovado pelos países membros documento que trouxe pela primeira vez o termo feminicídio e determinou pelo fortalecimento das legislações nacionais, de maneira a punir

atos violentos que acarretem no assassinato de mulheres e meninas por motivo de gênero e implementar mecanismos que auxiliem na prevenção e eliminação dessas violências.

A partir disso, por autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher (CPMI-VCM), houve o sancionamento da Lei nº 13.104/2015 que passou a criminalizar de modo mais específico o assassinato de mulheres pela simples existência da condição feminina – advinda da misoginia ou até mesmo objetificação da mulher – ou como resultado da violência doméstica.

A Lei do Feminicídio conseguiu realizar alterações no Código Penal brasileiro incluindo determinações mais rígidas a respeito de tais condutas tipificadas que passaram a estar presentes no art. 121 da norma, o qual dispõe a respeito do crime de homicídio e suas variações. Portanto, a primeira inserção inaugurada pela vigência da norma se encontra no §2º, inciso VI, em que estabelece como uma das hipóteses de constituição do crime de homicídio qualificado o cometimento do ato contra a mulher por motivo de sua condição feminina. Ademais, como complementação a esta disposição, encontra-se o §2º-A, o qual dispõe que será considerada a configuração do crime em questão quando abarcar violência doméstica e familiar (I), ou se encontrar presente o desdém e discriminação da condição de mulher (II).

Quanto a pena pelo cometimento do crime de feminicídio, constitui-se na reclusão de doze a trinta anos, podendo ainda ser aumentada de 1/3 até a metade, tal como expõe o §7º, nas hipóteses em que a conduta for cometida durante o período da gravidez ou nos três meses seguintes ao parto (I); contra pessoa que possua menos de catorze anos, mais de sessenta anos ou com deficiência (II); ou diante de ascendente e descendente da vítima (III). Outra importante mudança realizada pela norma consiste na inclusão do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.072/90, em que estabelece o feminicídio como crime hediondo, o que consequentemente resulta na exigência de formação de um tribunal do júri para que os acusados possam ser julgados.

À vista disso, fica claro que não há mais uma conformidade quanto a discriminação da mulher, não sendo mais aceitas condutas que venham a propagar o patriarcado e a misoginia. Isto posto, mesmo que não haja uma eficácia total das normas quando postas em prática, é evidente a mudança positiva e o êxito em diversos âmbitos trazidos por esses mecanismos de proteção, especialmente no que se refere às leis nº 11.340/2006 e nº 13.104/2015, de modo a atingir o objetivo de coibição de agressões e restauração da dignidade das mulheres.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trata de uma problemática vista de perto pela autora, de modo que a incentivou a realizar o desenvolvimento da pesquisa em questão. Portanto, foi de extrema importância debruçar-se a respeito do progresso da mulher na história que saiu de uma posição da qual não podia nem sequer votar ou proferir suas vontades em seu lar sem que fosse diminuída pelo seu “dono”, encontrando-se atualmente em um lugar do qual permite que esta tenha lugar de fala, prega a igualdade de gênero como princípio basilar que rege as demais normas, e ainda, criminaliza condutas violentas contra a mulher por meio de leis específicas de proteção.

Decerto é que os direitos das mulheres se originaram diante de um cenário de enorme violência e desigualdade de gênero totalmente enraizados na sociedade, necessitando que houvesse uma imposição quanto ao tratamento, principalmente jurídico, que era disseminado e a constante luta para que se chegasse ao reconhecimento e à garantia de direitos fundamentais.

Desse modo, diversos foram os movimentos feministas ocorridos para que se pudesse adquirir direitos mínimos que já eram garantidos aos homens desde o início da história, e também normas especiais quanto ao tratamento da mulher, tendo em vista a sua condição biológica – no que se refere a maternidade da mulher enquanto empregada e trabalhos braçais –, o machismo e a vasta violência de gênero que perpetuava e que, infelizmente, até o momento presente, se perpetua na sociedade.

Portanto, por meio do artigo desenvolvido ficou evidente o espaço que foi ocupado pelas mulheres na sociedade de modo gradual, tornando-se viável esta conquista graças a leis específicas, tratados internacionais, e principalmente, à Constituição Federal de 1988 que instituiu o princípio fundamental da igualdade – formalmente impondo que as mulheres devem possuir os mesmos direitos que os homens e em seu aspecto material, serem tratadas de maneira desigual na medida de suas desigualdades –, determinou pelo fim da discriminação de gênero e ainda, estabeleceu a obrigação incumbida ao Estado de proteção à família e o seu dever em criar políticas públicas com o objetivo de enfrentar a violência existente nessas relações.

A partir disso, foi por meio da base previamente estabelecida pela Constituição Federal de 1988 que as demais normas como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, instrumentos essenciais na proteção aos direitos das mulheres, puderam ser sancionadas e se estabelecerem de maneira mais eficaz na luta contra a violência, garantindo uma maior punibilidade dos crimes, coibição desses atos e reafirmação da cidadania e dignidade dessas pessoas que finalmente conquistaram seu lugar de direito diante da sociedade.

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 precisou “andar”, para que as demais legislações específicas de proteção pudessem “correr”, mas sempre atuando todas em conjunto e empenhadas a alcançar o maior dos propósitos: a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sarah. **Violência doméstica: uma coroa de espinhos**. São Paulo: [s.n.], 2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023**. Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11430.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro: Presidente da República, [1940]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Vice-presidência da República, [1997]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.** Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm#art373a. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília: Presidência das República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art3. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília: Presidenta da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022.** Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

ENTRA em vigor lei que cria o programa emprega + mulheres. **Gov.br**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2022/09/entra-em-vigor-lei-que-cria-o-programa-emprega-mulheres>. Acesso em: 31 mar. 2023.

FLORENTINO, Karoline. Representatividade das mulheres na política. **Politize**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/mulheres-na-politica/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MELLO, Adriana Ramos de. **Série anais de seminários: 30 anos da carta das mulheres aos constituintes.** 1 ed. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade.** 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MODELLI, Laís. Constituição de 1988 foi avanço nos direitos das mulheres. **Carta Capital**, 5 out. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/constituicao-de-1988-foi-avanco-nos-direitos-das-mulheres/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

PITANGUY, Jacqueline. **Carta das mulheres brasileiras aos constituintes: 30 anos depois**. 1 ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

PLATAFORMA cidade 50-50 é ferramenta para incentivar paridade de gênero nas esferas de poder. **ONU Mulheres Brasil**, 2016. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/plataforma-cidade-50-50-e-ferramenta-para-incentivar-paridade-de-genero-nas-esferas-de-poder/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

QUEM é Maria da Penha. **Instituto Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 28 dez. 2022.

RIBEIRO, Jose Renato. **Da dignidade da pessoa humana, violência doméstica e os instrumentos de proteção aos direitos fundamentais das mulheres**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014.

ROCHA, Zélio Maia da. Isonomia e a condição da mulher no mundo e no Brasil. **Migalhas**, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341614/isonomia-e-a-condicao-da-mulher-no-mundo-e-no-brasil>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SCALABRIN, Maiara Cristina. **Lei maria da penha: uma abordagem com base na legislação e doutrina brasileira**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2009.

WATANABE, Bárbara. Quem ama não mata: o movimento feminista QANM completa 40 anos e traz questões importantes acerca do recrudescimento da violência contra a mulher. **Portal Gama**. Disponível em: <https://portalgama.com.br/quem-ama-nao-mata/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA E ANTICOMPETITIVIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Resale price maintenance and anticompetitiveness: ana analysis in light of the brazillian competition defense system

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	26/07/2023

Felipe Guimarães de Oliveira¹
Carlos Eduardo Tavares Fernandes²
Isadora Bitar Rettelbusch³

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a prática anticompetitiva de fixação de preços de revenda a partir do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e da Constituição Federal de 1988. Para este fim, utiliza-se o método dedutivo, com suporte em fontes bibliográficas e jurisprudenciais. O objetivo é traçar um perfil histórico-jurídico sob a suposta celeuma desta violação à Ordem Econômica Nacional e suas consequências, especialmente sob o prisma da violação da livre concorrência e da natureza anticompetitiva da conduta. Sustenta-se que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) contribui, de forma bastante salutar, para a consolidação dos ideais de incentivo à liberdade concorrencial com a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Palavras-chave: Fixação de Preços de Revenda; Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); Direito Econômico; Prática Anticompetitiva; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

ABSTRACT

The present study aims to analyze the anticompetitive practice of resale price maintenance within the Brazilian Competition Defense System (SBDC) and the Federal Constitution of 1988. To this end, a deductive method is employed, supported by bibliographic and jurisprudential sources. The objective is to trace a historical-legal profile concerning the alleged controversy surrounding this violation of the National Economic Order and its consequences, particularly in terms of the violation of free competition and the

¹Doutorando em Direito (UFPA). Professor da Graduação e Pós-Graduação do CESUPA. Coordenador da Clínica de Superendividamento do CESUPA. Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: felipe.oliveira@prof.cesupa.br.

²Aluno da Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA).

³Aluna da Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA).

anticompetitive nature of such conduct. It is argued that the actions of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) contribute significantly to the consolidation of the ideals of promoting competitive freedom through the prevention and repression of infractions against the economic order.

Keywords: Resale Price Maintenance; Brazilian Competition Defense System (SBDC); Economic Law; Anticompetitive Practice; Administrative Council for Economic Defense (CADE).

1 INTRODUÇÃO

A fixação dos preços de revenda pode ser compreendida como uma prática anticompetitiva que viola a livre concorrência e se constituiu como infração da ordem econômica. Ao invés do ideal máximo de autorregulação do mercado — com a famigerada mão invisível de Adam Smith — verifica-se que determinados atores sociais, após perceberem falhas nesta conjuntura, criaram mecanismos para dizimar a concorrência e aferir lucro de maneira ilícita, afastando-se do ideal de promover a melhor atuação, visando reduzir custos e propiciar uma maior qualidade na prestação do serviço, ou na confecção de um dado produto. Assim, tais formas de maculada participação econômica, deturpam o sistema liberal e propiciam ganhos monetários tão somente aos agentes transgressores da ordem econômica estabelecida.

Por consectário, a Legislação Brasileira, no afã de afastar tais práticas ilícitas, dentre as quais a Fixação dos Preços de Revenda, após enveredar por um caminho diverso da repressão simples — isto é, apenas pautada na aferição da pena a ser imposta —, buscou cooptar elementos capazes de garantir uma maior eficiência concreta, por meio de uma política preventiva. Desse modo, a Constituição de 1988 foi influenciada pela recente corrente de pensamento em defesa do Consumidor, culminando nas Leis n° 8.078 de 1990 — responsável pelo desenvolvimento Política Nacional de Relações de Consumo — e n° 12.529/2011, a qual instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa é analisar como a Fixação dos Preços de Revenda afronta à defesa da Livre Concorrência e se consubstancia como um desafio ao Modelo Dual proveniente do Texto Constitucional⁴. Desse modo, pretende-se verificar a

⁴ A Constituição Federal de 1988 instituiu, por meio do Artigo 170, um modelo de gestão econômica que conjuga características dos Sistemas Liberal e Socialista, pois ao mesmo tempo em que se busca incentivar a Livre Iniciativa, não se pode olvidar tal ímpeto dos ditames da Justiça Social. Portanto, esse resguardo inserido

atuação efetiva do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), advindo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), assim como os mecanismos que o Ordenamento Jurídico Pátrio possui para coibir práticas que atentem contra a ideologia constitucionalmente adotada na Carta de 1988, respondendo ao seguinte problema de pesquisa: A fixação de preços de revenda se constituiu como prática anticompetitiva apta a ensejar a repressão de abuso de poder econômico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência?

No que se refere à metodologia utilizada, recorreu-se ao método dedutivo, com o uso de fontes primárias, é dizer, a pesquisa bibliográfica em textos doutrinários e em julgados do Tribunal do CADE, com fito de verificar, a partir de um pensamento crítico, se o aparato construído pelo Estado Brasileiro, seja por meio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ou de Diplomas Legais, corroboram para a consolidação dos princípios constitucionais em defesa da livre concorrência e da justiça social.

Por derradeiro, o texto foi dividido em três tópicos. O primeiro realiza de maneira preambular um perfil histórico-jurídico sobre os antecedentes que culminaram na Constituição de 1988 e realiza-se uma exposição do base principiológico das normas de Direito Econômico dentro da Constituição e a discussão central acerca da fiscalização das atividades lucrativas; o segundo item busca explicar a função do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC de maneira didática e informar por quais órgãos é composto, tal qual, discorrer brevemente acerca maneira em que se dá esse funcionamento, ao passo que a seção final se ampara na análise de casos concretos, donde se pode perceber a maneira com a qual o Tribunal do CADE fundamenta suas decisões e a diferença de posicionamento entre elas.

2 PRESSUPOSTOS DIDÁTICOS: A CONSTITUIÇÃO DE 1988, SEUS PRINCÍPIOS E EFEITOS NA REGULAÇÃO DO MERCADO

A análise de uma Constituição não pode ser restrita aos seus dispositivos escritos, ou do caráter hermenêutica advindo de suas noções, o famoso *Espírito da Constituição* que os Juristas Americanos frequentemente mencionam. Se os Juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, imersos numa disputa ideológica entre, *grosso modo*, Conservadores e Progressistas

pelo Legislador Constituinte influencia a maneira pela qual o Estado irá participar de sua própria Economia, seja como agente interventor (regulando de maneira direta o seu funcionamento), ou como mero espectador das ações dos demais atores sociais (como Bancos, Investidores e Empresas).

divergem quanto à Razão de Ser de suas decisões (seguir o ideal dos Constituintes ou adaptar os dizeres da Lei das Leis aos dias contemporâneos), ao menos, não se nega que a Constituição, sobretudo no sistema do *Civil Law*, nada mais é que um mero documento escrito, uma mera personificação por meio de Palavras ou Conceitos (seguindo o raciocínio da Lógica) do Legislador Originário, necessitando dos Glosadores e Intérpretes para visualizar o seu “sentido”. Porém, a Interpretação Sistêmica, por si só, não é capaz de revelar, de pronto, quais foram os motivos que levaram o Constituinte a enveredar por dada linha de raciocínio, em detrimento de outra. Nesse diapasão, é possível afirmar que a Carta Cidadã de Outubro de 1988 revelou-se como um verdadeiro instrumento agregador de diversos ímpetus suprimidos ao longo do Regime Militar e de suas alterações no Ordenamento Jurídico Nacional (primeiro, modificando o suporte da Constituição de 1946 e vinculando-o aos Atos Institucionais; em seguida, outorgando a Carta de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, defendida por alguns ilustres doutrinadores como uma *nova Magna Carta*).

Partindo desta noção, por cautela, ignorar as diversas transformações políticas, econômicas e sociais da Década Perdida após o Milagre Econômico, bem como as inúmeras [e frustradas] tentativas de controle da Inflação seria buscar a compreensão em pura dedução, sem qualquer comprovação empírica. Temer (2019, p. 35) aduz que um novo Estado Brasileiro surgir-se-ia a cada nova Constituição, pelo menos no que se refere ao seu viés jurídico, em que pese a existência de determinados mecanismos, como a Recepção e a Repristinção (esta não vislumbrada em nosso Ordenamento), capazes de modificar o neófito Estado com Legislações Progressas à sua existência. Logo, a Constituição de 1988 almejou conglomerar determinadas peculiaridades comuns a sistemas completamente distintos. A suposta contradição, comprovando a chamada *Hipertrofia Legislativa* mencionada por Verbicaro (2019)⁵, entre o *Modelo Liberal* e o *Modelo Socialista* culminou na seguinte redação do Artigo 170, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

⁵ Nomenclatura utilizada durante exposição da disciplina *Introdução ao Estudo do Direito I*, referente ao Curso de Bacharelado em Direito ofertado pelo *Centro Universitário do Estado do Pará* (CESUPA) em Belém do Pará, durante os meses de Fevereiro à Junho de 2019.

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Figueiredo (2014, p. 93) aduz que por *Ordem Econômica* compreender-se-iam “as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação, mormente nas atividades geradoras de rendas e riquezas”. À luz do artigo pregresso, infere-se que o Legislador elencou como princípios basilares da Ordem Econômica do novo Estado Brasileiro os Princípios da Livre Iniciativa, Livre Concorrência, Função Social da Propriedade e Proteção do Consumidor. Há, diante do exposto, uma preocupação em caráter incidental, dado que se ampara, ou em tese deveria ser, o cidadão doravante Empresário, mas sem ignorar que o desejo desenfreado, o que se poderia chamar, numa linguagem desprovida de rigor técnico, de ganância ou ambição, não pode prejudicar, mesmo que indiretamente, o Direito à Propriedade de outrem, por exemplo, os casos de Especulação Fundiária. Ainda neste viés, embora o Estado Brasileiro assegure que as Empresas possam competir entre si e conquistar o esperado Lucro, isto não pode ser interpretado como uma licença para exercer a Atividade Empresarial em desconformidade com os preceitos da própria Constituição, oriundos de uma clara influência do Estado Social. Assim, não seria possível que uma Empresa de confecção de calçados, buscando gastar o mínimo possível, colocasse à venda um par de sapatos esportivos com falsos amortecedores, prejudicando o Consumidor, acertadamente valorado como polo mais frágil nesta relação.

Seguindo esta linha de raciocínio, é nevrálgico que se conheça os conceitos dos principais princípios basilares da Ordem Econômica Brasileira. Porém, convém salientar que tais princípios não podem ser considerados como regras absolutas, necessitando ao aplicador/interprete que se utilize da razoabilidade e adequação para aquele caso concreto objeto da análise. Esclarecendo as lições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, discorrem Mendes e Branco (2021, p. 75-76) que para estes os princípios não resultam, de maneira direta, na concretização de consequências jurídicas tão somente pela verificação de um fato descrito anteriormente pelo texto, sobretudo porque sua incidência num caso concreto pressupõe a análise a partir da dinâmica da dimensão do peso, o que resulta na compreensão segundo a

qual determinada conjuntura irá prescindir um ou outro princípio, pois como fonte de captação dos valores morais de uma determinada sociedade, os tornam como elementos incorporados ao discurso jurídico.

Contudo, para Alexy — ainda parafraseando a interpretação de Mendes e Branco — o referido embate entre princípios, seguindo o raciocínio emanado da discussão entre regras, consiste na verificação que a aplicação de uma norma ao contexto vigente culminar-se-á em consequências antagônicas entre si. Entretanto, o jurista compreende que um conflito entre regras é resolvido quando uma cláusula se torna exceção da adversária, ou se verifica que uma das postulantes não é válida, ou seja, não se trata da dinâmica de peso já mencionada.

Diante disso, salientada a diferença entre Regras e Princípios, tem-se a exposição da base principiológica pertinente ao estudo do Direito Econômico, sendo o ponto fulcral a assimilação sobre os termos do Princípio da Livre Iniciativa, o qual, segundo o magistério de Del Masso (2017, p. 96-97) visa garantir a liberdade de empreender em sentido pleno, pois a simplória garantia legal não é eficaz como incentivo à atividade produtiva. Há de se pensar, logo, numa série de componentes, tais como a infraestrutura para garantir o escoamento da produção ou circulação dos produtos, tal qual verificar se as diretrizes tributárias contribuem para fomentar uma maior liquidez da Economia. Sem esquecer da obtenção de lucro, condição inafastável de qualquer atividade empresária, o Doutrinador recorre à Modesto Carvalhosa, para assinalar que a Iniciativa Econômica Privada é a possibilidade dos cidadãos organizarem e exercitarem uma determinada atividade com fim de aferir lucro, embora se deva ressaltar que tal liberdade não é absoluta, sendo dever do Estado assegurar a aplicação dos Princípios Constitucionais (como os relacionados à Justiça Social e aos Direitos dos Consumidores), de modo a limitar tal exercício, além de ser função estatal a regulamentação do mercado, equilibrando os agentes e visando estimular a competição como mecanismo para reduzir os preços e aumentar o poder de consumo.

Tal competição em tela culmina na adoção do Princípio da Livre Concorrência, sobre o qual aduz Fonseca (2017, p. 98-99) que se trata de um mecanismo estatal, cujo objetivo não se restringe apenas ao silogismo de Oferta e Demanda. Na realidade, a Constituição pretende efetivar uma Liberdade de Concorrência, mas sem que isso signifique, tão-somente, na possibilidade de disputar a preferência do consumidor (sentido meramente didático). Torna-se necessário buscar um equilíbrio em que tanto os grandes grupos, quanto as pequenas empresas, possam instalar-se no mercado, afastando-se do sentido maniqueísta do Liberalismo Clássico. Comenta ainda o autor em tela que a mudança de paradigma pós-1988 se mostrou bastante acertada, tendo em vista que até então, o país possuía como preocupação

central a repressão ao abuso econômico; a inversão de lógica pautou-se antecipação ao prejuízo sofrido, isto é, dever-se-ia prevenir a ocorrência de infrações à Ordem Econômica, ao invés de se preocupar com o grau de punição aos algozes. Assim, a Lei nº 8.884/1994 e sua sucessora, Lei nº 12.529/2011 já dispunham do ideal da *Prevenção*, ressaltando-se que este último diploma legal foi o responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual será escrutinado posteriormente.

Não obstante, Figueiredo (Op., cit., p. 98-99) preconiza no que tange ao Princípio da Função Social da Propriedade que este abrange a garantia advinda da legislação de resguardar que o Direito Privado tenha seu sentido hermenêutico deturpado por meio de artimanhas jurídicas, ou seja, preservar-se seus objetivos maiores e refuta-se seu uso de forma inadequada e antijurídica. Realizando um importante resgate histórico, o autor rememora que a base filosófica deste princípio foi concebida a partir das premissas estabelecidas por Leon Dugit, para quem seria necessário implementar uma sociabilização dos institutos do Direito Privado. Sob tal perspectiva, suas noções voltadas ao Direito Natural pressupunham a existência de um senso de solidariedade e interdependência dos homens enquanto animais sociais, daí porque as regras jurídicas (cujas diferenciação dos princípios já expusemos anteriormente) possuiriam caráter naturalmente cogente a todos os indivíduos imersos naquela localidade. Assim, em relação à atuação do Estado, sua razão de ser não seria derivada de um poder soberano, e sim da necessidade de gerenciar a organização social, devendo prezar pela solidariedade social; ao invés dos comumente associados termos “soberania” e “direito subjetivo”, ter-se-ia a existência de um serviço público, além da inegável função social.

Portanto, correlacionado as noções coletivas com o senso individualista de cada ser humano, seria tarefa da Função Social exercer o controle quanto à “socialização” de tais direitos privados, donde seria derivado a regulação do uso da Propriedade Privada sob a égide de diversas imposições para sua efetivação, respeitando tais diretrizes e evitando que o Estado interferisse, podendo culminar na expropriação do bem. Curiosamente, a Constituição Federal de 1988 adota um espírito dual, conciliando tanto os aspectos referentes à Liberdade Econômica e seu viés de preservação da Propriedade Privada, ao mesmo tempo em que institui a Função Social como forma de manejar a *Dignidade Humana*.

Tais influências, por derradeiro, podem ser contempladas na Proteção ao Consumidor, uma vez que se pretende fomentar a Economia por meio da Livre Iniciativa, mas se resguarda o Consumidor. Fonseca (Op., cit., p. 99) expõe que o Constituinte captou a tendência mundial de compreensão do Consumidor como um dos elos da Economia de Mercado, algo já esboçado de quando da criação do Programa de Proteção ao Consumidor nos

Estados Unidos, promovido pelo então Presidente John Kennedy em 1962. Posteriormente, a Organização das Nações Unidas realizou importante sinalização quanto à necessidade de os Governos implementarem programas eficazes de proteção ao Consumidor. Por consectário, como a Carta de Outubro tornou-se um polo para atrair as diversas correntes de pensamento, além de buscar estabelecer um senso nacional de Liberdade e Progresso, incorporou tal preocupação, protegendo o Consumidor a partir de um viés microeconômico e microjurídico, sem esvanecer a Liberdade de Concorrência. Por fim, o escopo de tal vertente foi personificado no Artigo 4º da Lei nº 8.078 de 1990, donde erigiu a Política Nacional de Relações de Consumo.

Travejada esta questão, compreender-se-á a seguir em que consiste o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), qual a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como quais os mecanismos que o Ordenamento Jurídico Pátrio possui para coibir práticas que atentem contra os ditames constitucionais anteriormente citados.

3 A CONSCIÊNCIA DE FRAUDE: A FIXAÇÃO DE PREÇOS É UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA?

O Direito Constitucional ensina-nos que a Carta Magna, em face de seu caráter de maior abrangência, embora elenque por diversos capítulos matérias posteriormente seccionadas em diversos ramos do Direito, não possui uma densidade incisiva o suficiente para regulamentar todos os vocábulos presentes em suas linhas. Por esta razão, adotando a célebre Pirâmide de Kelsen, cabem às normas infraconstitucionais desenvolver os temas que a Lei Suprema apenas sinalizou a relevância para o desenvolvimento de suas próprias normas. Ora, se o Estado Brasileiro pós-1988 indicou uma série de princípios como vetores da Ordem Econômica vigente, o Legislador Ordinário regulamentou esta matéria atinente em termos acadêmicos ao Direito Econômico.

Entretanto, engana-se quem supor ser a delimitação estatal contra o abuso da Livre Iniciativa de Mercado (até mesmo porque nenhum princípio é absoluto em si mesmo) algo recente. Getúlio Vargas já sancionara a alcunhada *Lei Malaia*⁶ (Decreto-Lei nº 7.666, a 22 de

⁶Cf. MARANHÃO, Jarbas. O Estadista Agamemnon Magalhães: A Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, p. 253-258. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/212/r133-24.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 29 maio 2023.

junho de 1945) ainda no Estado Novo, posteriormente recepcionada pelo Artigo 148 da Constituição de 1946⁷. Sob a égide da Carta de 1988, o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, numa tentativa de cumprir sua promessa feita no Discurso de Posse de pôr fim ao Estado Vargasista e seu famoso argumento de bolsa (por deter o monopólio dos Poderes da República, o Governo ditava o que seria certo ou errado, sem ao menos apresentar uma base científica adequada para tanto)⁸, reduzir o tamanho da máquina pública e modernizar a dinâmica da Economia Nacional, àquela altura recentemente aberta ao Capital Estrangeiro mediante a política de Fernando Collor durante seu biênio como Mandatário do Executivo Federal (1990-1992). Numa espécie de ironia da Vida Política, a Presidente Dilma Rousseff, em tese uma estadista oposta ao plano de gestão do Presidente Fernando Henrique, veio a atualizar a Legislação Antitruste, praticamente revogando a Lei nº 8.884/1994 e colocando em vigência a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Pelo poder da Lei, institui-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, além de dispor sobre “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (vide *caput* do Artigo 1º). Assevera o Artigo 3º que o “SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei”. Pois bem, a fim de desanuviar o texto sem seiva da Lei, recorrer-se-á mais uma vez, aos sábios comentários doutrinários. Del Masso (Op., cit., p. 219), ao versar sobre o CADE, mencionando sua estrutura interna, esclarece que a Defesa da Concorrência predispõe de um conjunto de órgãos e procedimentos até que se chegue a uma punição de um ato infrator. Desta forma, salientando-se o ideal de prevenção (ao invés da repressão por si só), o Sistema

⁷Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

⁸Apesar da Legislação Antitruste, Vargas teria intermediado que Samuel Wainer obtivesse um empréstimo junto ao banqueiro Válder Moreira Sales, Euvaldo Lodi (presidente da Confederação Nacional da Indústria), e Ricardo Jafet, presidente do Banco do Brasil, com intuito de adquirir os equipamentos necessários, além do espaço físico destinado à gráfica, para a publicação de forte teor governista “Última Hora”, o qual deveria fazer frente aos ataques liderados por Carlos Lacerda (“Tribuna da Imprensa”) e Assis Chateaubriand (“Diários Associados”). Todavia, a Constituição de 1946 vedava o empréstimo de capital nacional para estrangeiros (posteriormente, descobriu-se que Wainer seria russo). Para maior detalhamento, ver a biografia de Samuel Wainer presente no site do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/biografias/samuel_wainer. Acesso em: 29 maio 2023.

Brasileiro de Defesa da Concorrência (uma demonstração de atuação indireta do Estado no mercado econômico) é composto pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico. Prossegue o jurista em epígrafe explicando que o Cade (uma autarquia federal) adveio da Lei nº 4.137/1962, estando vinculado ao Ministério da Justiça, possuindo as seguintes estruturas (conforme previsão do Artigo 5º da Lei nº 12.529/2011): Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

Destarte, sem primar por um rigor técnico e baseando-se em noções do Direito Penal, pode-se afirmar que o Sujeito ou a Empresa (relevante ao contexto econômico nacionalmente) que vier a violar quaisquer um dos Princípios Constitucionais condicionantes da Ordem Econômica Brasileira num Caso Concreto, será julgado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o qual possui uma liturgia própria, sendo esta bastante similar ao Processo já visualizado na sistemática nacional, logicamente possuindo suas peculiaridades, tal qual o Processo Penal, Civil ou Trabalhista.

Conforme citado na Introdução, este simplório trabalho acadêmico visa analisar um caso concreto, de modo a vislumbrar na prática como o Tribunal do CADE apura uma violação às diretrizes constitucionais no âmbito da temática relacionada à Fixação de Preços de Revenda.

Ao contrário do Cartel ou do Monopólio, os quais possuem uma retratação presente em diversos meios de propagação da Comunicação em geral, além de serem autoexplicativos, a Fixação de Preços de Revenda, apesar de ser uma nomenclatura simples, sua vivência dentro de um Sistema Econômico é de veras técnica. Como mencionar para um estudante, ou uma pessoa avessa ao ramo acadêmico (e não a estamos classificando como incapaz de compreender termos rebuscados) que tal irregularidade se trata de uma restrição vertical imposta pelo produtor aos demais atores sociais imersos na esteira de produção? Cientes desta dificuldade, procuramos colacionar alguns entendimentos, das mais diversas fontes, a fim de traçar de maneira objetiva o que seria a Fixação de Preços e a razão pela qual se deve considerá-la prejudicial à Ordem Econômica. A Cartilha do CADE⁹ (2016, p. 16) discorre que esta conjuntura ocorre, em tese, quando o “produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores”, destacando que esta “pode muitas vezes ser abusiva e limitar a concorrência entre esses agentes econômicos”. Para Forgioni (2015, p.

⁹ Cf. **Cartilha do Cade**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 29 maio 2023.

380, grifo da autora), a imposição de preços de revenda se revela como restrição vertical, onde o fornecedor estabelece um preço a ser praticado pelo posterior revendedor de quando da oferta final ao cliente.

Destarte, passemos a vislumbrar a maneira como a Jurisdição Brasileira observa esta prática, bem como quais os requisitos para sua punição a partir de um caso concreto.

3.1 A AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA: OS CASOS EVEREST E SKF E OS RETRATOS DE UMA JURISPRUDÊNCIA OSCILANTE

Tendo em vista que a Constituição Federal veda práticas que aviltem seus preceitos, o que podemos classificar como ações anticompetitivas e as posteriores regulamentações da matéria conferiram ao CADE três âmbitos de atuação: preventiva, educativa e repressiva, cumpre atentar para o que significaria tal expressão em seu viés prático. De maneira simplória e baseada no senso comum, pode-se ter a ilusória suposição de que o conglomerado de dispositivos legais de repressão à intenção anticompetitiva consistiria em restringir o Poder Econômico, fato este que se mostra equivocado, vez que o objetivo da Legislação Pátria é evitar o abuso desta condição. Por exemplo, não se pode negar que a Microsoft é um verdadeiro pináculo no que se refere à venda de softwares, sendo o Windows um dos sistemas operacionais mais vendidos no mundo. Contudo, alguns atos da empresa levaram Promotores dos Estados Unidos a ingressarem com um Processo sob acusação de Monopólio¹⁰ (embora ao longo da década de 1990 já existissem queixas de Preços Predatórios feitas à Comissão de Comércio Federal), o que culminou na empresa de Bill Gates comprando diversas ações preferenciais da rival Apple, numa clara tentativa de evitar maiores impasses com a Justiça Americana, embora a imagem pública de seu fundador tenha sido abalada consideravelmente. No contexto brasileiro, as Infrações à Ordem Econômica estão elencadas, de maneira exemplificativa, no Artigo 36 da Lei Antitruste. Ainda mencionando a questão do poderio econômico de mercado, o § 2º esclarece que se presume a “posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado

¹⁰ Cf. BLANCO, Alessandra. **EUA processam Microsoft por monopólio: Departamento de Justiça e 20 Estados norte-americanos acusam empresa de “operações anticompetitivas”**. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 de maio de 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi19059825.htm>>. Acesso em 29 maio 2023.

relevante”, destacando ainda que o mencionado percentual pode ser alterado pelo CADE no contexto de “setores específicos da economia”.

Questionar-se-á, pois, qual a “lógica” de tais infrações, ressaltando desde já que algumas noções adquiridas com a Dogmática Penal serão contrapostas a todo momento, embora se possa verificar certos pontos de similitude. Nesse sentido, existem duas conjunturas nas quais uma determinada empreitada poderá ser valorada como uma violação à Ordem Econômica: as Condutas Ilícitas por Objeto e as Condutas Ilícitas por seus potenciais efeitos. A primeira refere-se a uma valoração que soaria estranha para os Penalistas mais ávidos: apenas pelo fato de se ter praticado determinada conduta, há uma presunção de ilegalidade absoluta. Portanto, cai por terra o vocábulo jurídico pelo qual se afirma que se incumbe ao autor o ônus de provar seus argumentos, cabendo à Empresa provar — numa lógica bastante similar ao vislumbrado no Processo Trabalhista ou nos imbróglios de Direito do Consumidor — a inexistência da ilicitude ora apontada, ou que esta apesar de possuir traços negativos, ainda assim, é viável sob o prisma da eficiência. A presunção de ilegalidade pelo simples fazer é denominada *Regra Per Si*. Ademais, as Condutas Ilícitas por seus potenciais efeitos são a parte adversária deste embate de posicionamentos, sendo regida pela *Regra da Razão*. Desse modo, há uma presunção de legalidade e a valoração da ilegalidade perpassa por uma série de análises sobre a condição da Empresa, seu poder de mercado, os efeitos positivos ou negativos, assim como o contexto no qual a suposta violação teria sido cometida, o que ensejaria os amantes do Direito Penal a rememorar as Excludentes de Antijuridicidade.

De modo prático, as Cortes Americanas firmaram precedente (termo genérico, com finalidade didática), utilizando a Regra Per Si para este contexto de Fixação de Preços, cenário que só viria a ser alterado com forte influência dos estudos de análise econômica promovidos pela Escola Neoclássica de Chicago, donde observou-se a possibilidade de a prática culminar em efeitos positivos. Conforme menciona Nunes (2017, p. 11), apenas em 2007 adotou-se a Regra da Razão. Não obstante, no tocante ao Brasil, a Jurisprudência do CADE não apresenta um grande arcabouço de julgados, embora os já existentes indicassem certa inclinação para a aplicação da Regra da Razão, bem como a necessária diferenciação entre Sugestão e Fixação de Preços, sendo a primeira valorada como lícita. “Segundo entendimento do CADE, a mera sugestão de preços é incapaz de vincular os distribuidores nos termos do referido dispositivo, sendo assim ilícita somente a imposição de preços” (Ibidem, p. 12).

Diante disso, quando se menciona a questão da análise jurisprudencial do CADE sobre a Fixação de Preços, dois julgados são emblemáticos, o Caso Everest (Processo Administrativo nº 148/1994) e o Caso SKF (Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44), não por constituírem alguma forma inovadora, ou por algum elemento cênico no Julgamento digno de nota, embora o malabarismo judicial seja incontestável, visto que a ocasião da Lei parece ter sucumbido aos olhares de seus intérpretes, algo não muito diverso do que ocorre na Suprema Corte Americana, a qual vez ou outra, supera suas próprias decisões. De maneira simplificada, contextualiza-nos a acadêmica Rafaela Nunes em sua monografia — A Fixação de Preços de Revenda no Brasil: CADE e o Caso SKF — (Ibidem, p. 12):

O caso Everest foi o primeiro a ser julgado pelo Tribunal do CADE no que diz respeito à fixação de preços de revenda. Em sede de decisão, foi mantida a jurisprudência atinente aos casos de sugestão de preços de revenda, com a aplicação da regra da razão. Nessa oportunidade, o CADE verificou que, a despeito da empresa possuir alto poder de mercado, o que lhe daria oportunidade de abusar de sua posição dominante, isso era pouco provável. A conduta foi considerada lícita pelo Tribunal em razão da estrutura do mercado e da elasticidade de preços, que evitariam o abuso por parte da empresa. Ainda nesse tom, prezou-se pelas eficiências econômicas que a fixação de preços poderia trazer no caso concreto. Contudo, ao julgar o caso da SKF em 2013, o CADE rompeu com seu entendimento jurisprudencial anterior e decidiu pela aplicação da regra per se. Trata-se de um *leading case* desse tema, tendo em vista seu alto grau de complexidade e a longa discussão que gerou entre os conselheiros do órgão de defesa da concorrência. Nessa ocasião, o tribunal decidiu que a fixação de preços de revenda é uma conduta ilícita per se, o que significa que basta provar a materialidade da conduta para considerar que a empresa cometeu um ilícito concorrencial. No caso em voga, a empresa sequer tinha poder de mercado com base nos padrões de análise usualmente adotados pelo CADE, no entanto, o Tribunal entendeu que este não é necessário, uma vez que a conduta pode gerar efeitos anticompetitivos e ser ilegal mesmo que praticada por um agente sem poder de mercado. Não obstante, o CADE decidiu que os efeitos negativos da fixação de preços de revenda são presumidos, e que, portanto, cabe à parte demonstrar a existência de eficiências econômicas dela decorrentes. Caso esses efeitos sejam comprovados, devem ser capazes de superar os efeitos negativos presumidos, sob pena de a conduta ser considerada ilegal.

Destarte, uma vez que já estabelecemos as premissas, oriundas dos *leading cases*, analisaremos a seguir um outro Processo Administrativo, para verificar se tais oscilações de julgados foram amoldados de forma mais coerente, visto que a comunidade jurídica nacional exerceu diversas críticas ao entendimento até então não consolidado.

3.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.010829/2011-54: BREVES COMENTÁRIOS

A última secção desta análise refere-se à aplicação num caso concreto julgado pelo CADE, oportunidade para que se perceba a incidência dos Princípios Constitucionais que regem a Ordem Económica Vigente, assim como ter-se-á a aplicação das Regras per si ou da razão. Nesta assentada, o imbróglia em questão é o Processo Administrativo nº 08012.010829/2011-54¹¹, portanto, instaurado após a reviravolta do Caso SKF. No caso em prélio, o Sr. Davi Muniel Rocha, cujo labor consistia em revender produtos de informática, realizou a Denúncia nº 2983, em 14 de Dezembro de 2011, alegando que a empresa Bematech S.A (Bematech) e a Fagundez Distribuidora Ltda. (Fagundez Distribuidora) teriam formado conluio no qual para que esta fizesse a distribuição das impressoras fiscais fabricadas por aquela, o doravante cliente teria que assinar “termo de compromisso de revenda dos produtos por preço não inferior ao estipulado pela fabricante e pela distribuidora”¹². Ao longo do processo, realizando uma quase confissão de culpa, a Bematech celebrou Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, “por meio do qual se comprometeu a se abster de fixar, sugerir ou divulgar preços mínimos de revenda de impressoras fiscais ou qualquer outro produto ou serviço ao cliente final”.

Chama-nos atenção que, de pronto, o caso nos mostra uma suposta restrição vertical. Existiria, sob este viés, a Bematech no topo da cadeia de produção, a Fagundez, responsável pela distribuição (e numa linguagem didática, uma espécie de subordinada) e o revendedor, o qual deveria vender as impressoras com base na estipulação oriunda de um juízo conjunto entre a empresa e a distribuidora. Adotando-se a Regra per si, a conduta em tela já seria valorada como ilícita apenas pelas suas peculiaridades, face à presunção de ilegalidade

¹¹Cf. BRASIL. Tribunal do CADE. Processo Administrativo nº 08012.010829/2011-54. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndUZKOf7pBmqvi7y68y2aeSIuxN1yqT66wn2ROHq0EKh>. Acesso em 26 de nov. de 2021.

¹² O denunciante descreveu a conduta nestes termos (caixa alta, pontuação e afirmações originais): “DENUNCIA (sic) SOBRE FORMAÇÃO DE CARTEL, ENTRE FABRICANTE BÊMATECH E O FAGUNDEZ, SOMOS REVENDA DE INFORMATICA E ELES NOS FORÇARAM A ASSINAR O DOCUMENTO ABAIXO, QUE É FORÇADO A TODAS REVENDAS, COMO NÃO ASSINAMOS ELE SUSPENDERAM (sic) NOSSA REVENDA. DOCUMENTO NOS OBRIGA A VENDER OS PRODUTO (sic) SOMENTE ACIMA DO VALOR ESTIPULADO POR ELES. OQUE (sic) É UMA POLITICA ANTI ÉTICA (sic) E ANTI CONCORRENCIAL (sic)”.

absoluta nos denominados casos de condutas ilícitas por objeto. Sem maiores percalços, considerando a inversão do ônus probatório, assaz interessante um e-mail anexado ao Processo em epígrafe, no qual a Bematech, sem perceber, utiliza-se dos conceitos estipulados pela Escola de Chicago, é dizer, menciona aspectos ou efeitos positivos de sua conduta, posteriormente assumida, de fixar os preços mínimos de revenda. Vejamos um trecho (fls. 19 do Volume 1 — numeração do Processo original):

Prezado parceiro, a Bematech sugere a seus parceiros Revendedores preços de divulgação e venda para sua família de impressoras fiscais, ação que se reflete em benefícios a toda cadeia de comercialização, garantindo rentabilidade para Revendedores, a fim de viabilizar investimentos que resultem no- melhor atendimento ao Cliente Final e minimizando a probabilidade que produtos Bematech, sejam utilizados como chamarizes para venda de equipamentos concorrentes.

Tal mensagem eletrônica havia sido enviada para uma empresa parceira que no seu sítio eletrônico e em outros locais de revenda virtual, havia fixado um preço não condizente com a Política de Preços Mínimos e Condições de Pagamento. Em seguida, a fabricante de impressoras respondeu ao Ofício n. 7243/2011/DPDE/CGSI, respondendo a uma série de indagação, tais como: Qual a justificativa para a adoção de uma política de preço mínimo para as vendas na comercialização de impressoras Bematech? De maneira pouco convincente, com respeito devido, justificou-se alegando que:

Ao sugerir a adoção de um preço mínimo, a Bematech tem como objetivo incentivar a concorrência entre seus próprios revendedores em termos de preço (*i.e.* o preço não é fixado pela fabricante, mas apenas sugerido, o que deixa espaço para os revendedores concorrerem entre si), assim como em serviços pós-venda (em especial a assistência técnica) associados à impressora. Nesse contexto, destaca-se que a adoção de uma política de sugestão de preço mínimo de revenda se insere em um contexto em que a Bematech pretende viabilizar que seus parceiros (revendedores) tenham capacidade e incentivos para investir na manutenção da qualidade de comercialização desses equipamentos fiscais e no oferecimento de serviços pós-venda ao consumidor final. Em última linha, a Bematech busca fomentar a concorrência entre os revendedores e garantir que sua reputação seja mantida atraí/és de um serviço de qualidade.

A Fagundez, por sua vez, em razão do Ofício/SDE/DPDEICGSI/Nº 1700/2012, (fls. 52) defendeu-se de qualquer irregularidade, afirmando ser uma mera distribuidora dos produtos já mencionados, embora tenha confirmado que a Bematech fazia, àquela altura dos fatos, a sugestão do preço mínimo de revenda, — nota-se que o verbo sugerir não coaduna

com a noção de ordem cogente aduzida pelo denunciante, Sr. Davi Rocha — “bem como sugere formas de pagamento, através da Política Comercial Bematech — POCOM”. Ademais, a Nota Técnica é precisa ao apontar fortes indícios de irregularidades. Não se pode deixar de reavivar o “teste de ilegalidade” de uma suposta infração, firmada no voto no Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, de quando do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.000980/2000-23, citado por Nunes em sua Monografia de Conclusão de Curso (Op., cit., 2017, p. 21, grifamos): o Tribunal do CADE suscitou a necessidade de demonstração de que determinada conduta, a qual necessariamente teria que ser imputada à empresa representada, teria culminado numa infração direta à concorrência. Além disso, é fulcral que reste provado ao final da Instrução que a suposta Infratora possuía poder de mercado (posição dominante) condizente para caracterizar uma conduta anticompetitiva, ao passo que não se admite o enquadramento como conduta ilícita o mero ganho de eficiência decorrente de uma tentativa de “contrabalancear os prejuízos de eventual redução da concorrência”, ou seja, o polo acusatório deve apresentar quais os supostos efeitos nocivos provindos da prática em apuração.

Após realizar uma conceituação exímia sobre a Fixação de Preços de Revenda e a divergência doutrinária e jurisprudencial, atesta que para o presente caso, aplicar-se-ia a Regra da Razão, “de modo que os efeitos negativos e positivos anteriormente mencionados devem ser investigados e necessariamente sopesados” (fls. 61). No que toca aos indícios de irregularidade, tal documento elenca a existência de uma Política Pública de Fixação de Preços, o fato de a Bematech monitorar constantemente o mercado, bem como que esta teria posição dominante, tendo em vista que o Mercado de Impressoras fiscais seria bastante concentrado. Em relação à Fagundez Distribuição, afirmou que “há fortes indícios nos autos a indicar sua ativa participação na prática investigada, consubstanciados o Termo de Compromisso [...] e pela suspensão da revenda do Representante por ter se recusado a firmar o referido termo” (Idem, fls. 62) — Em resposta ao Ofício, a Fagundez negara que qualquer suspensão teria ocorrido.

Ao findar do Processo Administrativo, após a Bematech celebrar o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC), a Superintendência-Geral aduziu, na Nota Técnica nº 108/2014, que não haviam evidências de seu envolvimento na infração ora analisada. Em determinado trecho do Relatório do Conselheiro Gilvandro Coelho de Araújo (fls. 776), menciona-se que “as respostas aos ofícios remetidos a empresas que adquiriram emissoras de cupom fiscal com a Fagundez Distribuidora mostram que a Representada apenas informava os compradores acerca da Política Comercial (‘POCOM’) da Bematech”, bem

como “que nenhum deles (a não ser o denunciante) foi instado a assinar qualquer termo de compromisso relativo à fixação de preços de revenda”. Este critério de ausência de suporte probatório em relação à Distribuidora, visto que o Processo contra a Fabricante estava suspenso face ao TCC, foi acompanhado pela Procuradoria Federal Especializada do CADE (Parecer n° 213/2014), assim como pelo Ministério Público Federal (Parecer n° 115/2014). O Voto referenciado do Conselheiro Relator pugnou pelo arquivamento deste Processo Administrativo em relação à Fagundez Distribuidora, e “pelo encaminhamento dos autos à PFE/CADE para avaliar eventuais impactos da presente decisão no TCC celebrado com a Bematch no âmbito do Requerimento n° 08700.002692/2014-59” (fls. 782). Vejamos a ementa do julgado:

EMENTA: Processo Administrativo. Suposta imposição de preços mínimos na revenda de impressoras fiscais. Conduta passível de enquadramento no art. 36, § 3º, inciso IX, da Lei n° 12.529/2011. Celebração de TCC com a Bematech S.A. Nota Técnica da Superintendência-Geral e Pareceres da PFE/CADE e do MPF pelo arquivamento em relação à Fagundez Distribuidora Ltda. por ausência de indícios de infração contra a ordem econômica. Arquivamento em relação à Fagundez Distribuidora Ltda.

A partir da exposição realizada, percebe-se que o CADE, apesar de ter a importante função de analisar o exercício econômico das grandes empresas em um contexto nacional — principalmente as que detém 20% do mercado de seu ramo —, possui como ímpeto norteador para seus julgamentos a individualização de cada caso, visto que no julgamento da Bematech S.A., o último agente da cadeia de produção era o incongruente às normas econômicas, evidencia-se, logo, a cautela na elaboração dos fundamentos de seus julgados, respeitando linearmente a coerência lógica e justa das teses econômicas duais, como no caso citado, a da *Regra Per Si* e a Regra da Razão; ou seja, o “diferencial” dentro do Tribunal do CADE é que a análise, em que pese a tentativa de individualizar o caso em tela, almeja constantemente estipular de maneira racional os verdadeiros desequilíbrios econômicos que determinada conduta pode gerar à conjuntura geral, não tão-somente, portanto, punir o mais bem posicionado economicamente ao proferir regras cabíveis à sua livre iniciativa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, a Fixação dos Preços de Revenda revela-se como um dos pilares de uma tentativa de um Estado recente (após a

redemocratização, cujo marco pode ser vislumbrando a partir da promulgação da Constituição de 1988) em gerir uma Ordem Econômica dual, a qual congrega elementos de modelos antagônicos, mas que no afã de um anseio democrático, necessitam convergir e buscar um suposto bem comum. Ocorre que, o Brasil sempre foi influenciado por movimentos externos, de maneira que determinadas discussões só foram incorporadas aos dilemas nacionais após perderem sua efervescência em outros países. Logo, não causa estranheza constatar que somente por intermédio do Saudoso Professor Washington Peluso Albino de Souza a cátedra de Direito Econômico passou a vigor neste território.

Desse modo, pode-se conceber como um Estado que ora possui o incentivo à Livre Concorrência (o que inibira maiores intervenções na dinâmica do Mercado), ora pugna pela Justiça Social, deverá portar-se enquanto principal ator social desta conjuntura. Nesse sentido, não se pode negar que os Legisladores Constituintes e Ordinários criaram mecanismos avançados para aparelhar a máquina estatal e instrumentalizar uma atuação mais direta na aferição de como os agentes econômicos atuam em nosso território. Assim, embora o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência necessite de constantes atualizações, dada o dinamismo verificado nesta seção, não se pode conceber como positivo quaisquer tentativas de extingui-lo, ainda que sob o argumento deste ser um “atraso” ao ingresso de novos investidores ou empresas multinacionais.

Na realidade, conforme exposição alhures, a visão do Governo Brasileiro (sentido amplo) buscou implementar uma abordagem em duas frentes: em relação aos consumidores finais, fortaleceu a sua proteção por meio do Código de Defesa do Consumidor e demais órgãos voltados a evitar aviltações a esta parcela hipossuficiente, ao passo que ao buscar prevenir ações ou tentativas de infringir as regulamentações estabelecidas (rememorando que anteriormente a Legislação preocupava-se, tão-somente com o viés repressivo) e somente em caráter subsidiário apurar a pena a ser aplicada, torna-se nítido a assimilação da necessidade de colocar a punição com efeito pedagógico, visando evitar a reiteração da prática antijurídica por parte das Empresas.

Contudo, a já citada influência empírica externa parece não ter ficado restrita à incorporação de elementos jurídicos pertinentes, pois da mesma forma que o instituto da Delação Premiada (em sua concepção moderna) remonta aos sistemas americano e italiano, as modalidades de afronta à Ordem Econômica, como a formação de Cartéis e Monopólios, adquiriram características mais robustas, buscando transparecer um ideal de legalidade. Sob tal perspectiva, não se pode negar que a Fixação dos Preços de Revenda, por ser um processo que envolve diversos partícipes, não se consegue detectar, de pronto, sua existência, daí

porque o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deve ser vislumbrado como mecanismo motriz para identificar, e em caso de culpa comprovada, aplicar as sanções devidas, com fito de demonstrar aos demais agentes de mercado que tal prática não será tolerada em nossos meandros.

Portanto, como órgão responsável por aferir possíveis irregularidades e gerir os processos decorrentes, o rigor técnico com o qual o Tribunal do CADE realiza seus julgados impressiona os mais incrédulos, dado a alta complexidade, a qual não deve ser confundida com morosidade, de suas análises. Buscou-se ao longo do trabalho verificar como o cenário anterior à Constituinte, e seu íterim posterior foram fundamentais para a concretização do modo de operação da Ordem Econômica. Embora se possa discutir sobre a aplicação das Regras Per Si e da Razão, sendo esta a corrente a qual nos filiamos, não é correto construir narrativas fantasiosas, atribuindo a mudança de posicionamento do CADE às tramoias e teorias da conspiração. Os Casos Everest e SKF são públicos e cada decisão amparou-se em julgados pregressos e na Doutrina. Entretanto, o Direito não é uma ciência exata e o embate no campo das ideias é fundamental para uma Sociedade que anseie viver os louros da Democracia.

Por fim, pudemos contemplar como um caso de baixa complexidade, tal qual o apresentado neste conglomerado de parágrafos, ainda assim foi julgado sob o crivo dos Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório e da Decisão Fundamentada. Mais que aplicar princípios e súmulas, as decisões do CADE influem sobre a vida de todos os cidadãos, mesmo que tal fato não seja perceptível. A condição sem a qual o Litigante anseia que o Poder Judiciário decida seus impasses, também é observada pelo CADE, contribuindo para que possamos ter um Sistema Econômico condizente com a Constituição, com a menor incidência de abusos possível.

Assevera-se, por derradeiro, que os objetivos desta pesquisa foram concluídos de acordo com o corte metodológico proposto, embora já se ressalte que tais exposições não devem ser valoradas como suficientes para exaurir discussões da temática em tela, pois esta é bastante complexa e cada caso concreto possui peculiaridades que culminaram em observações próprias, sendo este trabalho um mero arrebol, já sinalizando a necessidade de outros estudos.

REFERÊNCIAS

BLANCO, Alessandra. **EUA processam Microsoft por monopólio: Departamento de Justiça e 20 Estados norte-americanos acusam empresa de “operações anticompetitivas”**. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 de maio de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi19059825.htm>. Acesso em 24 de nov. de 2021.

BRASIL. Tribunal do CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010829/2011-54**. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndUZKOf7pBmqvi7y68y2aeSIuxN1yqT66wn2ROHq0EKh. Acesso em 26 de nov. de 2021.

CARTILHA do Cade. Atualizada em 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acao-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 25 de nov. de 2021.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGINI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. – 8. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARANHÃO, Jarbas. O Estadista Agamemnon Magalhães A Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, p. 253-258. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/212/r133-24.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 21 de nov. de 2021.

MASSO, Fabiano Del., **Direito econômico esquematizado** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

NUNES, Rafaella François. **A Fixação de Preços de Revenda no Brasil: CADE e o Caso SKF**. Orientador: Gustavo Flausino Coelho. 71 folhas. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Evidence in the tax administrative process and the principle of material truth

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	26/07/2023

Rangel Perrucci Fiorin¹
Maria Paula de Azevedo Milani²

RESUMO

O presente artigo visa analisar, no âmbito do processo administrativo tributário, a possibilidade da produção de provas embasar a legitimação do princípio da verdade material como forma de perseguição plena da verdade dos fatos tributários. Apesar de tal princípio não estar expressamente previsto na Constituição Federal, é considerado como parte fundamental para formar a convicção do órgão julgador e para apuração do respectivo laço obrigacional. Assim, examina a aplicabilidade do princípio da verdade material como medida indispensável para proteção dos direitos fundamentais da sociedade, zelando pelos interesses públicos e também pelos interesses privados, quando protegidos pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Tributário; Princípio da Verdade Material; Processo Administrativo Tributário.

ABSTRACT

This article aims to analyze, within the scope of the tax administrative process, the possibility of evidence production supporting the legitimization of the principle of material truth as a means of pursuing the full truth regarding tax facts. Although this principle is not expressly provided for in the Federal Constitution, it is considered a fundamental component for forming the judgment organ's conviction and for assessing the respective legal obligation. Thus, it examines the applicability of the principle of material truth as an indispensable measure to protect the fundamental rights of society, safeguarding both public interests and private interests when protected by the legal framework.

Keywords: Taxation; Principle of Material Truth; Tax Administrative Process.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC/SP. Professor de direito tributário nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Advogado em São Paulo.

² Mestranda em Direito dos Negócios e Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Advogada em São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

Prefacialmente, cumpre escrever que a administração pública deve operar sob a égide dos mandamentos legais e constitucionais, visto que tais comandos apresentam de forma explícita e implícita os vetores que orientam os procedimentos e o processo administrativo.

Com efeito, o acatamento obrigatório dos princípios da legalidade, vinculação, verdade material, oficialidade, dever de investigação e do dever de colaboração, garantem a melhor análise e decisão no processo administrativo tributário.

Em outras palavras a produção de provas embasa a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material, com o intuito de perseguição plena da verdade dos fatos tributários.

Em suma, é inequívoca a importância e aplicação dos princípios no Processo Administrativo Tributário. Notadamente a produção de provas no processo administrativo, suporta, dentre outras, a legitimação da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material.

Com substrato no princípio da verdade material é possível examinar fatos e provas, que ultrapassam o mundo dos autos processuais. Tal verdade deve ser apurada no julgamento dos processos com base nas provas documentais, periciais, técnicas e investigação dos fatos e da verdade que mais se aproxima da realidade.

2 DA PROVA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Como escrito no tópico introdutório, a Constituição Federal consagra em seu texto diversos princípios que se apresentam como fundamentos basilares para administração fazendária, limitando a competência tributária e a atividade da administração pública.

Destarte, a instituição e a exação tributária não podem desrespeitar as garantias constitucionais e os interesses da Nação, sendo assegurado o exercício dos direitos sociais, individuais a igualdade e a justiça.

Assevera-se que os comandos utilizados pelo legislador magno não ficam restritos à mera expressão terminológica, mas são acepções jurídicas garantidoras dos direitos do contribuinte e de toda sociedade.

Em outras palavras, os princípios jurídicos são formados pelos valores superiores aceitos como verdades por uma sociedade e servem de fundamento para o ordenamento jurídico

De acordo com Roque Antonio Carrazza:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (Curso de direito constitucional tributário, 2009)

Especificamente sobre a verdade material, tal princípio reflete o comprometimento da administração na busca pela verdade irrefutável.

Celso Antônio Bandeira De Mello, em Curso de Direito Administrativo, afirma sobre a verdade material:

Consiste em que a administração, ao invés de ficar adstrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a administração deve sempre buscar a verdade substancial. (2011, p.306)

Para um maior entendimento, a administração pública tem sua atuação pautada pelo princípio da legalidade. Consequentemente, para atuar nos termos da norma tributária é preestabelecido que autoridade fiscal deve considerar fatos e provas que sustente a realidade dos fatos tributários.

Segundo a professora Odete Madauar:

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las. (A Processualidade do Direito Administrativo, 2008)

Ainda de acordo com Fabiana Del Padre Tomé (2005) afirma, em A Prova no Direito Tributário: “A verdade jurídica não é material nem formal, mas verdade lógica.” Logo, a verdade que se busca em qualquer processo, administrativo ou judicial, é a verdade lógica, ou

seja, a verdade em nome da qual se fala, alcançada mediante a constituição de fatos jurídicos, nos exatos termos prescritos pelo ordenamento: a verdade jurídica.

Por isso, sustenta-se que o princípio da verdade material é indispensável para alcançar a realidade dos fatos que deverão submetidos ao propósito legal. Desta forma, pode ser considerado como a representação da aplicação prática do princípio da legalidade.

Alexandre de Moares sustenta:

Assim, afirmamos que o princípio da legalidade administrativa, previsto no artigo 5, II, da Constituição Federal, deverá ser aplicado de modo mais rigoroso e especial visto que o administrador público poderá agir conforme o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. (MORAES, Direito Constitucional, 2013, p. 335)

Nesse passo, o princípio da verdade material é indispensável para a garantir um processo administrativo eficaz e com solução imparcial. Trata-se do dever da autoridade de observar todos os fatos de que tenha conhecimento, determinando, dessa maneira, a materialidade da prova, a fim de atingir a realidade absoluta, e se valer dos mais amplos instrumentos cognitivos cabíveis para captar a realidade fática, mesmo que ainda não constem do processo.

Resulta claro que é a melhor forma para se alcançar o direito de defesa com o intuito de sustentar seu ponto de vista ou sua inocência, obedecendo às prescrições oferecidas pelo ordenamento.

Com tais informações, e possível mencionar que se busca a verdade por meio do estudo, da pesquisa e da apuração dos elementos constantes dos autos. Daí a importância da atividade probatória, porque é mediante ela que o julgador irá buscar a verdade material, conforme estrutura dialética do processo, para a solução dos conflitos.

Ademais, o processo administrativo constitui indubitavelmente um dos pilares sobre os quais se sustenta o Estado de Direito, que se caracteriza como o Estado de garantias, na medida em que objetiva a proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo e de toda a sociedade, simultaneamente.

Zela, assim, pelos interesses públicos e também pelos interesses privados, quando protegidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, merece atenção as palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

[...] no processo administrativo, o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece

em situação dúplice: como polo ativo ou passivo de arguição feita e como julgador da situação processada. [...] As denominadas “prerrogativas” da Administração Pública (que se apresentam em alguns processos administrativos, como, por exemplo, o de licitação e mesmo, em alguns casos, no disciplinar, como a utilização de documentos e provas havidas em seus próprios aparatos burocráticos) são antes deveres que faculdades, menos ainda privilégios que ela ostenta e têm como única justificativa o zelo e o comprometimento com o interesse público maior e determinante da atuação estatal. [...] Nada é mais interesse público que a garantia de cada um e de todos de que a igualdade jurídica prevalece em todos os casos em que não haja fundamento jurídico para desigualar, ou, dito de outro modo, que não há desigualdade jurídica a relevar. (ROCHA, Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro, vol. 209/1997, pp.189-222)

Tal vetor é encarado como um sustentáculo a devida apresentação da versão legítima dos fatos, vez que leva em consideração todas as provas lícitas apresentadas nos autos do processo administrativo.

Hely Lopes Meirelles explica:

O princípio da verdade material, também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a *reformatio in pejus*, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente. (MEIRELLES, Direito administrativo brasileiro, 2011, p.739-740)

Para James Marins:

A exigência da verdade material corresponde à busca pela aproximação entre a realidade factual e sua representação formal; aproximação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência; entre a materialidade do evento econômico (fato imponível) e sua formalização através do lançamento tributário. A busca pela verdade material é princípio de observância indeclinável da Administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. (MARINS, Direito Processual Tributário Brasileiro Administrativo e Judicial, 2016, p. 170)

Com efeito, o julgador deve prezar pela verdade material, devendo, inclusive com base na moralidade e motivação, ter bom senso na captura de provas, sob a pena de tornar nulo o processo e de prevaricar na solução do litígio e expectativa das partes.

Como escrito até aqui, a busca pela melhor solução processual não se restringe as provas documentais juntadas aos autos no momento da impugnação administrativa, devendo o

juulgador buscar elementos para o seu convencimento, podendo inclusive, se for o caso, baixar o processo em diligência.

Como enuncia Paulo Celso Bergstrom:

A prova tem um objeto, que são os fatos da causa, isto é, os fatos deduzidos pelas partes, sejam os que fundamentam a ação, sejam os indicados na contestação. Destinatário da prova é o juiz. As afirmações dos fatos, pelos litigantes, são endereçadas ao juiz, que necessita e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Por isso, é indispensável a produção da prova, na qual o juiz buscará formar a sua convicção. (BONILHA, Da prova no processo administrativo tributário, 1997, p.68-69)

Nesse mesmo contexto, Maria Rita Ferragut destaca:

A prova e preferencialmente a contraposição de provas visam a demonstrar a verdade ou a falsidade do significado de um enunciado. Por contraposição, entende-se a comparação do dado que se quer provar com outros que confirmem ou infirmem a sua exatidão. A prova resultará da confirmação ou da concordância dos dados confrontados. (Presunções no direito tributário, 2005, p.78)

Do mesmo modo, além da prova ser essencial para a determinação do fato, é parte fundamental para formar a convicção do órgão julgador, vez que, não existe fundamento para a aplicação normativa e conseqüente constituição do fato jurídico tributário.

Dessa feita, mostra-se inequívoco que o objeto da prova são os fatos da causa, isto é, os fatos deduzidos pelas partes, que permanecem no aguardamento de que pretensões, alegações e defesas sejam eficazmente consideradas.

Corroborando, transcreve-se parte do voto proferido pela 1ª Turma Especial antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – no processo n. 13971.908091/2011-59, sessão de 27 de novembro de 2014:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2006 - INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. - A prova do indébito tributário, fato jurídico a dar fundamento ao direito de repetição ou à compensação, compete ao sujeito passivo que teria efetuado o pagamento indevido ou maior que o devido. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ- Ano-calendário: 2006 - SALDO NEGATIVO. ANTECIPAÇÕES. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL RETIDA NA FONTE. Para utilização a contribuição retida na fonte como dedução na apuração di IRPJ ao final do período, faz-se necessário que, além da tributação dos correspondentes rendimentos, seja comprovada a efetividade das retenções mediante apresentação dos respectivos informes de rendimentos emitidos pelas fontes pagadoras, o que pode ser suprido pela confirmação da retenção em DIRF. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006 - DIREITO CREDITÓRIO INEXISTENTE. NÃO HOMOLOGAÇÃO. Não deve ser homologada a compensação quando inexistente o crédito informado na respectiva declaração.

Assim, na condução do processo administrativo tributário, o Estado, em caráter axiomático, deve seguir os preceitos existentes em nosso ordenamento jurídico e promover mecanismos, caso seja preciso, a título de afiançar a demonstração da verdade fática e a segurança jurídica para a consolidação da Democracia

Assim sendo, reitera-se a informação de que princípios no processo administrativo tributário revestem de importância fulcral no que tange assegurar o bem comum diante dos interesses do Estado e a segurança jurídica do administrado – contribuinte.

Destarte, o acesso do contribuinte no processo administrativo tributário se alia à observação do contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, consoantes o conglomerado de direitos garantidores de todos os cidadãos que se sentirem lesados pelas atividades da Administração Pública e tenham, se assim desejarem, como reagir do abuso cometido (Art. 5º, incisos XXXIV e LV, da CF).

Analisando o tema, LUIS EDUARDO SCHOUERI e GUSTAVO EMÍLIO CONTRUCCI A. DE SOUZA “in” Verdade Material no “Processo” Administrativo Tributário – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL, pp. 151/154, 158/159, esclarecem que como consectário do princípio da legalidade, decorre que no direito tributário a autoridade tributária, de maneira vinculante e obrigatória, deve proceder ao lançamento tributário quando verificar a ocorrência de um fato imponible. O direito “processual” tributário tem por escopo assegurar a perfeita legitimidade/legalidade da subsunção:

23. No direito tributário, onde a obrigação nasce da lei, cabe à autoridade administrativa ater-se única e exclusivamente ao disposto na lei: com ou sem o auxílio do contribuinte, deve proceder à verificação da ocorrência do fato gerador e declarar a sua ocorrência através do lançamento. Procurar dar à não impugnação do contribuinte ou à juntada de documentos em qualquer momento do inter procedimental o efeito de dar certeza a uma dúvida não se pode admitir, sob pena de se estar “cirando” tributo sem lei ou de se estar transacionando sem pretensão, enfim, de se estar oferecendo a verdade material, em benefício inadmissível da verdade formal e da “vontade de arrecadadora.

Nesse sentido, deve a autoridade julgadora investigar se de fato ocorreu a efetiva subsunção tributária a norma, independentemente das manifestações do contribuinte, visto que o lançamento declara a ocorrência dos fatos tributários.

Com efeito, ainda que o §4º do artigo 16 do Decreto 70.235, de 1972 determine que a apresentação da prova no processo administrativo deve acontecer juntamente com a manifestação de inconformidade, os conselheiros/julgadores, devem apreciar todas as provas efetivamente juntadas aos autos, até o julgamento do correspondente recurso perante o Conselho Administrativo Tributário, em respeito ao princípio da busca da verdade material.

Tal possibilidade converge com o bem comum, a segurança jurídica e o interesse de toda a sociedade, para ampliar a competência investigatória dos julgadores tributários.

Em suma, a atuação vinculada da administração pública deve observar o princípio da verdade material, devendo os atos, obrigatoriamente, serem realizados com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, carreando para o expediente todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada:

Logo, o princípio da verdade material traduz a ideia de que, na apuração dos fatos, faz-se necessário o fomento pela máxima aproximação com a certeza, a segurança jurídica, para que as deliberações administrativas tributárias reflitam uma maior insuspeição de comprometimento com a realidade.

CONCLUSÃO

Concluimos que no curso do Processo Administrativo Tributário, a produção de provas embasa a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material, com o intuito de perseguição plena da verdade dos fatos tributários.

Mais precisamente quanto o princípio da verdade material, este é indispensável para alcançar a realidade dos fatos que deverão submetidos ao propósito legal. Isso porque, além da prova ser essencial para a determinação do fato, é parte fundamental para formar a convicção do órgão julgador, para apuração do respectivo laço obrigacional.

Isto porque, o acesso do contribuinte no processo administrativo tributário se alia à observação do contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, consoantes o conglomerado de direitos garantidores de todos os cidadãos que se sentirem lesados pelas atividades da Administração Pública e tenham, se assim desejarem, como reagir do abuso cometido.

O princípio da verdade material na apuração dos fatos trazidos aos conhecimentos do julgador, faz-se necessário, inclusive para confirmação da certeza do direito e segurança jurídica, para que as deliberações administrativas tributárias reflitam um maior comprometimento com a realidade.

REFERÊNCIAS

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Da prova no processo administrativo tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. 2005.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro Administrativo e Judicial**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 170.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.) **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 739-740.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209/1997, pp.189-222.

TOME, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.