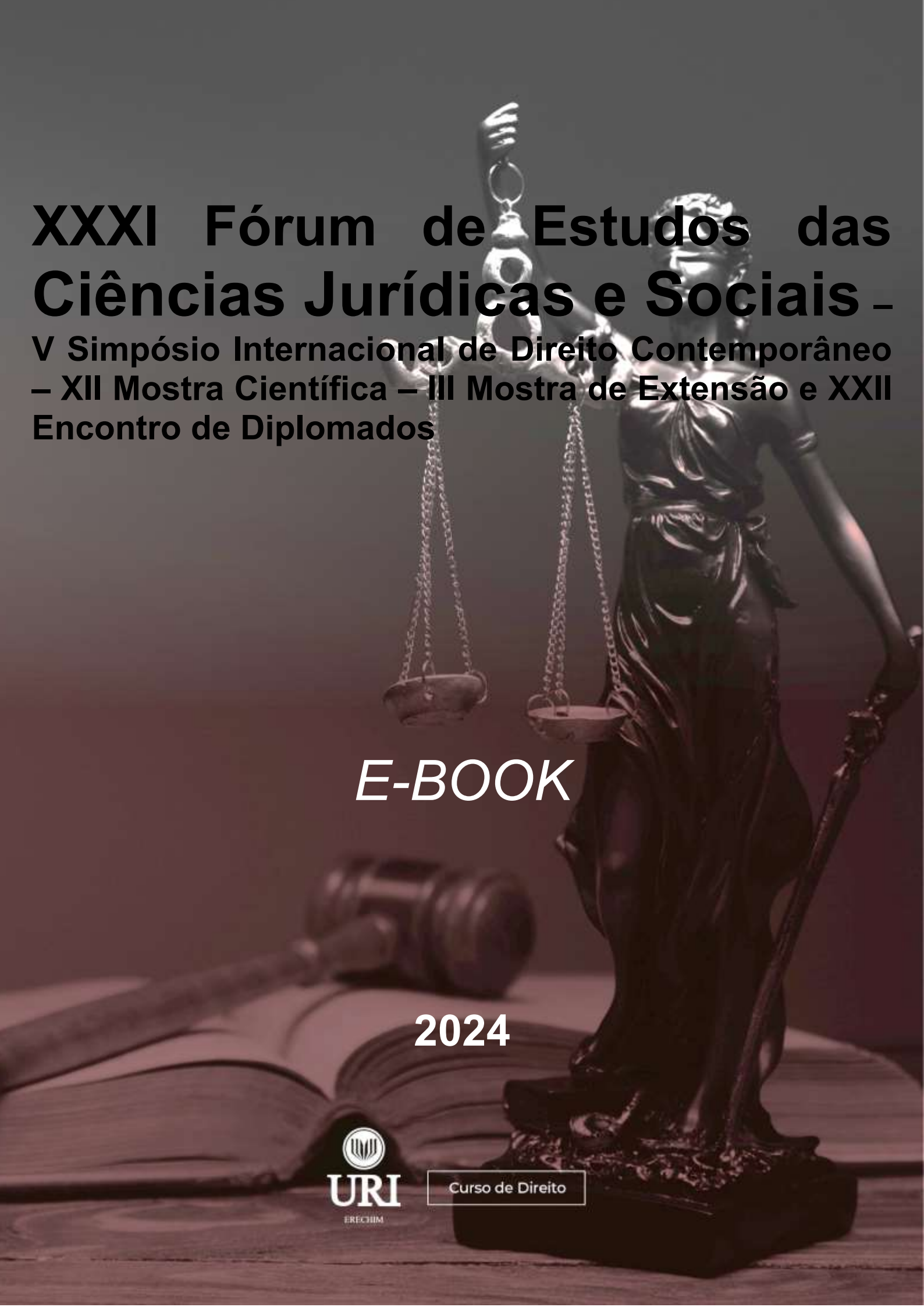

XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais – V Simpósio Internacional de Direito Contemporâneo – XII Mostra Científica – III Mostra de Extensão e XXII Encontro de Diplomados

E-BOOK

2024

URI ERECHIM

Curso de Direito

XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais; V Simpósio Internacional de Direito Contemporâneo; XII Mostra Científica; III Mostra de Extensão, XXII Encontro de Diplomados

ORGANIZADORES

Giana Lisa Zanardo Sartori
Daniela Lippstein
Rafael Testa;
Mariele Bressan
Alessandra Regina Biasus
Andréa Mignoni
Andrey Henrique Andreolla
Caroline Isabela Capelesso Ceni
José Plínio Rigotti
Luiz Mario Spinelli;
Vera Maria Calegari Detoni
Viviane Bortolini Giacomazzi

ERECHIM/RS
2024

O conteúdo dos textos é de responsabilidade exclusiva dos(as) autores(as).
Permitida a reprodução, desde que citada a fonte.

Capa: Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos / URI Erechim
Revisão: Os autores

ISBN: 978-65-88528-81-5

F733an XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas Sociais (*31. : 2024: Erechim, RS*)
Anais [recurso eletrônico] / XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais; V Simpósio Internacional de Direito Contemporâneo; XII Mostra Científica; III Mostra de Extensão; XXII Encontro de Diplomados. – Erechim, RS, 2024.
1 recurso online

ISBN 978-65-88528-81-5

Modo de acesso: www.uricer.edu.br/edifapes
Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas Sociais (acesso em: 20 fev. 2024).

Evento realizado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Erechim, RS.

Com Anais / V Simpósio Internacional de Direito Contemporâneo – Anais / XII Mostra Científica – Anais / XXII Encontro de Diplomados – Anais / III Mostra de Extensão

Organização de Gina Lisa Zanardo Sartori ...[et al.]

1. Trabalhos de pesquisa – Direito 2. Direitos fundamentais 3. Homofobia 4. Direito do trabalho 5. Ética médica 6. Previdência social I. Título

C.D.U.: 340(063)

Catalogação na fonte: bibliotecária Sandra Milbrath CRB 10/1278

EDIFAPES
Livraria e Editora
Av. 7 de Setembro, 1621
99.709-910 – Erechim-RS
Fone: (54) 3520-9000
www.uricer.edu.br

SUMÁRIO

A (IN) EFICÁCIA NA APLICAÇÃO DO ABORTO LEGAL EM CASOS DE ESTUPRO E O PL 1904/2024 09
Angélica Tainá Erthal Bruxel
Viviane Bortolini Giacomazzi

A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO PRÁTICA DISPONÍVEL NO DIREITO ADMINISTRATIVO 33
Pedro Henrique Miotto

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO: POR UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA 54
João Pedro Sartori Dutra
Leonardo André Kottwitz

HOMOTRANSFOBIA: DESVENDANDO OS LIMITES E AS IMPLICAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 74
Carolina Pacheco da Silva
Diana Casarin Zanatta
Ianko Bombana Bernstein
Roberta Cristina Pilatti Zucchi

PERSPECTIVAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEMININA 100
Brenda Ogrodoski Mazur
Marina Gabriela Marmentini

PLÁGIO DE EMBALAGENS: IMPACTOS LEGAIS E ÉTICOS NO DESIGN E MARKETING DE PRODUTOS 116
Gabriele de Quadros
Simone Gasperin de Albuquerque

REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO SEGURADO
Ana Caroline Gobatto
Carlos Daniel Pereira
Karen Fabiana Menin
Luiza da Silva Fialho

O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E A INCLUSÃO DE MULHERES 158
Nathalia Cardoso Vasata
Suéli Cviatkovski
Tarciana Emanueli Morona Soares

OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUSTIÇA MULTIPORTAS E A MEDIAÇÃO FAMILIAR 170
Fernanda Sarginski
Giana Lisa Zanardo Sartori

PREFÁCIO

Comprometido com a indissociável tríade ensino, pesquisa e extensão, o Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI Campus de Erechim), apresenta mais um valioso trabalho fruto da pesquisa científica, com objetivo de contribuir para o campo do conhecimento das ciências jurídicas e sociais. Esta coletânea, resultado do XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, XII Mostra Científica e III Mostra de Extensão, realizado no período de 16 a 19 de setembro de 2024, expressa a qualidade acadêmica e científica exercida pelo curso no âmbito da sua atuação.

Nesse contexto, o Curso de Direito cumpre sua missão institucional na formação humana voltada para a ética, para a transformação da realidade regional, para a construção do conhecimento, para a promoção da cultura, ao passo que atua na consolidação de uma consciência coletiva marcada pelo intercâmbio de saberes, orientado pelos fundamentos da defesa de uma sociedade mais justa e solidária, onde o conhecimento está ao alcance de todos e é amplamente produzido e disponibilizado pela universidade, como se observa no conteúdo apresentado na presente obra.

A interdisciplinaridade, seguida do exercício de analisar, indagar e propor novos caminhos, a partir da interação dialógica entre a universidade e a sociedade, estão presentes nas atividades desenvolvidas pelo curso, uma vez que a realidade social se faz tema central das pesquisas desenvolvidas e endossa a concretização dos objetivos propostos pelo Curso de Direito.

Incentivamos a leitura atenta dessa obra, que percorre valores e premissas alinhadas com a inclusão social, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o desenvolvimento econômico-social, a justiça social, dentre outros, que serão encontrados durante a leitura, entregando uma experiência educadora de transformação e construção do conhecimento.

Erechim/RS, dezembro de 2024.

Comissão Organizadora
XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Erechim, tem a alegria de apresentar a coletânea de pesquisas resultante do XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, XII Mostra Científica e III Mostra de Extensão, realizados no período de 16 a 19 de setembro de 2024.

Voltado para a pesquisa científica e o processo contínuo de construção do conhecimento, o curso proporcionou, por meio da realização do XXXI Fórum de Estudos, um espaço propício para debates acadêmicos, reflexões, aperfeiçoamento de estudos e dinâmicas voltadas para a consolidação das pesquisas no geral, entregando o resultado neste livro.

Inaugura a obra, o artigo intitulado "A (in)eficácia na aplicação do aborto legal em casos de estupro e o PL 1904/2024", das autoras Angélica Tainá Erthal Bruxel e Viviane Bortolini Giacomazzi. A pesquisa tece reflexões sobre a (in)eficácia da legislação brasileira diante dos casos de aborto em decorrência do crime de estupro, analisando em especial o Projeto de Lei 1904/2024.

Por segundo, o autor Pedro Henrique Miotto, apresenta o artigo "A mediação extrajudicial como prática disponível no direito administrativo", refletindo sobre as possibilidades e contribuições da mediação extrajudicial para a resolução de conflitos entre o cidadão e o ente público, especialmente relacionados a Administração Pública.

Na sequência, o estudo "Interpretação e aplicação dos princípios do Direito: por uma abordagem filosófica da hermenêutica jurídica", proposto pelos autores João Pedro Sartori Dutra e Leonardo André Kottwitz, contempla a análise da interpretação de normas jurídicas a partir da abordagem filosófica na hermenêutica jurídica em Hans-Georg Gadamer.

Os autores Carolina Pacheco da Silva, Diana Casarin Zanatta, Ianko Bombana Bernstein e Roberta Cristina Pilatti Zucchi, analisam o reconhecimento da homotransfobia como crime pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e os efeitos dessa decisão, no artigo intitulado "Homotransfobia: desvendando os limites e as implicações da criminalização pelo Supremo Tribunal Federal".

O quinto estudo, por sua vez, intitulado "Perspectivas sobre a Constituição Feminina" é apresentado pelas autoras Brenda Ogrodoski Mazur e Marina Gabriela Marmentini, busca ponderar as conquistas da Constituição Feminina na concretização das garantias relacionadas a cidadania das mulheres.

Com o intuito de analisar práticas desleais que desafiam a legislação brasileira, as autoras Gabriele de Quadros e Simone Gasperin de Albuquerque examinam o fenômeno do plágio de embalagens no artigo "Plágio de embalagens: impactos legais e éticos no design e marketing de produtos".

O artigo subsequente, "Revogação do benefício previdenciário por incapacidade e as consequências inerentes ao segurado", desenvolvido pelos autores Ana Caroline Gobatto, Carlos Daniel Pereira, Karen Fabiana Menin e Luiza da Silva Fialho, busca examinar as consequências que alcançam os segurados nas situações de revogação do benefício previdenciário por incapacidade, a partir do princípio da boa-fé objetiva.

Voltado para a análise do serviço militar, as autoras Nathalia Cardoso Vasata, Suéli Cviatkovski e Tarciana Emanueli Morona Soares propõem o estudo "O serviço militar obrigatório e a inclusão de mulheres". A pesquisa buscou avaliar a estrutura do serviço militar quanto à participação de mulheres e as necessidades de adequação à luz da legislação brasileira.

Por fim, o artigo "os meios autocompositivos de resolução de conflitos: justiça multiportas e a mediação familiar", das autoras Fernanda Sarginski e Giana Lisa Zanardo Sartori, encerra a presente obra tratando dos meios autocompositivos como alternativa eficaz para a resolução de conflitos no âmbito familiar.

A diversidade de temas que permeiam esta coletânea é um instigante e valioso convite à reflexão!

Agradecemos a contribuição de todos os autores, pesquisadores, avaliadores, colaboradores, da comunidade acadêmica em geral, interna e externa, que atuaram de alguma forma para a concretização desse trabalho e desejamos a todos uma ótima leitura!

Erechim/RS, dezembro de 2024.

Comissão Organizadora
XXXI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais

A (IN) EFICÁCIA NA APLICAÇÃO DO ABORTO LEGAL EM CASOS DE ESTUPRO E O PL 1904/2024

Angélica Tainá Erthal Bruxel[1]

Viviane Bortolini Giacomazzi[2]

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a (in) eficácia da legislação brasileira no que tange à prática do aborto legal em casos de estupro. Além de trazer ao debate o Projeto de Lei 1904/2024 e as questões abordadas por ele, com a finalidade de propor uma reflexão sobre a temática, que, ao longo da pesquisa, se mostra de extrema pertinência ao contexto social brasileiro da atualidade. A metodologia utilizada deu-se através de pesquisa bibliográfica e utilizou do método analítico descritivo.

Palavras-chave: aborto legal; estupro; projeto de lei 1904/2024.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1°, traz os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais está a dignidade da pessoa humana, que diz respeito à garantia de um tratamento humanitário a todos os cidadãos, assegurando a igualdade e proteção da integridade física e moral do indivíduo. Outro artigo constitucional pertinente ao tema é o art. 5°, que, dentre outras prerrogativas fundamentais, dispõe sobre o direito à liberdade, na qual se insere os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher. Além disso, o artigo 6° da CF legisla sobre os direitos sociais, dentre eles a saúde como direito fundamental e universal (Brasil, 1988).

[1] Acadêmica do terceiro semestre do Curso de Direito, da URI Campus de Erechim. *E-mail*: angelica.bruxel@hotmail.com

[2] Mestre em Direito. Advogada. Professora no Curso de Direito da URI Campus de Erechim. *E-mail*: vivianebg@uricer.edu.br

Além da Constituição Federal, outra legislação pertinente a ser observada quanto as liberdades fundamentais, principalmente no que tange ao corpo feminino, é o Código Penal brasileiro, que aborda a problemática tipificando o aborto como crime, porém prevendo duas excludentes de ilicitude, o aborto nos casos de estupro e em casos de risco à vida da gestante (Brasil, 1940). Haja vista que tal regulamento foi elaborado em 1940, é possível observar que se trata de uma legislação um tanto defasada no tempo, principalmente em comparação a demais países na atualidade, pois ainda sustenta-se num viés de controle do corpo feminino pelo masculino, numa estrutura predominantemente patriarcal de construção social. Atentando para esses aspectos, é perceptível que não foi posto em perspectiva as necessidades das mulheres na elaboração do regimento exposto.

Feitas essas considerações, a presente pesquisa visa analisar a ineficácia da legislação pátria com a não observância de tais direitos, principalmente no que tange à forma como a problemática do aborto legal vem sendo tratada no Brasil, a qual não condiz com a garantia de igualdade prevista pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Bem como, uma análise sobre as questões que versam sobre o Projeto de Lei 1904/2024 e sua (in)aplicabilidade à sociedade brasileira.

Ademais, é importante destacar que a condenação da prática abortiva é disseminada no país tendo por base um viés religioso, alicerçando-se no mandamento bíblico "não matarás". Ou seja, a tipificação penal surge do dogma religioso e não da episteme jurídica que sustenta que o Brasil é um Estado laico.

Desta forma, o estudo aqui trabalhado tem por objetivo verificar os aspectos históricos e atuais do aborto legal no Brasil, trazendo uma análise de sua realidade fática. Também será observado como ocorre a realização do procedimento do aborto e sua recusa por parte de profissionais da saúde. Além de trazer uma reflexão sobre o Projeto de Lei já mencionado.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABORTO E ABORTO LEGAL NO BRASIL AO LONGO DO TEMPO

O aborto só foi expressamente criminalizado no Código Penal de 1830, criado no período imperial, o qual penalizava quem ajudasse uma grávida a abortar, contudo a mulher que abortava não era considerada uma criminosa (Brasil, 1830). De acordo com Carmignani (2023, n.p.), professora de História do Direito da USP, "isso foi fruto do espírito liberal da época. Não se punia a mulher que fizesse um aborto, porque ela não estava fazendo mal a outra pessoa". Entretanto, a criminalização da mulher era um tema de debate, "mas decidiu-se que o Estado não deveria intervir em um caso assim. Cabia à mulher decidir se iria se expor aos perigos de um aborto", acrescenta Carmignani (2023).

Somente no Código Penal de 1890 foi prevista a penalização à mulher que abortasse. Porém, havia ainda uma hipótese atenuadora, pela qual a pena seria reduzida em um terço no caso da mulher que cometesse o aborto para "ocultar a desonra própria" (Brasil, 1890).

No Código Penal de 1940, a atenuante baseada na defesa da honra desapareceu, dando lugar à exceção para o aborto em caso de estupro (Brasil, 1940).

Carmignani (2023) justifica que, embora a legislação tenha se inspirado em leis de outros países, a previsão da descriminalização do aborto em caso de estupro no Código Penal está relacionada ao contexto da época:

> Em uma sociedade que era ainda mais conservadora e patriarcal, teria menos a ver não com a concessão de um direito e mais com uma forma de proteção da honra. Mas não era exatamente a honra da mulher, que era vista como a filha, irmã ou mulher de um homem. Era para proteger a honra destes homens. Se uma mulher fosse deflorada, isso manchava a honra da família toda (Carmignani, 2023, n.p).

Levando em consideração tais aspectos, percebe-se como as mudanças históricas e sociais refletiram na criminalização do aborto ao longo do tempo.

3 O ABORTO LEGAL NA ATUALIDADE BRASILEIRA

A legislação brasileira atualmente permite o aborto em 3 situações: quando houver risco de vida para a gestante (conforme o art. 128 do Código Penal), em caso de gravidez fruto de estupro, defesa pelo mesmo artigo, e em caso de gestação de feto anencéfalo (incluída pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 através da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54:

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> **Aborto necessário**
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal, 1940).

Entretanto, a presente pesquisa faz um recorte específico, trazendo para o centro das reflexões questões relacionadas ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Algo extremamente difícil de lidar na realidade brasileira e que nem sempre é assim observado e aplicado é que as mulheres vítimas de estupro, ao denunciarem o crime, encontram-se em um estado de profunda fragilidade pela gravidade da violência sofrida, tanto física como psicologicamente, necessitando que haja uma equipe multiprofissional previamente sensibilizada e capacitada para prestar-lhes assistência. Levando a um atendimento que seja baseado no respeito à dignidade da mulher e na credibilidade de seu relato, expondo as alternativas cabíveis para aplacar tamanho sofrimento. A vítima deve ser informada de que possui o direito à interrupção da gravidez, ou pode escolher continuar com a gravidez. Nessa fase,

é imprescindível que a equipe de atendimento mantenha uma postura neutra, sem julgamentos ou imposições.

Porém, não é isso que ocorre na realidade, como já mencionado acima, ou seja, grande parte das mulheres brasileiras tem pouco conhecimento sobre o aborto legalizado no brasil, como refere Morais (2008, apud Andressa Andrade Corrêa *et al.*, 2021, p.6):

> Essas mulheres são leigas sobre tal direito, e não podemos esquecer de todo o constrangimento a que são submetidas, muitas vezes, quando denunciam um estupro, haja vista que a maioria das vítimas não prestam queixa contra o autor do crime, ficando as autoridades sem conhecimento do fato delituoso.

Outro ponto de entrave ao aborto legal é a burocracia vivenciada pelas vítimas, a qual, pela lei, não deveria existir. É comum haver uma resistência por parte de alguns profissionais e hospitais, como referido por Rodrigues (2019, apud Andressa Andrade Corrêa *et al.*, 2021, p.13): "mesmo nos casos em que o aborto não é criminalizado no Brasil, há dificuldades para que as mulheres realmente acessem esse direito e realizem o procedimento de maneira segura e gratuita pelo SUS". Também salienta Torres (2015, apud Andressa Andrade Corrêa *et al.*, 2021, p.13):

> Por conta das condições precárias e inseguras que mulheres passam para poder abortar revelam a incompatibilidade entre aborto e a proteção constitucional à saúde. No plano internacional dos direitos humanos, tem se estabelecido pacificamente o direito da mulher nos aspectos de sua autonomia, escolhas e liberdades sexuais.

Desta forma, percebe-se a importância do procedimento adequado para a implementação e exercício pleno do direito ao aborto legal.

4 DO PROCEDIMENTO DO ABORTO LEGAL

Nos casos de estupro, não é necessário registrar boletim de ocorrência. Isso é mencionado na própria norma técnica de atuação do Ministério da Saúde. Almeida (2022, n.p.), professora da FGV Direito SP e doutora em direitos humanos, afirma que "a lei é muito clara e não exige relato à polícia, autorização judicial, audiência, nada disso. É um direito à mulher, uma questão de dignidade, humanidade e saúde".

Como não são todos os hospitais que realizam o procedimento, no caso do município em que a mulher reside não ter uma unidade especializada, ela tem direito a ter todas as despesas pagas para ir até outra cidade ou estado.

O ginecologista e obstetra Dutra (2020, n.p) do Hospital Pérola Byington, referência em realização de aborto legal no Brasil, explica que ao chegar no hospital, a vítima passa por uma triagem comum, sendo examinada para saber qual o tempo de gestação e qual procedimento será realizado.

Após a triagem, são feitos exames médicos: teste de HIV, ultrassonografia transvaginal e dosagem Beta-HCG para confirmação da gravidez.

As vítimas ou responsáveis devem assinar alguns documentos no próprio hospital, anexos pela Portaria 1.508 de 2005:

- Relato da vítima: o documento é redigido por um profissional do hospital, assinado pela vítima/responsáveis e pelos profissionais que a escutaram - médico e enfermeiros. Se houver Boletim de Ocorrência, os médicos podem utilizar o relato deste para redigir o documento, evitando que a vítima tenha que repetir a descrição do ocorrido.
- Parecer técnico: escrito e assinado pelo médico ginecologista após examinar a paciente.

- Aprovação para interrupção da gravidez: a equipe do hospital que fez o atendimento assina a aprovação do procedimento e concorda com o parecer técnico do médico.
- Termo de responsabilidade: salienta que casos de informações falsas configuram falsidade ideológica. Esse documento é assinado pela vítima/responsáveis.
- Termo de consentimento livre e esclarecido: abarca a garantia de sigilo, como o procedimento ocorrerá e os possíveis riscos para a vítima, também assinado por ela ou responsáveis.

Dutra (2020, n.p.) relata que:

> O abortamento é feito com misoprostol, uma medicação que prepara o colo do útero e promove as contrações. Em estágios iniciais, o procedimento pode ser feito apenas com o uso do comprimido, que é inserido no canal vaginal, gerando resultado em algumas horas (Dutra, 2020, n.p).

A paciente só tem alta do hospital após exame médico que mostre que ela está bem, sem nenhum sintoma. Além disso, Dutra (2020, n.p.) destaca que:

> É importante frisar que o tempo de alta varia de mulher para mulher: algumas têm mais resistência ao medicamento, então precisamos aumentar a dose [...] Em geral, elas ficam no hospital de 24 a 36 horas. Na maioria dos casos não há efeitos colaterais após o procedimento, o ciclo menstrual volta aos poucos e a vítima é orientada a não engravidar nos seis meses seguintes.

Nesse período, a vítima deve receber atendimento psicológico. Espaços como a Casa da Mulher Brasileira e Centro de Referência da Mulher promovem atendimentos especializados para vítimas de violência contra a mulher.

5 DA RECUSA DO PROCEDIMENTO E CRITÉRIOS MÉDICOS ADOTADOS

Importante salientar que o médico pode se negar a realizar o aborto legal se alegar objeção de consciência. Tal premissa está protegida pelo Código de Ética Médica, em seu artigo 28°, que diz que o profissional pode "recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência". É uma garantia, através dos instrumentos políticos e civis da ONU: direito de consciência, religiosidade e expressão da sua vontade. Esse pacto também ressalta que a expressão religiosa não pode ser imposta aos direitos de outrem, quando estes não compartilham das mesmas crenças do objetor.

Definido pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia, a objeção não pode ser confundida com omissão de socorro, ou seja, mesmo que o médico for objetor, ele deve informar a vítima acerca de seus direitos e encaminhá-la ao atendimento.

Atualmente, tem se observado uma crescente terceirização da saúde pública por organizações sociais de cunho religioso. Mesmo que não exista objeção de consciência institucional, tais organizações são mais propícias a contarem com profissionais objetores, por conta do vínculo religioso, como refere Medeiros (2021, p. 2):

> A crescente privatização dos serviços de saúde também interfere diretamente na assistência às mulheres vítimas de violência e, sobretudo, na prática do abortamento. Isso porque os serviços privados de saúde não seguem os princípios e diretrizes do SUS, nem tampouco as normatizações do Ministério da Saúde quanto ao fluxograma para garantia de assistência dessas mulheres, não só nas situações de prevenção, como também em casos de aborto.

Nestes casos, é responsabilidade do gestor disponibilizar uma equipe treinada que não possua objeções para assegurar o cumprimento dos direitos constitucionais, civis e legais. Segundo Biroli e Miguel (2014, p. 80), em seu livro Feminismo e Política: "o fundamento religioso para a obstrução de direitos

individuais compromete a laicidade do Estado e, com isso, a cidadania e a construção de uma sociedade plural e democrática".

É necessário destacar que não é possível a objeção de consciência em alguns casos, como nos que há risco de vida para a mulher; quando não há outro médico que possa fazer o procedimento garantido por lei; e no atendimento de complicações derivadas de aborto inseguro, por se tratar de caso de urgência.

Outro empecilho à realização do procedimento existente por parte dos profissionais é o receio e medo da hostilidade pelos colegas e também pela sociedade, como referenciado por Madeiro e Diniz (2015, p. 6), em sua pesquisa sobre os serviços de aborto legal no Brasil, "além da motivação religiosa, o estigma que permeia o aborto faz com que profissionais recusem a participação nas equipes, temendo ser conhecidos como 'aborteiros' entre seus pares".

Além disso, também há uma preocupação entre os profissionais da saúde no que diz respeito a possíveis consequências jurídicas no caso de ser comprovado que a gravidez sobre a qual foi realizada o aborto não tenha sido decorrente de um estupro. No entanto, tal apreensão é totalmente desnecessária, visto que, de acordo com o Código Penal, art. 20 §1°: "É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima" (Brasil, 1940).

Sendo assim, nota-se que o receio dos profissionais em sofrer sanções pela realização do procedimento abortivo, é totalmente infundado, visto que estão protegidos pela legislação.

6 O PROJETO DE LEI 1904/2024 E O ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO

Indubitavelmente, a ineficácia na prática da legislação do aborto legal foi um dos motivos que impulsionou a criação do PL 1904/2024.

Atualmente, o Código Penal não estipula um prazo para ser realizado o procedimento do aborto, portanto, legalmente, poderia ser praticado em qualquer idade gestacional, mesmo quando o nascituro já seja viável. O PL 1904/2024 pretende equiparar todo aborto praticado após 22 semanas de gestação ao crime de homicídio (com reclusão de 6 a 20 anos), justificando a ausência de prazo no caso do aborto legal na atual legislação pelo contexto histórico da época em que foi criado, sustentando sua argumentação da seguinte forma:

> Não é difícil perceber que, quando o Código Penal foi promulgado, se o legislador não colocou limites gestacionais ao aborto, não foi porque teria querido estender a prática até o nono mês da gestação. Basta recorrer às circunstâncias históricas da época (PL 1904/2024).

O texto do projeto se pauta nas normas da Organização Mundial da Saúde, a qual define que o aborto é a interrupção da gravidez antes do início da 22° semana de gestação. No entanto, para ser considerado o crime de homicídio, a vítima deve possuir personalidade jurídica, a qual, segundo o art. 2° do Código Civil somente é adquirida após o nascimento completo e com vida (Brasil, 2002). Sendo assim, não teria a possibilidade de que o aborto, mesmo após as 22 semanas, seja considerado como um homicídio, tendo visto que a vítima, neste caso o feto, não possui personalidade jurídica. Ainda nesta ideia, o teólogo Joseph Fletcher reconhecia que, para se definir o que é ser humano, é necessário considerar critérios de humanidade, como a autoconsciência, a capacidade de expressão da subjetividade e a racionalidade (Muto; Narloch, 2005).

Além disso, a professora de Direito da FGV SP, Almeida (2022, n.p.), afirma que "as orientações da OMS servem para orientar a criação de políticas públicas gerais de forma a preservar, em cenário ideal, o direito da mulher. Não são orientações, portanto, que restringem direitos e não podem ser interpretadas dessa forma".

Muitas vezes o prazo das 22 semanas, orientado pela OMS para a realização do abortamento, não é cumprido por circunstâncias alheias à vontade da gestante, como a recusa de hospitais em realizar o procedimento, a burocracia, que, pela lei, não deveria existir, como referido por Romagnoli (2021, p.4), "a aplicação de alguns critérios hospitalares para a realização do aborto está em desacordo com a legislação, sendo esse um dos fatores que impede que o procedimento seja realizado em algumas gestantes, vítimas de estupro". Além disso, no caso de menores de 14 anos, a gestação pode passar despercebida pela normalidade de grandes mudanças hormonais nesse período, fazendo com que os sintomas da gravidez passem despercebidos. Almeida (2022, n.p.) acrescenta que "se há uma circunstância que impede o atendimento até esse prazo, serviços e equipes especializadas devem garantir o direito em outras condições. Juridicamente, não há empecilhos para a realização do procedimento"

De acordo com a Cartilha pela Marcha Mundial das Mulheres de 2024:

> O aborto em idades gestacionais acima de 22 semanas se dá, em geral, por mulheres e meninas em situação de vulnerabilidade socioeconômica, que moram em locais com acesso inexistente ou dificultado à saúde; com deficiências cognitivas; adolescentes e jovens; de baixa escolaridade (Cartilha pela Marcha Mundial das Mulheres, 2024, n.p).

Outrossim, a Cartilha de Atenção Humanizada às Meninas e Mulheres em Situação de Interrupção Legal da Gravidez em Santa Catarina (2023, n.p.), evidencia que:

> As normas técnicas devem ser interpretadas à luz das leis e das evidências científicas. Sendo assim, por não haver previsão de limite no Código Penal brasileiro, também não há limite máximo de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação. Quando há viabilidade fetal, orienta-se que seja realizado o procedimento de indução de assistolia fetal previamente à indução do parto, cabendo aos serviços organizarem-se para que este procedimento seja garantido.

Conforme o exposto, constata-se que o prazo de 22 semanas para realização do aborto, orientado pela OMS, não é respeitado, muitas vezes, por diversos motivos, não sendo necessariamente pela vontade da gestante, tendo em vista que possui diversas influências externas.

Além do mais, segundo Morais (2008, p. 3):

> A gravidez resultante de estupro penaliza duas vezes a mulher. Além de ter o corpo violentado de forma física, com resultados psíquicos por vezes irreversíveis, ela corre o sério risco de não receber o atendimento e o respeito a que tem direito por lei, por parte dos hospitais, das autoridades policiais, da sociedade e do Poder Judiciário.

Também, de acordo com Romagnoli (2021, p. 22), uma vítima de estupro não deveria ser obrigada a gerar o fruto de uma violência, pois, além de desumano, tal prática fere os direitos fundamentais da vítima. Portanto, "não poderia o legislador ignorar os fatos da vida e impor monstruosa carga vitalícia de sentimentos negativos à vítima da brutalidade sexual" (Romagnoli, 2021, p. 18).

A obrigação a continuar com uma gestação advinda de estupro resultaria na culpabilização e revitimização da vítima que, de acordo com o Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência contra Crianças e Adolescentes (2007, apud Santos, 2010, p.47), seria um processo de ampliação do trauma vivido pela vítima de violência, em função da realização de procedimentos inadequados nas instituições oficiais, ocorridos no atendimento da violência quando notificada.

Há de se convir que, a PL 1904 traz uma boa dose de misoginia velada, e isso fica evidenciado no momento em que a proposta é de que a pena da mulher vítima de estupro que realiza o aborto seja maior do que a do seu estuprador.

De acordo com a Cartilha pela Marcha Mundial das Mulheres, de 2024, "nos últimos 10 anos, a média de partos de meninas com menos de 14 anos foi de mais

de 20 mil por ano [...] não é admissível que novas barreiras sejam impostas para que o aborto legal seja realizado". Com isso, reflete-se a inadmissibilidade do PL 1904, visto que seria tal projeto uma dessas "barreiras".

Diante do apresentado, evidencia-se que o Projeto de Lei mencionado não encontra o respaldo necessário, na legislação penal vigente, para que seja aprovado.

7 DA (IN) EFICÁCIA PRÁTICA DA LEGISLAÇÃO SOBRE O ABORTO LEGAL

Esta ineficácia resulta de inúmeras razões, como evidenciado por Madeiro e Diniz (2015, p.3), "o percurso de uma mulher vítima de violência sexual que deseja interromper a gravidez pode ser dificultado por obstáculos geográficos, institucionais ou de consciência dos profissionais que as atendem". Conforme pesquisa dos supracitados autores, os profissionais entrevistados alegaram a existência de dois principais obstáculos para o funcionamento dos atuais serviços de aborto legal. Em primeiro lugar, a baixa disponibilidade de profissionais, principalmente médicos, para a realização do procedimento, e a necessidade de uma capacitação mais eficiente da equipe no que tange à ampliação do conhecimento sobre a legislação e sobre a garantia de direitos em saúde sexual e reprodutiva (Madeiro; Diniz, 2015).

No entanto, esta é apenas a visão dos profissionais acerca das dificuldades, como membro social é possível perceber que a desinformação existente no país acerca do tema é outro fator prejudicial à eficácia da legislação, como refere Rocha (2022, n.p.), coordenadora da área de transparência e acesso à informação da Artigo 19 (organização não-governamental de direitos humanos), "o cenário de desinformação em relação ao aborto legal no país coloca em risco o direito constitucional de realizar o procedimento".

Vale destacar a falta de uma infraestrutura adequada nos hospitais como óbice do cumprimento à legislação sobre o aborto, ao passo que, na teoria, qualquer

hospital que ofereça serviços de ginecologia e obstetrícia deveria ter equipamento adequado e equipe treinada para realização do aborto legal. Morais (2008, p.3) defende que, "a não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo". No entanto, na realidade, é exatamente essa falta de implementação que se observa. De acordo com o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), existem 89 locais que oferecem o serviço de aborto legal. Não obstante, o Mapa do Aborto Legal pontua que apenas 42 hospitais realizam o procedimento de fato (Mapa do Aborto Legal, 2021).

No que tange à falha na realização do procedimento em razão da objeção de consciência, Medeiros (2021, p. 7) pontua que, "mesmo após diversas normatizações, este tema sempre foi alvo de resistência dos profissionais de saúde e da sociedade como um todo, que tende a analisar a prática do aborto sob um prisma religioso e moralizante".

De acordo com Morais (2008), mesmo não havendo nenhuma condição imposta à realização do aborto legal, as mulheres recorrem ao aborto clandestino por conta dos obstáculos de sua execução em hospitais, tendo em vista que alguns ainda exigem a apresentação de boletim de ocorrência ou exame de corpo de delito, mesmo sendo norma do Ministério da Saúde que não seja exigido. A autora ainda pontua que esta opção pela ilegalidade e insegurança das clínicas clandestinas também ocorre devido a morosidade do Poder Judiciário e a ineficácia do sistema de saúde estatal.

Tendo isso em vista, percebe-se que, mesmo o aborto legal sendo um direito, algumas mulheres não conseguem acesso ao serviço médico ou o obtém de forma precária por diversos motivos. Com isso, percebe-se a necessidade de uma efetivação da legislação por meio de políticas públicas realmente eficazes na prática.

8 O EMBATE JURÍDICO-FILOSÓFICO ACERCA DO ABORTO COMO PRERROGATIVA INERENTE ÀS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

Ronald Dworkin (1993), na sua obra Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais, argumenta que não é possível defender logicamente a assertiva de que um feto tenha interesses próprios antes de possuir capacidade cognitiva. A noção de interesse próprio, que fundamenta o direito à autonomia individual no liberalismo, está vinculada a algum nível de consciência. Desta forma, para o autor, a capacidade cognitiva é requisito fundamental no reconhecimento da vida, a questão do aborto expõe um conflito entre os direitos relativos à gestante e o direito à vida do feto.

Em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, de 1985, Robert Alexy denomina tal circunstância como uma colisão de direitos fundamentais em seu sentido estrito, pois se preservado o direito à vida do feto, estará anulada a autonomia de vontade da gestante.

O que caracteriza um embate entre direitos sensíveis, uma vez que deverá se fazer um sopesamento e uma mensuração de qual princípio deverá ser observado no caso concreto.

9 DA REALIDADE FÁTICA VINCULADA AO ABORTO

Durante toda a pesquisa, foi constatado através de inúmeros índices e casos práticos a seriedade que envolve o assunto e o quanto ele está presente na sociedade.

9.1 DADOS GERAIS

Segundo Lago (2017, apud Andressa Andrade Corrêa *et al.*, 2021), entre 2011 e 2016, 4.262 adolescentes de 10 a 19 anos tiveram uma gravidez que resultou de um estupro e o consequente nascimento da criança. Com esta pesquisa, é perceptível a ineficácia da legislação sobre o aborto, assim as mulheres não têm a garantia de um aborto seguro mesmo estando legalizado. O despreparo médico é evidente como pudemos observar na pesquisa acima, enfatizando que a maioria das mulheres é menor de idade e, na maioria dos casos, de baixa renda.

De acordo com um estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), estima-se que o número de casos de estupro no país é de 822 mil por ano, equivalente a dois por minuto. Esse mesmo estudo aponta que apenas 8,5% dos crimes são registrados pela polícia e 4,2% pelo sistema de saúde. (Portal GOV) Esse baixo percentual ocorre pois, de acordo Zaffaroni (2004, apud Morais, 2008, p.3), o estupro está inserido naqueles delitos de cifras negras, ou seja, aqueles que não chegam ao conhecimento das autoridades, seja pela hediondez da conduta, medo da retaliação e até mesmo a humilhação sofrida pela vítima.

Além disso, de acordo com os dados publicados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2022, mais de 60% das vítimas de estupro eram menores de 14 anos, configurando estupro de vulnerável (G1). Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, são mais de 56 mil denúncias de estupro de vulneráveis por ano, sendo mais de 85% cometidos por conhecidos quando a vítima é criança menor de 13 anos.

9.2 CASOS ESPECÍFICOS

Em julho de 2024, foi exposto o caso de uma menina de 13 anos, vítima de estupro, que decidiu realizar aborto quando estava na 18° semana de gravidez. No entanto, está sendo impedida do procedimento pela Justiça de Goiás. Em junho, o

Ministério Público de Goiás ingressou com um pedido de alvará de interrupção da gravidez. Porém, no final do mês, a Juíza Maria do Socorro de Sousa Afonso e Silva concedeu que fosse feito um parto prematuro, ou seja, a interrupção foi autorizada somente se a equipe médica pudesse adotar métodos para preservar a vida do feto. Após tal decisão, o pai da vítima buscou a justiça para adiar o procedimento, alegando que o estupro estava pendente de apuração. Vale destacar que toda relação sexual com menor de 14 anos é considerada estupro de vulnerável, mesmo que haja consentimento. Outro ponto importante a salientar é que o suspeito do estupro é um homem de 24 anos, supostamente conhecido do pai da vítima, com quem ela vive. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, desembargadora responsável pela análise do caso em segunda instância, acatou o pedido do pai e proibiu a realização de qualquer procedimento até o julgamento definitivo.

> A gravidez da criança foi denunciada ao Conselho Tutelar após ela ir a uma unidade de saúde em fevereiro. Avisado pelo órgão e orientado a buscar a polícia, o pai da menina disse já ter feito um acordo com o suspeito para que ele 'assumisse toda responsabilidade acerca do bebê'. Em abril, a menina disse ao conselho ter tomado a decisão de interromper a gravidez. Ela disse que estava tentando convencer o pai, sem sucesso. Ela chegou a ser levada ao Hospital Estadual da Mulher (Hemu), mas, sem a autorização do genitor, não pôde fazer o procedimento (O Globo, 2024).

No momento, a pré-adolescente encontra-se na 28° semana de gestação, contra a sua vontade e indubitavelmente abalada emocional e fisicamente. Dada a circunstância, o que a vítima mais precisava no momento era o apoio de seu genitor, que deveria ser seu protetor, e a garantia de um direito previsto em lei. Lamentavelmente, essas duas necessidades não foram sanadas, resultando num maior sofrimento do que o já proporcionado pelo estupro. Segundo a Intercept Brasil, a morosidade fez com que a menina cogitasse realizar o aborto por conta própria, se colocando em risco de morte. É inadmissível que, mesmo previsto na

legislação, as vítimas de estupro tenham que passar por tamanha humilhação e cogitar realizar um aborto inseguro para que tenham a conclusão de algo que é um direito.

Ainda de acordo com a Intercept Brasil, a própria menina é fruto de uma gravidez infantil, ao passo que a mãe possuía apenas 12 anos de idade quando ela nasceu, ficando evidenciado como a história se perpetua e a imposição do patriarcado se mantém resistente ao longo do tempo, resultando em uma percepção pouco evoluída e sensível às mudanças da sociedade.

Outro caso que repercutiu nas mídias sociais foi o da menina de 10 anos que teve o aborto recusado no Espírito Santo, em 2020, tendo que viajar até o Recife após o Tribunal de Justiça do Espírito Santo conceder a ela o direito do aborto legal, que já é previsto na legislação brasileira. O autor do estupro era o tio da vítima, que a abusava desde os 6 anos de idade. É importante destacar, que neste caso, além do estupro, era uma gravidez de risco para à mãe, pela insuficiente estrutura corporal nessa idade.

Visando a preservação da vítima, esses casos devem ocorrer em absoluto sigilo. No entanto, não foi o que aconteceu, esse caso foi usado como um jogo político, sendo vazado para a imprensa. Como resultado dessa exposição, a criança foi recebida com represálias no hospital onde realizou o procedimento, tendo inclusive que entrar escondida na unidade de saúde. Tal conduta gerou ainda mais sofrimento à menina, que deveria estar vivendo sua infância sem nem imaginar passar por uma situação como esta. Outra consequência dessa explanação foram as ameaças realizadas à família da vítima, em especial à sua avó, que era quem a criava e a acompanhou durante o aborto. Em entrevista para o Fantástico, a avó contou que fundamentalistas religiosos tentaram invadir a casa onde viviam, dizendo que o ato seria um pecado (G1 Globo).

O médico que realizou o abortamento, Olympio Filho, alegou que "manter a gravidez é um ato de tortura contra ela, é violentá-la novamente, é o Estado praticar uma violência tão grande ou maior do que ela já sofreu" (Jornal El país).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, ficou evidente a necessidade de se refletir e debater a temática abordada, pois é perceptível a falha na legislação e na aplicação acerca do aborto legal, fato que propicia a criação de projetos de lei como o PL 1904/2024, que está em confronto direto com direitos já conquistados pelas mulheres.

O Projeto de Lei que inspirou o artigo é de extrema crueldade com as vítimas de um crime tão hediondo que é o estupro, as forçando a um sofrimento desnecessário, enquanto deveriam estar sendo acolhidas e recebendo a devida assistência. O aumento de pena em um aborto advindo de violência sexual não deveria nem ser tema de debate, a real discussão deve ser acerca de formas de diminuição de tal prática delitiva.

Uma alternativa para o enfrentamento da problemática do crime de estupro, seria buscar meios para a redução do ato delituoso no país, através do processo educacional e cultural em todos os segmentos da sociedade.

Outrossim, percebeu-se o empecilho da própria entidade médica no sentido da realização do procedimento, seja impondo condições que não são necessárias pela ótica da lei, ou por escusa dos profissionais através da objeção de consciência. Desse modo, evidencia-se a necessidade de que haja uma fiscalização por parte governamental nos hospitais aptos à realização do aborto, informando que o abortamento em caso de estupro deve ser realizado mesmo não havendo registro de boletim de ocorrência e assegurando o efetivo cumprimento à legislação.

Por fim, é importante garantir que não ocorra um retrocesso quanto às prerrogativas já conquistadas. É um dever da sociedade prezar pela segurança e dignidade de seus membros, assim como o respeito às normas garantidas por lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais,** 1985. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 1986. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 12 set. 2024.

Artigo 19. **Mapa do Aborto Legal,** 2019. Disponível em: https://mapaabortolegal.org/. Acesso em: 29 jul. 2024.

ROCHA, Júlia. Artigo 19. **70 hospitais realizam aborto legal e Região Sudeste é a que concentra parcela expressiva do atendimento, atualiza a edição 2022 do Mapa do Aborto Legal,** 2022. Disponível em: https://artigo19.org/2022/09/28/setenta-e-tres-hospitais-realizam-aborto-legal-e-regiao-sudeste-e-a-que-concentra-parcela-expressiva-do-atendimento-atualiza-a-edicao-2022-do-mapa/. Acesso em: 29 jul. 2024.

ALMEIDA, Eloísa. Assembleia Legislativa do Estado do Piauí. **Entenda o que diz a lei sobre aborto legal no Brasil,** 2022. Disponível em: https://www.al.pi.leg.br/tv/noticias-tv-1/entenda-o-que-diz-a-lei-sobre-aborto-legal-no-brasil. Acesso em: 25 jul. 2024.

CARMIGNANI, Maria. **As mudanças na legislação brasileira sobre o aborto nos últimos 100 anos.** BBC News Brasil, 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/c6pdp4zly3qo. Acesso em: 25 jul. 2024.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1904, de 2024**. Diário Oficial da União, Brasília, 2024. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2425262&filename=PL%201904/2024. Acesso em: 16 set. 2024

BRASIL. **Código de ética médica**: Resolução CFM nº 2.217/2018. Brasília: CFM; 2019

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal, artigo 312 a 327.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal de 1890.

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

BRASIL. LIM-16-12-1830. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o código criminal de 1830.

CORRÊA, Andressa Andrade; *et al.* **A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: suas implicações na vida da mulher e na saúde pública,** 2021. Disponível em: https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/781

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, 1993. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, 2003. Disponível em: https://archive.org/details/169958301DominioDaVidaAbortoEutanasiaELiberdadesIndividuaisRonaldDworkin1

DUTRA, Gustavo. **Gravidez após estupro: qual o caminho para o aborto legal e seguro?** Carta Capital, 2020. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/saude/gravidez-apos-estupro-qual-o-caminho-para-o-aborto-legal-e-seguro/. Acesso em: 12 jul. 2024.

G1 Globo. **Relembre o caso da criança de 10 anos que fez aborto legal após estupro no ES.** G1 Globo, 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2024/06/25/relembre-o-caso-da-crianca-de-10-anos-que-fez-aborto-legal-apos-estupro-no-es.ghtml. Acesso em: 05 ago. 2024.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto.** Gov.br, 2023. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto. Acesso em: 05 ago. 2024.

JIMÉNEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital.** El país, 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html. Acesso em: 05 ago. 2024.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora. **Serviços de aborto legal no Brasil - um estudo nacional,** 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/L6XSyzXN7n4FgSmLPpvcJfB/#

Marcha Mundial das Mulheres. **Nota: Deputados e deputadas, vocês querem que crianças sejam mães? Não ao PL n.º 1904/2024!,** 2024. Disponível em: https://www.marchamundialdasmulheres.org.br/nota-deputados-e-deputadas-voces-querem-que-criancas-sejam-maes-nao-ao-pl-n-o-1904-2024/. Acesso em: 16 jul. 2024.

MARTINS, Thays. **Aborto legal: especialista explica o procedimento e como funciona no Brasil.** Correio Braziliense, 2022. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/06/5017076-aborto-legal-especialista-explica-o-procedimento-e-como-funciona-no-brasil.html. Acesso em: 12 jul. 2024.

MEDEIROS, Jayce Mayara Mendes. **Desafios à política de saúde brasileira: impactos no direito ao aborto legal,** 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rk/a/JKSRMSVLjSsQrnqtq7FGS8L/

Ministério da Saúde. **Atenção Humanizada ao Abortamento - Norma Técnica,** 2014. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2018/01/Aten%C3%A7%C3%A3o-humanizada-ao-abortamento-2014.pdf

MORAIS, Lorena Ribeiro. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher,** 2008. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Quando a vida começa?** Super Interessante, 2016. Disponível em: https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante. Acesso em: 20 ago. 2024.

O Globo. **Acordo do pai com estuprador e aborto vetado pela Justiça: o que se sabe sobre o caso de menina de 13 anos abusada em GO.** O Globo - Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/07/16/acordo-do-pai-com-estuprador-e-aborto-vetado-pela-justica-o-que-se-sabe-sobre-o-caso-de-menina-de-13-anos-abusada-em-go.ghtml. Acesso em: 05 ago. 2024

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Saraiva, 2018. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/125814/interpretacao_constitucional_direitos_pereira.pdf

Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. **Principais Questões sobre Aborto Legal,** 2019. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/. Acesso em: 25 jul. 2024.

Profissão repórter. **Estupro de vulnerável: Brasil tem 56 mil denúncias por ano e 156 casos por dia.** G1 Globo, 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2024/06/12/estupro-de-vulneravel-brasil-tem-56-mil-denuncias-por-ano-e-156-casos-por-dia.ghtml. Acesso em: 05 ago. 2024.

Profissão repórter. **'Tipo mais comum de estupro cometido no Brasil é o estupro de vulnerável, com menores de 14 anos', diz especialista.** G1 Globo, 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2024/04/22/tipo-mais-comum-de-estupro-cometido-no-brasil-e-o-estupro-de-vulneravel-com-menores-de-14-anos-diz-especialista.ghtml. Acesso em: 05 ago. 2024.

ROMAGNOLI, Jhenifer. **Aborto no Caso de Gravidez Resultante de Estupro: O Prazo de Escolha para a Vítima,** 2021. Disponível em:

https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aborto-no-caso-de-gravidez-resultante-de-estupro-o-prazo-de-escolha-para-a-vitima/1338004692

SOUSA, Luciana Silva. **Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?,** 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_334.pdf

A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO PRÁTICA DISPONÍVEL NO DIREITO ADMINISTRATIVO[1]

Pedro Henrique Miotto[2]

RESUMO

O objetivo do artigo foi analisar se a mediação extrajudicial pode ser um meio de resolução do conflito entre o cidadão e o ente público. Nesse sentido, o problema da pesquisa que se apresentou foi a mediação extrajudicial na Administração Pública é um meio que permite e garante ao cidadão o acesso à justiça e também uma forma de desafogar o Poder Judiciário? A mediação é uma prática extrajudicial que ganhou espaço nos métodos de resolução de conflitos, que objetiva um consenso entre os interesses opostos sem que chegue tal impasse até o Judiciário. A mediação vem sendo utilizada, na Administração Pública, em alguns locais do Brasil, como um recurso pensado em desafogar a demanda de litígios. O estudo científico realizado traz como objeto de pesquisa, também a mediação colocada em prática no município de Erechim-RS em vista de resgatar recursos pecuniários a favor do contribuinte e do ente público. Conclui-se, a partir da metodologia de abordagem realizada na pesquisa, por meio do método dedutivo, bem como do método de procedimento estruturalista alcançado, que o referido tema da prática extrajudicial pode e deve ser cada vez mais explorado pelos agentes aplicadores do Direito.

Palavras-chave: mediação extrajudicial; negociação; administração pública; tributos; execuções fiscais.

1 INTRODUÇÃO

Por ser fundamento de relações complexas e de natureza ímpar, a sociedade, como objeto de estudo do Direito, inegavelmente necessita de todo o amparo e recursos presentes no Estado Democrático de Direito, no intuito de

[1] O artigo foi orientado pelas professoras do Curso de Direito da URI-Erechim: Dra. Daniela Lippstein. *E-mail*: danielalippstein@uricer.edu.br e Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori. *E-mail*: sgiana@uricer.edu.br

[2] Acadêmico do segundo semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail*: 108237@aluno.uricer.edu.br

atender as demandas e reivindicações dos cidadãos, no procedimento do efetivo exercício da cidadania. Neste sentido, aos litígios verificados no tecido social, há preponderância da população em primazia buscar o Poder Judiciário, como ferramenta de resolução de conflitos por ter características mais formais e que de certa forma, os direitos estarão ali assegurados e protegidos.

O neoconstitucionalismo, atual estágio do constitucionalismo, busca pela melhor eficiência da Constituição para a garantia dos direitos fundamentais de forma a não contestar a limitação do poder estatal, porém com objetivo de aprimorar novas práticas. Todavia, no âmbito judicial atual, é verificado morosidade no que tange ao grande número de litígios que chegam ao Poder Judiciário. Assim, por se utilizar na maior parte das vezes, de maneira excessiva e prejudicial, o respectivo poder contradiz o que rege as principais características do neoconstitucionalismo a aprimoração de novas práticas.

Sendo assim, urge a necessidade de estímulo e estudos de novos procedimentos a vista de atenuar a sobrecarga averiguada no Judiciário brasileiro bem como demonstrar para sociedade que tais meios existem, e são aplicados em diversos casos por modo extrajudicial, a qual por desconhecimento da sociedade e a negligência dos agentes de Direito em incentivar essas práticas intensificam o cenário de inoperância.

O estudo ora proposto, tem como objetivo analisar se a mediação extrajudicial pode ser um meio de resolução do conflito entre o cidadão e o ente público. Nesse sentido questiona-se: a mediação extrajudicial na Administração Pública é um meio que permite e garante ao cidadão o acesso à justiça e também uma forma de desafogar o Poder Judiciário?

A mediação é uma prática extrajudicial que ganhou espaço nos métodos de resolução de conflitos que objetiva um consenso entre os interesses opostos sem que chegue tal impasse até o Judiciário. A mediação vem sendo utilizada, na

Administração Pública, em alguns locais do Brasil, como um recurso pensado em desafogar a demanda de litígios, por meio de um refletir diferenciado sobre os ganhos das partes para não ser chegar a trivial efeito meio a meio ou um ganha-perde, mas sim um ganha-ganha, a qual terá um trato específico para atingir este resultado.

Para melhor compreensão do tema, propõe-se inicialmente um breve estudo sobre o panorama do Judiciário, para na sequência explicar o que significa a mediação e a negociação. Posteriormente será abordada a consensualidade administrativa, a aplicabilidade na sociedade e esclarecimentos sobre o procedimento da mediação.

2 PANORAMA JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, não possui o escopo e estrutura para receber a demanda abundante de conflitos que surgem no atual cenário. Segundo o Relatório Justiça em Números 2023, foram relatadas mais de 27 milhões de execuções fiscais no ano de 2022, em um cenário de endividamento de aproximadamente R$ 80 milhões. A taxa de congestionamento do Poder Judiciário impactada pelas execuções fiscais chega a 88% (Relatório Justiça em Números, 2023). A partir das estatísticas levantadas, a crítica a ser feita a esse modelo não é por si só a condução dos conflitos adotados, mas sim repreender o porquê não há um olhar diferente para a busca de resolução de impasses em meios extrajudiciais. Como elucida Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 7), nenhum aspecto dos nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica.

Santos (2016, p. 55) afirma que a justiça é equiparada à condição de sinônimo de uma instituição (o Judiciário), sendo a pacificação de conflitos concebida como uma pretensão que se satisfaz mediante a necessária intervenção exclusiva do Estado, por intermédio do processo judicial - instrumento a exercício

da jurisdição. Todavia, o corpo social por trazer consigo a imagem de que recorrer ao Judiciário é onde de fato será assegurado os direitos legais à vista de um conflito, intensifica a demanda de litígios de menor expressão que poderiam ser resolvidos na esfera extrajudicial. No caso brasileiro, mesmo sem ter um Estado Providência consolidado, o protagonismo do Judiciário também se consolidou em virtude de uma elevada expectativa social quanto à efetivação de direitos constitucionalmente assegurados e não efetivados (Goretti, 2016, p. 42).

> De acordo com o Relatório Justiça em Números, 2023 encerrou com 83,8 milhões de processos em tramitação. A maior concentração está nas justiças estadual e federal. Foram recebidos 35 milhões de novos processos, o maior número da série histórica de quase 20 anos, com aumento de 9,4% em relação ao ano anterior (Barroso, 2023, p. 01)

Nos termos do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, é previsto o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de princípio do acesso à justiça, que ratifica ao Poder Judiciário as atribuições em atender os litígios do corpo social. Segundo afirma Cerqueira (2011, p. 83), compreender esse princípio é atribuir certas expectativas aos jurisdicionados de que a jurisdição será exercida de maneira tal que desta seja capaz de extrair a efetiva e eficiente tutela de direitos e situações jurídicas. Ademais, o princípio da inafastabilidade jurídica torna certamente o Poder Judiciário como a mais importante figura para solução de conflitos.

> O Judiciário também se consolida no imaginário social como superego de uma "sociedade órfã" do seu poder de tutela. Tal fato justifica a realização de uma análise crítica acerca dos efeitos gerados pelo referido fenômeno, em termos de esvaziamento da autonomia da sociedade como espaço de discussão e tomada de decisão (Goretti, 2016, p. 43).

Ao que tange ao número de litígios no país, Santos (2017, p 100.) afirma que, em primazia deve ser combatido é a litigiosidade excessiva, pois tal situação acaba por impedir a adequada análise dos conflitos pelos órgãos estatais, o que, em última instância, acaba por não realizar o papel de cumprimento forçado do direito, tendo em vista que se reduz a probabilidade de adequação do que se pede, com o que se dá em juízo.

Em vista dos procedimentos judiciais supracitados, ressalta-se a importância dos indivíduos terem ciência de que existem outros meios de resolução fora da esfera judiciária - o que majoritariamente a população desconhece essa possibilidade, haja visto a sobrecarga do Judiciário destacada em números - com a possibilidade de concretização de um consenso benéfico a ambas as partes em grande parcela das vezes, mais vantajoso do que os procedimentos judiciais. De fato, como assevera Goretti (2021, p. 261), o comportamento das pessoas envolvidas nos conflitos, compreende a tendência em atribuir a outrem a responsabilidade exclusiva pelos conflitos de modo a delegar a terceiros, como o Estado, a incumbências solucionar os impasses. Consequentemente, esses processos sobrecarregam todo um sistema de modo a torná-lo moroso, ressaltados as inconsistências e defeitos no procedimento realizado.

De acordo com Santos (2017, p 98) sobre o atual corpo social do Brasil, reconhece-se, portanto, que a sociedade brasileira é composta essencialmente por agentes que são litigantes em potencial, como em qualquer sociedade, onde o que vai nortear, a forma de atuação das pessoas, são as estruturas de incentivos dessa mesma sociedade. Assim sendo, o referido congestionamento de processos judiciais, corrobora para intensificação das demandas na administração de modo a gerar um percalço a ser solucionado. Neste viés, a concentração exacerbada de ocorrências somadas à falta de celeridade para resolução, torna necessário a busca por alternativas mais eficazes com o propósito de promover melhoria na

administração pública tal como é previsto no inciso XXXV da Constituição Federal referente ao princípio do acesso à justiça.

Conforme disserta Almeida, esse panorama jurídico demonstra a tendência de rompimento do paradigma de que só o Estado, na figura do juiz, pode solucionar a lide, não significando, no entanto, que a incorporação dos métodos alternativos de solução de conflitos tenha o objetivo de criar uma justiça paralela (2012, p. 32). Esse rompimento de modelo está atrelado a uma evolução brusca, porém necessária e perceptível no ramo jurídico brasileiro. Segundo Tarsila Marques Fernandes (2017, p. 11), Procuradora Federal, discorre que por meio dessa alteração de paradigmas, pretende-se alcançar o envolvimento do Estado, e não exclusivamente do Poder Judiciário, na questão do acesso à justiça, com a criação de políticas públicas de incentivo à negociação, conciliação, arbitragem e mediação.

Por conseguinte, a criação de políticas públicas emerge como uma ferramenta a ser utilizada e melhor vista pelo sistema jurídico atual, compreende um histórico protocolar dos operadores do direito em concentrar na judicialização dos problemas, em vez de buscar meios extrajudiciais detentores de efetividade em entraves notórios na seara jurídica que, se atendidos, podem verificar um retorno significativo no âmbito federal, estadual e municipal da União.

3 MEDIAÇÃO: BREVES NOÇÕES

A comunicação e o trato das relações acompanham o ser humano ao longo das décadas como mecanismo adotado para resolução de impasses bem como defesa de interesses individuais a partir de condutas geradas pela convivência e atuação na sociedade. A negociação começa desde o nascimento do ser humano, a exemplo de um recém-nascido que chora no intuito de negociar afeto ou alimento. Neste sentido, para aprofundar o estudo no âmbito dos vínculos, o termo mediação é um assunto que se faz presente. É mister destacar que, a definição do conceito

de mediação não é pacificada pela doutrina, entretanto, por ter origem como mecanismo de resolução de conflitos e somente décadas mais tarde foi institucionalizada, demonstra a complexidade do tema tal qual variedade e multiplicidade sobre aplicação desta prática.

Anteriormente nos procedimentos judiciais, como infere Cappelletti e Garth (1988, p. 10) o estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro civil. Em consonância, à concepção tradicional do processo civil, não deixava espaços para atender direitos difusos, sendo o processo visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais (Cappelletti; Garth, 1988, p. 49-50).

Conforme assevera Cappelletti e Garth (1988, p. 67), acerca da chamada terceira onda jurídica, o novo enfoque do acesso à justiça tem alcance muito mais amplo, incluindo o extrajudicial. Esse novo método inclui alterações nas formas de procedimento destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios que não abdicam de inovações que vão muito além da esfera da representação judicial (Cappelletti; Garth, 1988, p. 71).

No Brasil, a negociação é negligenciada pelos profissionais de direito, denota Mourão (Mourão, 2014, *apud*, Gunther 2020), que tal problemática acarreta constantemente na utilização desnecessária do Poder Judiciário:

> A negociação ainda não é vista em todo o seu potencial e tem sido esquecida como efetiva alternativa ao Judiciário. Os profissionais do ramo jurídico, em especial o advogado na sua atuação proativa na defesa dos interesses de seus clientes, podem e devem contribuir para a alteração dessa realidade, valendo-se da negociação (e das demais ADR) para resolver uma série de conflitos que sequer precisariam ser encaminhados ao Judiciário. (Mourão, 2014, p. 30, *apud*, Gunther, 2020, p. 6)

À vista desse cenário, o CNJ, portanto, desde 2010, busca incentivar a mediação no Brasil, como uma política pública judicial, visando a facilitação do acesso à justiça, o incentivo à busca de soluções engendradas pelos próprios litigantes, e sobremodo, a redução da judicialização de conflitos no país (Gaulia; Pacheco, 2019, p. 44).

A partir do referido incentivo, o método de mediação Tradicional-linear de Harvard para negociações é o procedimento mais adotado na atualidade, o qual serve como parâmetro para aplicação da mediação por meio dos princípios e estudos realizados pelo referido instituto, proporcionando uma ruptura no que diz respeito a solução de conflitos de que somente o Estado é apto, por meio de vias judiciais, a resolver tais empecilhos. A teoria de Harvard serve para mediação, assim como para qualquer natureza de conversa, pois se trata de uma solução de conflitos que busca assegurar um acordo com benefícios mútuos (Gunther *et al.*, 2020, p. 19).

De acordo com Peixoto (2017, p 30), a perspectiva da Escola de Harvard para a negociação é a de debater critérios objetivos, ao invés de posições subjetivas, fazendo desaparecer a percepção de personificação do conflito, ou seja, a ideia de que o conflito existe por culpa da outra parte. Cabe destacar também a figura do mediador que no estudo chamado "*Program on Negotiation at Harvard Law School*", o mediador exerce a denominada mediação passiva, isto é, o mediador não sugestiona e não intervém (Almeida, 2012, p. 33).

Tapety (2017, p 49.), complementa que a Teoria da Negociação de Harvard pensa nas relações futuras, por isso a sua ideia é que o bom negociador não é só aquele que fecha o acordo, mas o que o implementa. A partir desta perspectiva futura, esses procedimentos extrajudiciais ao serem implementados de maneira satisfatória ao requerente, poderá este último em reincidência de um conflito, optar por esse mecanismo novamente.

4 NEGOCIAÇÃO JURÍDICA: CONCERTAÇÃO ADMINISTRATIVA

Atualmente, o ordenamento jurídico, à vista da supremacia do interesse público, busca compreender atingir um modelo de trato social que possibilita a solução do empecilho por meio de alterações no modo de concepção que o sistema de justiça brasileiro permite maior grau de mutabilidade com a finalidade de buscar obter alçadas que concedam maior proximidade na relação cidadão-Estado. Essas práticas tão somente, são benéficas nos mais distintos aspectos que aspiram promover a continuidade da evolução do sistema jurídico, fundamentado no Estado Democrático de Direito, pois ao passo que a sociedade contemporânea se altera, o Direito tem que estar a altura de atender as necessidades exigidas pelo corpo social impulsionadas pela efetiva prática da cidadania.

Segundo Fernandes (2017, p. 8-9) nos dias atuais, independentemente do tipo de processo e das partes envolvidas, é crescente o incentivo pela composição consensual dos conflitos. À vista dos conflitos gerados na sociedade contemporânea, bem como a sobrecarga do sistema judicial impulsionado pelo aumento da litigiosidade, as soluções consensuais surgiram exponencialmente como uma ação mais eficaz decorrente da infrutuosidade dos procedimentos judiciais. Sabe-se da vontade do Estado além da ciência da sua respectiva personalidade célere e que visa atender as necessidades exigidas pelo corpo social, no entanto, ela não somente está suscetível ao erro, bem como o de fato ocorre.

A concertação administrativa está atrelada ao *stricto sensu* (Neves; Ferreira Filho, 2018, p. 64) aproximando ações como a conciliação e arbitragem que objetivam, de maneira consensual, a concórdia de conflitos. Essa definição atinge a esfera processual civil, no entanto, há maior aproximação no âmbito do Direito Administrativo, isto é, solução para conflitos presentes na relação dos particulares com os entes administrativos.

4.1 CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

No Brasil, mais precisamente no período Brasil-Império, a arbitragem em ações presentes na sociedade da época era verificada em práticas comerciais celebradas. Todavia, procedimentos como a mediação ainda não eram pensados na época. O primeiro registro histórico que positivou as referidas medidas, são datadas somente no ano de 1996 - arbitragem sistematizada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, contudo sequer foi prevista aplicabilidade no ramo Administrativo.

Na contemporaneidade, o Código de Processo Civil, determinada no Capítulo I § 2º do artigo 3º , que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" a qual complementarmente a referida disposição, ordena que "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial." prevista parágrafo 3º do mesmo artigo (Brasil, 2015). Essas normas outorgam e ratificam a busca pela melhoria nos litígios com o objetivo de atender as necessidades da população bem como verificar a segurança dos direitos como parâmetro para a efetivação da cidadania.

Há que se ressaltar algumas medidas impostas para buscar a referida efetivação como limites de discricionariedade administrativa, princípios basilares fundamentados, em especial, pela Administração Pública a busca pela eficiência e pela impessoalidade. Para tal realização, é necessário a figura de um Estado Consensual como assevera Moreira Neto, fundamentado pela procura constante da solução negociada de seus conflitos.

> O diálogo entre sociedade e administração pública viabiliza com mais chances o cumprimento espontâneo das decisões consensuais, na medida

> em que há a concordância das partes envolvidas, reforçando, inclusive, a sua legitimidade (Moreira Neto, 2011, p. 142-143).

No tocante das atribuições da concertação administrativa, emerge destacar por meio do maior interesse da população no que se refere a busca dos particulares em tomar maior conhecimento das ações realizadas pelo Direito administrativo por meio das instituições administrativas que as compõem, foi o ponto de partida para que o cenário da consensualidade ganhasse notoriedade. Entretanto, Tarsila Marques Fernandes (2017, p. 12), Procuradora Federal, afirma que apesar de todo esse arsenal teórico e dos benefícios advindos da composição consensual de conflitos, esta ainda se mostra tímida, tanto na esfera administrativa quanto judicial, em especial quando um ente público é parte na ação, diante do argumento da indisponibilidade do interesse público.

Ao pensar sobre os meios extrajudiciais, Souza (2015, p. 54) afirma os objetivos e diferenças sobre a mediação e a decisão judicial sendo a primeira é a que busca a solução do conflito com os olhos voltados para o futuro, ao passo que o julgamento leva em conta, normalmente, apenas os fatos passados levantados e comprovados em juízo.

5 APLICABILIDADE NA SOCIEDADE

Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O processo de execução fiscal chega ao Poder Judiciário depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição em dívida ativa. O autor, por realizar estágio na Secretaria Municipal da Fazenda do município de Erechim-RS, obteve conhecimentos na prática sobre a realização da mediação.

Alguns fatores que contribuem para litígios na Fazenda Pública são o recorrente afastamento das soluções consensuais entre administrado e

administração, a intransigência do vínculo de sua atuação à legalidade e a ausência de processo dialógico entre ambos. Neste cenário apresentado, já há aplicação de práticas que visam aproximar o administrador da Administração Pública de maneira a promover o diálogo e buscar encontrar uma consensualidade. A lei municipal nº 7388/2023 do município de Erechim-RS compreende em uma política pública aplicada na sociedade como método possibilitador de desentravar impasses na esfera tributária e administrativa.

O intuito desta prática é buscar formas para que a sociedade e empresas estabeleçam a quitação inerentes a débitos com a finalidade da solução de dívidas tributárias de modo concomitante, favoreçam para o desenvolvimento econômico, político e social que consequentemente, estes recursos retornam para a Administração Pública para maiores investimentos em áreas essenciais para a estrutura social.

> De acordo com o 1º parágrafo do artigo 1º, a lei da mediação, Poderão ser objeto das negociações os créditos tributários e não tributários do Município de Erechim vencidos há mais de 2 (dois) anos, a contar do último dia do ano anterior ao da: (Redação dada pela Lei n.º 7.451, de 2024)
> I – solicitação por parte do contribuinte, ou; (Redação dada pela Lei n.º 7.451, de 2024)
> II – publicação do edital pela administração tributária (Erechim, 2024, p. 01).

Logo, observado no dispositivo legal do município de Erechim-RS, há o esforço para contemplar as benesses que o Direito apresenta por meio de meios extrajudiciais existentes, porém pouco explorados na sua totalidade.

6 PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

A mediação ocorre basilarmente quando o contribuinte detém vários débitos em aberto. Neste viés, o programa reúne os débitos vencidos há mais de 2 anos de forma a contemplar tanto créditos tributários como não tributários, que resultam na inscrição em dívida ativa. O objetivo cerne do programa é oportunizar a

possibilidade para que o contribuinte acerte amigavelmente suas pendências, de modo a evitar que seja protestado ou iniciado um processo judicial contra o administrado haja visto que, nesses procedimentos aludidos, os custos aumentam consideravelmente.

Ademais, outro propósito do programa é recuperar esses créditos mais antigos, de forma a reduzir o estoque de valores inscritos em dívida ativa no município. Neste sentido, a sociedade contemporânea deficitária em atendimento eficaz no âmbito judicial, é possibilitada a perspectiva, por meio de uma medida política da esfera pública, de atenuar o alto número de litígios presentes nos órgãos judiciários a partir da adesão de mecanismos como a mediação que conferem o amparo necessário ao cidadão no que tange a débitos atrasados.

Estes débitos citados, conforme a lei de mediação, serão analisados pelo auditor fiscal que será responsável pela interpretação da situação em que o contribuinte se encontra no quesito dos tributos a serem pagos de modo a enquadrar a situação nos termos da lei. Neste sentido, está disposto na lei, uma tabela que observará a escala de pontos que será parâmetro para o auditor somar e aplicar, a partir da análise do histórico fiscal do indivíduo, os descontos que serão proporcionados a partir da realização da somatória dos critérios. A referida tabela foi construída e estruturada para que nela fossem observados critérios garantidores e baseados nos princípios da isonomia e impessoalidade na concessão do benefício.

> **Segundo parágrafo 1° do artigo 12 da lei 7338/2023**, os descontos concedidos para fins de mediação obedecerão a somatória das notas atribuídas pela Câmara de Mediação a cada um dos critérios descritos nos incisos I a V do Art. 11, de acordo com a tabela que constitui o Anexo Único desta Lei, observada a escala de pontos:
> I – 0 a 5 pontos: 100% de desconto na multa moratória, para pagamentos em até 6 (seis) parcelas;

> II – 6 a 10 pontos: 100% de desconto na multa moratória e nos juros, para pagamentos em até 9 (nove) parcelas; (Redação dada pela Lei n.º 7.451, de 2024)
> III – 11 a 15 pontos: 100% de desconto na multa moratória e nos juros, e 10% de desconto no crédito principal para pagamentos em até 12 (doze) parcelas; (Redação dada pela Lei n.º 7.451, de 2024)
> IV – entre 16 a 20 pontos: 100% de desconto na multa moratória e nos juros, e 20% de desconto no crédito principal, para pagamentos em até 12 (doze) parcelas;
> V – entre 21 a 25 pontos: 100% de desconto na multa moratória e nos juros, e 30% de desconto no crédito principal, para pagamentos em até 12 (doze) parcelas (Erechim, 2023, p. 6).

Ao início do procedimento, somente pela ação e iniciativa do administrado em buscar a negociação pela lei, a mediação estabelece a garantia de 5 pontos que servirá para contagem de descontos. Após essa primeira etapa, o auditor fiscal, na figura de mediador, fará a investigação no histórico fiscal do contribuinte com base em quantos tributos e taxas estão em débitos e quais são elas de forma que ao analisar a tabela, verificará se o desconto será somente na multa, multa e juros, ou ambos somados ao desconto no crédito principal, isto é, o tributo (Erechim, 2023, p. 6).

Em seguida, o auditor fiscal elabora o termo de mediação com base no exame realizado e a partir da somatória oferece para o contribuinte. Esse termo pode ser considerado como recurso que o administrado possui, em que, caso não houver aceite das condições, é expedida Certidão de Dívida Ativa (CDA), na qual os débitos prosseguem para protesto - ato formal, acordado por um tabelião, que tem como objetivo a comprovação de inadimplência do devedor no âmbito tributário- e se ainda assim não houver pagamento é encaminhado para execução fiscal. Cabe ressaltar que na hipótese de prosseguimento para protesto, o contribuinte terá que pagar o débito atrasado somado às custas do cartório e caso a ação chegue até a execução fiscal, o administrado além de pagar o débito atrasado terá de pagar todos os demais litígios abarcados pela ação judicial (Erechim, 2023, p. 5).

O procedimento de mediação pode ser acessado de forma online no site de serviços municipais por qualquer contribuinte no interesse de consultar a possibilidade de aderir a esse termo. Caso a situação for enquadrada nas delimitações previstas no termo de mediação para a concessão de descontos para a quitação de débitos, atualmente com o avanço nos sistemas tecnológicos, há a oportunidade de o interessado por meio online requerer o termo mediante cadastramento dos seus respectivos dados pessoais e selecionar a abertura do tipo de processo de recuperação de créditos ou Mediação tributária (Erechim, 2024, p. 1).

A concertação administrativa com base nos princípios da legalidade e diplomas legais, está intrinsecamente atrelado a aplicação e interpretação rígida da norma. Como é o caso da lei de mediação municipal, o contribuinte tem que se enquadrar nos requisitos propostos em lei para dar prosseguimento a ação com possibilidade de maior desconto. Por exemplo, se um contribuinte possui um histórico de dívidas em seu respectivo CPF, ele terá que dar garantias do prosseguimento no pagamento ao celebrar o acordo com a administração. Caso, ele tenha a convicção de que efetuará a quitação dos débitos, pode colocar no acordo bens como segurança de que vai pagar para conseguir maior valor de desconto (Erechim, 2023, p. 5).

7 ANALOGIA DA LARANJA

Para expor didaticamente diferenças entre a mediação e um procedimento judicial, a conjuntura da divisão da laranja é o mecanismo ideal para fazê-lo. Certo dia, a mãe de duas meninas com interesse na laranja após negociarem decidem a divisão ao meio da fruta. No entanto, uma das meninas usou sua metade da laranja para extrair suco e a outra usou a sua metade para retirar a casca e elaborar um doce (Siouf Filho, 2012, *apud*, Gunther 2020). Desta forma, pode-se correlacionar

que em uma mediação procura-se ampliar benefícios às partes por meio dos interesses postos, embora distintos que se harmonizados poderiam explorar todo o potencial do bem pretendido (Peixoto, 2017, p. 23).

Ademais, como exemplificado na prática da Administração Pública da lei de mediação, pode ser concatenada a esta parábola, a qual, surge um impasse - no caso o contribuinte que necessita realizar os pagamentos em atraso e a Administração Pública que necessita destes valores para trazer retornos benéficos de atendimento à população-, assim se busca atrair o administrado por meio da mediação para quitar estes valores que presumivelmente chegariam até um processo judicial, de modo que, estes valores gastos em litígios e que não retornariam para a Administração Pública, possam em pecúnia, retornar para a Prefeitura bem como o contribuinte terá menos gastos para quitar a dívida pendente que deverá ser paga de qualquer modo, sendo antes proposta por meio extrajudicial.

8 CONCLUSÃO

Portanto, na contemporaneidade, a qual o Direito e a Justiça são colocados à prova reiteradamente, é necessário atentar-se às mudanças que suscitam na sociedade de forma a fortalecer e qualificar os juristas bem como o ordenamento jurídico com o propósito de colocar em prática ferramentas disponíveis com escopo efetivo e facilitador no que se refere a solução de litígios - como é o caso mediação extrajudicial- a fim de inserir no tecido social a concepção até então pouco observada pela população de uma prática escassamente executada nos conflitos sociais.

Por conseguinte, a mediação embora pouco explorada no contexto brasileiro, há um brando movimento de aplicação de tal mecanismo implica em admissão de ações extrajudiciais ao invés de intensificar a demanda do Poder Judiciário que

todavia, para a efetivação desse pensamento será necessário estimular e investir em uma mudança cultural ao trato e abordagem de impasses emergidos no contexto societário de modo que haja tão somente a exigência da aplicação das referidas medidas, mas sim um investimento na forma de compreensão por todos da existência de alternativas tangíveis para a busca do melhor atendimento às reivindicações dos cidadãos.

Neste viés, as práticas extrajudiciais além do objetivo de atenuar a carga do Poder Judiciário, tem como propósito tornar um meio acessível para o cidadão como mecanismo garante do exercício e acesso à justiça. Por conseguinte, a efetividade das práticas de resolução de conflitos deve ser constantemente avaliada quanto à execução, a fim de compreender um resultado satisfatório para a população como fundamentalmente essa medida propõe.

Logo, a experiência realizada por meio do estágio na Secretaria Municipal da Fazenda do município de Erechim foi de extrema valia para autor devido ao fato de que tal vivência possibilitou o conhecimento do Direito na prática por meio do procedimento extrajudicial que proporciona benefícios para a Administração Pública e para o contribuinte.

Todavia, o Poder Judiciário bem como os aplicadores de Direito, devem estar abertos e permissivos a outorgar meios extrajudiciais como ferramenta justaposta pelo fato de tais práticas estarem em um estágio mais adequado de resolução e entendimento na busca de solução de impasses, em consonância às mudanças na maneira de concepção dos litígios que se têm conhecimento no tempo presente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. **Breves considerações sobre a mediação Harvardiana e a mediação transformativa.** MPMG Jurídico, Belo Horizonte,

edição especial, p. 29-32, 2012. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/00/93/C2/BD/E744A7109CEB34A7760849A8/MPMGJuridico_Mediacao.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

BARBOSA, Emanuela Guimarães; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. **A Crise Do Acesso À Justiça Frente À Gestão Inadequada Dos Conflitos No Sistema Jurisdicional Brasileiro**. 2023. 28 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fdv, Vitória, 2023. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/0edbt8to/6vHsjHAALj7Tam0I.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI**. 2019. 16 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rinc/a/bDvX9fP7ThkhPd3NS7hkcjc/?format=html#. Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 set. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Társis Silva de. **O Julgamento Dos Recursos Repetitivos Nos Tribunais Superiores: Uma Nova Leitura Do Princípio Da Inafastabilidade Da Jurisdição**. 2011. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10775/1/TCerqueira.pdf. Acesso em: 03 set. 2024.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO: novo programa vai auxiliar a pagar dívidas atrasadas com município. **Prefeitura Municipal de Erechim,** 2023. Disponível em: https://www.pmerechim.rs.gov.br/noticia/19029/comissao-de-mediacao-novo-programa-vai-auxiliar-a-pagar-dividas-atrasadas-com-municipio. Acesso em: 02 set. 2024.

DIAS, Maria Tereza Fonseca - **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público**. Direito do Estado, n. 151, abr. 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-

mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico.Acesso em: 02 set. 2024.

ERECHIM. **Comissão de Mediação**: novo programa vai auxiliar a pagar dívidas atrasadas com município. Prefeitura Municipal de Erechim, 2023. Disponível em: https://www.pmerechim.rs.gov.br/noticia/19029/comissao-de-mediacao-novo-programa-vai-auxiliar-a-pagar-dividas-atrasadas-com-municipio. Acesso em: 02 set. 2024.

ERECHIM. Prefeitura Municipal de Erechim. **Oportunidade para se regularizar com o município.** Erechim, 2024. Disponível em: https://www.pmerechim.rs.gov.br/noticia/19222/oportunidade-para-se-regularizar-com-o-municipio. Acesso em: 02 set. 2024.

GUNTHER, Luiz Eduardo; MACHADO, Luciana Aboim; MEDRADO, Paloma. **Breve Análise Do Método De Negociação De Harvard E Sua Utilização Na Solução De Conflitos E Sua Aplicabilidade Na Mediação Judicial**. 2020. 22 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Unicuritiba, Curitiba, 2020. Disponível em: https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4029. Acesso em: 02 set. 2024.

JUSTIÇA EM NÚMEROS: PRESIDENTE DO STF DIVULGA DADOS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. **Supremo Tribunal Federal,** 2024. Disponível em:https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=542620&ori=1#:~:text=Processos%20pendentes,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20ano%20anterior. Acesso em: 02 set. 2024.

LAVRADOR, João Guilherme Vertuan. **Mediação e acesso à justiça: os impactos da mediação nos conflitos**. 2017. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10122020-212807/publico/6490291_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais Da Ação Administrativa**. 2003. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, FGV, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45823/45108. Acesso em: 02 set. 2024

NERY, Cristiane da Costa. **Mediação Tributária: Estabelecendo Novos Paradigmas Para A Eficiência Na Gestão Fiscal**. 2022. 192 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2022. Disponível em: https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2023/01/VERSAO-POS-BANCA-Cristiane-da-Costa-Nery.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM. **Oportunidade para se regularizar com o município**. Erechim, 2024. Disponível em: https://www.pmerechim.rs.gov.br/noticia/19222/oportunidade-para-se-regularizar-com-o-municipio. Acesso em: 02 set. 2024.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARANÁ. **Protesto de dívidas ativas**. Paraná, 2019. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/Pagina/Protesto-de-Dividas-Ativas#:~:text=O%20QUE%20%C3%89%20O%20PROTESTO, multa%20estadual%20. Acesso em: 02 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 7.388**. Disponível em: https://www.pmerechim.rs.gov.br//uploads/legislacao/822cf96e252c342c4572c540304f3599.pdf. Acesso em 02/09/2024

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 7.451**. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/rs/e/erechim/lei-ordinaria/2024/746/7451/lei-ordinaria-n-7451-2024-altera-a-redacao-da-lei-n-7388-de-12-de-dezembro-de-2023-que-institui-o-programa-de-mediacao-e-recuperacao-de-creditos-no-municipio-de-erechim-e-da-outras-providencias.Acesso em 02/09/2024.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos; LIMA, Gustavo Augusto Freitas de; TAPETY, Helena Leão Costa; VARGAS, José Eduardo de Lima; PEIXOTO, José Roberto da Cunha; BUSATTO, Karoline; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Manual De Negociação Baseado Na Teoria De Harvard**. 2017. 122 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Agu, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLiv

ros/Manual-de-negociacao-baseado-na-teoria-Harvard.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Políticas Públicas De Efetivação Da Mediação Pelo Poder Judiciário E O Direito Fundamental De Acesso À Justiça No Brasil**. 2016. 410 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, 2016. Disponível em: http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/237. Acesso em: 02 set. 2024.

SIGNATES, Luiz. **Estudo sobre o conceito de mediação**. 1998. 13 f. Tese (Doutorado) - Curso de Departamento de Cinema, Rádio e Tv, Eca/Usp, São Paulo, 1998. Disponível em: https://revistas.usp.br/novosolhares/article/view/51315/55382. Acesso em: 02 set. 2024.

SOARES, Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco. **A Mediação Em Matéria Tributária**. 2021. 199 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/jspui/bitstream/handle/24595/1/Maria%20Helena%20Tavares%20de%20Pinho%20Tinoco%20Soares.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559648955. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648955/. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO DO RIO DE JANEIRO. **Tribunais federais extinguiram mais de 50 mil processos de execução fiscal em três meses**. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/portal/tribunais-federais-extinguiram-mais-de-50-mil-processos-de-execucao-fiscal-em-tres-meses/#:~:text=Segundo%20o%20Relat%C3%B3rio%20Justi%C3%A7a%20em,execu%C3%A7%C3%B5es%20fiscais%20chega%20a%2088%25. Acesso em: 02 set. 2024.

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO: POR UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA[1]

João Pedro Sartori Dutra[2]
Leonardo André Kottwitz[3]

RESUMO

O presente artigo aborda acerca da interpretação de normas jurídicas sobre uma abordagem filosófica na hermenêutica jurídica. O estudo contém como objetivos: compreender os impactos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer no Direito; investigar os métodos envolvidos na aplicação dos princípios constitucionais; oferecer um panorama quanto à relação entre os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico. A pesquisa adotou uma abordagem indutiva, observando as divergências doutrinárias sobre o tema, bem como um procedimento histórico analítico acerca do tema proposto. Os resultados enfatizam que a hermenêutica desenvolvida por Gadamer é essencial para promoção do ordenamento jurídico, no encontro de valores do texto legal e dos intérpretes. Ainda assim, destaca- se a relevância para fundamentação de decisões na aplicação de normas legais.

Palavras-chave: direito; hermenêutica; interpretação; princípios.

1 INTRODUÇÃO

A constituição de uma nação se traduz como alicerce de todo o seu ordenamento jurídico, bem como é instrumento fundamental e balizador das demais normas que organizam a sociedade. Contudo, sua aplicabilidade e efetividade sobre as demais normas e regulamentos exige amplo exercício de interpretação, função atribuída à hermenêutica jurídica.

[1] O trabalho teve como orientadora a Professora Viviane Bortolini Giacomazzi.

[2] Discente do 2° semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail*: joaopsdutrapublico@gmail.com.

[3] Discente do 2° semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail*: 108142@aluno.uricer.edu.br.

Assim, o presente estudo tem por objetivo o estudo dos princípios constitucionais aliados às ferramentas hermenêuticas que viabilizam sua aplicação nas decisões judiciais.

Desta forma, entendeu-se como de fundamental importância a indagação de como a hermenêutica filosófica impacta a hermenêutica jurídica e, por consequência, a efetiva aplicação dos princípios constitucionais.

Neste aspecto, objetivou-se analisar os impactos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer no Direito e sua hermenêutica própria; investigar os métodos envolvidos na aplicação dos princípios constitucionais; oferecer um panorama das perspectivas existentes quanto a relação entre os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico.

Para a concretização destes propósitos, optou-se por uma pesquisa de abordagem indutiva, na qual foram consideradas as divergências doutrinárias sobre o tema. O trabalho abrangerá um procedimento histórico e comparativo, por meio de uma pesquisa bibliográfica de viés qualitativo, com a escolha de artigos, livros, obras e textos que tratem das temáticas selecionadas.

Assim, o presente artigo será constituído de uma análise da hermenêutica filosófica, nascida no século XX, em conjunto com a apresentação do histórico da hermenêutica jurídica e o encontro destes dois campos de estudo. Em seguida, uma exposição da fundamentalidade dos princípios gerais do direito e suas características será realizada. Por fim, analisar-se-á a união dos princípios jurídicos constitucionais diante das bases hermenêuticas como meio elucidativo para os casos difíceis enfrentados pelos tribunais na aplicação do Direito na atualidade.

Portanto, a significância do presente artigo é perceptível devido a filosofia ser um fundamento intrínseco do Direito, o qual se concretiza na atuação dos

operadores do Direito, que necessitam das ferramentas hermenêuticas se desejam a eficácia de sua atividade.

2 O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA E SUAS NUANCES

Ao tratar-se da aplicação do direito, a questão de como a norma é interpretada sempre se mostra como essencial. Diante das complexidades que tal compreensão abrange, as contribuições que a hermenêutica filosófica, em especial na figura de Hans-Georg Gadamer, gerou no Direito devem ser observadas tendo em vista o histórico da interpretação jurídica no Ocidente. Por isso, tais bases serão expostas a fim de que a relação entre a hermenêutica filosófica e a jurídica possa ser compreendida plenamente.

2.1 Hermenêutica filosófica e sua relação na história da hermenêutica jurídica

Reconhece-se que a hermenêutica permeia toda a história do mundo ocidental, ainda que não surja como uma ciência propriamente dita, mas como uma técnica para a comunicação. Neste sentido, ela está presente na formulação do pensamento em todos os principais filósofos e pensadores da história, desde Platão e Aristóteles, até os teólogos medievais no tratamento com as Escrituras, bem como os iluministas e românticos em seus debates sobre a linguagem (Salgado, 2005).

Contudo, ela nasce como ciência somente no século XVII, e é apenas adotada como uma auxiliadora de outras disciplinas, como a hermenêutica teológica e a própria hermenêutica jurídica (Grondin, 1999). Assim, a hermenêutica filosófica, como uma compreensão filosófica da interpretação, apenas nasce no século XX com Heidegger e, definitivamente, com Gadamer.

2.1.1 Fundamentos da hermenêutica filosófica

Na obra de Heidegger, a situação existencial ganha destaque em cada tentativa de interpretação, ou seja, o *Dasein*, ser-aí, possui uma estrutura de pensamento que condiciona a interpretação antes de qualquer elocução (Grondin, 1999). Entende-se que a intenção do filósofo não era só abandonar o dualismo kantiano entre *ser* e *dever-ser*, mas também se afastar da separação entre *sujeito* e *objeto*, diante da totalidade de sentido da existência humana (Salgado, 2005). "O mundo não seria acessível se não tivéssemos uma pré-compreensão dele como totalidade de significado. Nós nos dirigimos a uma coisa sabendo que já tem significado" (Heidegger, 1997, p. 29 apud Salgado, 2005, p. 69).

Segundo Grondin (1999), Heidegger influenciou o pensamento de Gadamer, o qual partiu do problema inicial já antigo de qual deveria ser a metodologia das ciências humanas ("do espírito"). Se Heidegger, ainda que enfatize em mostrar a impossibilidade de uma verdade absoluta diante da temporalidade humana, tratou de tal questão apenas marginalmente, Gadamer torna tal questão sua tarefa principal. A afirmação ousada de Gadamer (1997, p. 45) é que: "Não existe nenhum método específico para as ciências do espírito".

Diante desta proposição, o conceito de compreensão, dentro das ciências do espírito, é fundamental, e "só consegue realizar uma ciência do espírito aquele que já apresente um mínimo de conhecimento a respeito daquilo que vai estudar" (Salgado, 2005, p. 77). Ou seja, a compreensão dos fenômenos exige algo prévio, que Gadamer vai chamar de formação, apoiado no termo cunhado por Hegel. A formação não é de modo algum natural, mas envolve ensino e aprendizado, algo humanístico, que possibilita ao homem a abertura para o universal e abrange a totalidade da natureza da razão humana. "A formação como elevação à universalidade é pois uma tarefa humana. Exige um sacrifício do que é particular em favor do universal" (Gadamer, 1997, p. 51).

Para o entendimento dos impactos da hermenêutica filosófica no mundo jurídico, ainda é necessário tratar sobre a linguagem, visto que a linguagem assume a função transcendental de possibilidade de conhecer o mundo, diante da impossibilidade de qualquer elaboração lógica na ausência de linguagem (Rohden, 2002). Deste modo, a linguagem é a principal representação da temporalidade e historicidade do ser humano, que torna absurda um ponto de vista absoluto ou algo como uma razão universal, comum a todos os indivíduos. Neste sentido, o único absoluto é a própria presença da linguagem como determinante:

> Desse modo se confirma, como um todo, o que constatamos antes: na linguagem representa-se o próprio mundo. A experiência lingüística do mundo é "absoluta". Ultrapassa toda relatividade do "pôr" o ser, porque abrange todo o ser em si, pouco importa em que relações (relatividades) se mostra. A lingüisticidade da nossa experiência do mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. A relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem. Aquilo que é objeto do conhecimento e de seus enunciados se encontra, pelo contrário, abrangido sempre pelo horizonte do mundo da linguagem. A lingüisticidade da experiência humana do mundo como tal não inclui a objetivação do mundo (Gadamer, 1997, p. 653).

.

Assim, a ontologia hermenêutica gadameriana apreende o pré-racional tanto quanto o racional, na qual a imprescindibilidade da experiência e da imersão do ser humano no mundo ser relevada nas ciências humanas possui consequências significativas dentro da ciência jurídica.

2.1.2 O desenvolvimento da hermenêutica jurídica

Para adentrar nas consequências das noções hermenêuticas de Heidegger e, principalmente, Gadamer, será necessário fundamentar o histórico das técnicas de interpretação no Direito. A hermenêutica jurídica é uma ciência tão antiga quanto a própria hermenêutica, embora sua consciência própria só surja na modernidade. Ao tratar da análise de Aristóteles sobre a ética, Gadamer (1997, p. 481)

compreende que "a análise aristotélica se nos apresenta como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica". Na Ética a Nicômaco, Aristóteles se mostra um precursor desta matéria ao tratar da equidade:

> O que cria o problema é que o equitativo é justo, mas não legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disso é que toda lei é universal, mas sobre algumas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. [...] Quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é coberto pela declaração universal, então é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplificação, corrigir a omissão - em outras palavras, dizer o que o próprio legislador diria caso estivesse presente, e que incluiria na lei se tivesse conhecimento do caso (Aristóteles, 2021, p. 127).

Na mesma direção, os jurisconsultos romanos e os comentaristas da Idade Média, segundo Ferraz Jr. (2023), possuíam a preocupação similar no que se refere a direcionar a aplicação do direito, seja com um saber jurisprudencial, no caso dos romanos, ou nas exegeses medievais das próprias fontes romanas. Em Roma, o Direito surge como um suplemento que orientava a ação nos processos, complementar a legislação especial, para só com os jurisconsultos se tornar uma teoria jurídica, onde se abstraia, dos casos concretos, regras gerais de natureza prática (Ferraz Jr., 2023).

Entre os medievais, surge o pensamento dogmático no século XI, que tinha por fundamento os documentos romanos, como os de Justiniano, onde se realizava a glosa gramatical e uma exegese que tornasse as fontes coerentes umas com as outras. Os recursos jurisprudenciais que guiavam a ação concreta não foram abandonados, mas foram inseridos em um contexto de princípios e regras que construíssem um sistema harmônico. "Nesse sentido, a prudência se fez dogmática." (Ferraz Jr., 2023, p. 39).

A era seguinte, que surge a partir do Renascimento, terá por foco o Direito Racional, a sistematização da teoria jurídica como forma de ordenar e

fundamentar os conhecimentos. A ideia de um sistema jurídico fechado por sua organização lógico-dedutiva surge neste momento, assim como um Direito Natural afastado da metafísica medieval. Da mesma forma, um novo método de interpretação nasce, afastado da prudência antiga, mas que deduz das idiossincrasias da natureza humana as consequências institucionais para a convivência social.

Um fato histórico será determinante na compreensão da continuidade das tradições jurídicas: a prevalência, cada vez maior, do direito escrito do século XVI ao XVIII. No século XIX, consolidou-se o positivismo jurídico, segundo o qual o direito possui a lei como principal fonte, um ato de vontade do poder legislativo (Ferraz Jr., 2023). Ao observar-se diferentes juristas e filósofos do período, mostra-se que, entre teóricos e aplicadores, havia a convicção crescente de que o objeto da ciência jurídica era a lei e sua interpretação. Neste momento, a Escola da Exegese se desenvolveu com a tese fundamental de que o Direito é revelado pelas leis, que devem ser objeto de análise cuidadosa, com uma interpretação gramatical, lógica e sistemática (Reale, 2002).

A Escola Histórica surge em oposição à Escola da Exegese, diante das lacunas que a lei poderia apresentar diante de fenômenos sociais que até então seriam irrelevantes. No pensamento de Savigny, um dos idealizadores deste movimento, o jurista deverá se ocupar da "convicção comum do povo (o "espírito do povo"), este sim a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação" (Ferraz Jr., 2023, p. 51).

Neste sentido, observa-se que a interpretação histórico-formal da Escola Histórica será substituída por uma interpretação histórico evolutiva, ou seja, o que o intérprete deveria buscar é a hipotética intenção do legislador caso ele vivesse no tempo do fato concreto, não a intenção inicial que o legislador teve quando a norma entrou em vigência. Esta nova percepção hermenêutica pertence a

uma conjuntura histórica de conscientização da necessidade de processos integrativos no Direito, pois nem mesmo a interpretação histórico-evolutiva conseguia abranger a plenitude dos fatos sociais (Reale, 2002).

Por conseguinte, o movimento da Livre Pesquisa do Direito surge na tentativa de "salientar o significado do elemento fático e das exigências éticas, em contraste com as insuficiências do normativismo abstrato da Jurisprudência conceitual" (Reale, 2002, p. 416). Ao lado de uma interpretação rigorosa da lei, a existência de lacunas era reconhecida, as quais devem ser supridas por meio de outras fontes, como o costume, que reconquista a posição de fonte formal; o direito "dado", a ordem material do Direito, e o próprio Direito Natural como realidade moral. As perspectivas que surgem no início do século XX focalizam em algum elemento do Direito, fosse o normativo em Hans Kelsen, os valores com o eticismo jurídico e o retorno do Direito Natural, ou os fatos concretos e sociais no Sociologismo Jurídico. Esta é a conjuntura do mundo jurídico no momento em que Heidegger e Gadamer concebem as suas teorias.

2.1.3 O encontro da hermenêutica jurídica com a hermenêutica filosófica

Dentre todos os impactos que a hermenêutica jurídica recebeu, destaca-se a compreensão de que o Direito pertence à dimensão linguística e não foge dela. Em Gadamer, apenas o que está no alcance da linguagem pode ser objeto de conhecimento (Salgado, 2005). Em consonância, a hermenêutica pode ser vista como a teoria que trata de como o ser humano acessa ao mundo em sua totalidade, pois somente pela linguagem que o entendimento ocorre. "Não há coisa alguma onde falta a palavra" (Streck, 2011, p. 255). Esclarece-se que a linguagem não cria o mundo, mas permite que o mundo possa ser mundo no sentido que o ser humano lhe atribui, pois a realidade não seria vista como ela é se não lhe fosse atribuído certo significado dentro da linguagem.

Assim, a hermenêutica jurídica, neste paradigma, não se insere como um método, mas como filosofia. Não à toa, ressalta-se a necessidade da "filosofia do direito tornar claro a si o seu caráter hermenêutico" (Oliveira, 2017, p. 138). O texto jurídico sempre é interpretado em conjunto com uma antecipação de sentido, este presente no ser do intérprete, sua pré-compreensão e mundo linguístico. Não à toa, Streck (2011) compreende que a maior contribuição de Gadamer à hermenêutica jurídica é perceber que o intérprete atribui sentido, não o reproduz, ou seja, o sentido jurídico original nunca será semelhante ao atual. A distância entre a generalidade da lei, somada à suposta intenção do legislador, e o caso concreto não pode ser superada por meio de um silogismo lógico de submissão do particular para o geral.

Fazem-se presentes aqui algumas ressalvas. É claro que as palavras do texto da lei possuem um significado pretendido, que não pode ser ignorado do ponto de vista gramatical. Neste contexto, não é qualquer sentido que pode ser atribuído a lei, mas aquele que considera o significado das palavras historicamente localizadas. Contudo, a própria lei abre um horizonte de possibilidades de sentido, e é função do intérprete consolidar aquilo que a lei deseja normatizar. Assim, a lei apenas se torna norma ao concretizar-se no mundo dos fatos, o que ocorre quando a aplicação da lei acontece (Oliveira, 2017). A posição de Gadamer (1997, p. 487) pode ser assim sintetizada:

> Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à "idéia jurídica" da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.

Aponta-se que a modificação das circunstâncias exige uma interpretação modificada, se a nova conjuntura não corresponder ao contexto em que a lei já envelhecida foi concebida (Larenz, 1997). Há o horizonte de recepção da lei no presente, bem como o horizonte da produção da lei, e é nesta fusão de horizontes que a lei se concretiza (Oliveira, 2017). Afirma-se, com precisão, que é o conjunto de interpretações não definitivas que concebe a tradição jurídica. Esta tradição baliza o horizonte do caso concreto e permite a correção mútua da lei interpretada. Neste círculo hermenêutico, na expressão de Gadamer, gera-se o sentido que normatiza a situação. Ainda que a ficção da vontade do legislador seja ingênua, do ponto de vista hermenêutico, a interpretação é orientada pelos significantes das palavras presentes na lei e pelos campos de sentido envolvidos, o que caracteriza a interpretação como não arbitrária, "pois é interpretação de algo, do interpretado" (Oliveira, 2017, p. 222).

Em contraposição a Gadamer, pode-se enfatizar que uma interpretação de caso concreto deve servir de paradigma para os casos futuros semelhantes em seu suporte fático, pois apenas assim a ideia de uma isonomia, ou aplicação da justiça entre todos os cidadãos, pode se efetivar (Larenz, 1997). Contudo, ao tratar das colisões dos princípios, faz uma ressalva sobre a determinação do alcance dos bens jurídicos e princípios em cada caso concreto. Assim, pretende-se notar as consequências das concepções hermenêuticas apresentadas na aplicação dos princípios do direito.

2.2 Princípios Gerais do Direito como normas jurídicas aplicáveis: um exercício hermenêutico

Dentre os impactos que a hermenêutica jurídica gera no ordenamento, destaca-se que a compreensão acerca da estrutura teórica que a norma do direito contém é de suma importância para a presente interpretação do texto (Alexy,

2015). Na década de 1970, houve uma transformação do direito no sentido de rejeitar o positivismo puro e o pragmatismo, em favor de teorias da justiça e dos princípios do direito, guiadas pela filosofia do direito (Neves, 2013).

Conforme Kaufmann (2004), o jurista Herbert L. A. Hart, neste período, se manteve como um defensor do positivismo jurídico, na qual apenas reconhecia como obrigatórias as regras primárias e secundárias, e as lacunas deveriam ser preenchidas pelo juiz em seu espaço discricionário. Em contraposição a Hart, Ronald Dworkin expande o direito para abranger os princípios gerais do direito, teoria principiológica que também será defendida por Robert Alexy. A partir destas formulações, a caracterização das regras jurídicas e dos princípios se constituiu como fundamental para toda a ciência do direito.

Essa distinção funciona como base para fundamentação de direitos, bem como é imprescindível na solução de problemas internos no ordenamento. Sem uma distinção estruturante, não é possível haver uma resposta concreta acerca das restrições de direito individuais, nem mesmo de organização e estrutura do Estado, gerando uma instabilidade e insegurança no ordenamento (Alexy, 2015).

A distinção entre regras e princípios consiste em contrapostos antigos, utilizando-se de diversos critérios para sua diferenciação. O principal destacado é o da generalidade. Segundo esse critério, enquanto os princípios contêm um grau de abstração alto, as regras contêm uma generalidade alta, devido a serem direcionadas a um caso concreto. O outro critério, que gera uma das diferenças essenciais, é a diferença qualitativa entre ambos. Conforme Alexy (2015, p. 91): "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".

Nesse viés, por conseguinte, princípios podem ser definidos como mandados de otimização - incluindo permissões e proibições - que influenciam não somente

as possibilidades fáticas, mas também jurídicas, que são determinadas por regras e princípios em colisão. Diferente das regras, que são aquelas normas jurídicas que a regra é aplicada, ou não, pois as suas possibilidades fáticas e jurídicas são especificadas anteriormente à sua criação, a partir de uma interpretação teleológica dela (Alexy, 2015).

Embora essa diferença conceitual, outro aspecto divergente entre princípios e regras é quando ocorre a colisão entre ambos. O conflito entre regras ele se encerra, quando uma das normas é declarada inválida, uma vez que seu caráter concreto é específico, não é possível existir, por exemplo, uma norma permitindo e proibindo determinada conduta, sem haver exceções para suprimir a atuação de uma delas (Alexy, 2015). Por outro lado, em questões de casos difíceis, a solução que envolve os princípios dependerá das interpretações do juiz. Nestas situações, o direito deve ser íntegro e, na concepção de Dworkin - teoria cuja aceitação não é unânime, um melhor julgamento é possível, ou seja, há apenas uma única solução correta para o caso concreto. Esta solução não se reduz à compreensão dos fatos, mas envolve a avaliação justa dos direitos e princípios em questão (Dworkin, 2002).

Nos casos em que há colisão de princípios, um cederá espaço ao outro. O que ocorre é que, naquela situação em específico, um princípio prevalecerá sobre o outro, obtendo um peso na preponderância do bem jurídico tutelado. Nesse caso, não irá ocorrer a supressão do princípio suprimido, uma vez que ele serve como fundamento ao ordenamento (Alexy, 2015).

Streck (2011) aborda, nesse sentido, que tais alicerces trazem, ao contexto do Estado Democrático de Direito, uma capacidade ao legislador de atuar com técnicas abertas na interpretação de casos concretos, gerando a possibilidade de ampliação na margem processual, enfatizando-se sempre, a discricionariedade dentro do devido processo legal. Isso engendra, por consequência, um

procedimento concretizante de direitos obstruídos, o que efetiva a importância de direitos reivindicados pelo meio social.

2.3 Aplicação de princípios em virtude da hermenêutica contemporânea

Streck (2011) aborda que a sociedade moderna propõe, a partir de uma pauta de desenvolvimento do sistema social, a concretização de diversas prestações positivas, como a igualdade formal, através da redução das desigualdades sociais no mundo. Porém, tal ação não pode ser concretizada, pelo contrário, durante a história, as diferenças sociais avançaram, e sua consolidação tornou-se cada vez mais complexa de ser resolvida. O Direito, enquanto ferramenta com importante poder de transformação social, é vista como essencial para a projecção desse legado, esse que hoje está formalmente localizado em diversos dispositivos da Constituição de 1988, através de princípios e regras propostos pelo Estado Democrático de Direito.

Devido ao texto, por si só, não produzir um sentido próprio, a hermenêutica é o mecanismo que efetivamente produzirá as respostas acerca de um texto expresso. Nesse aspecto, tal conjectura entre texto e interpretação é essencial para a imposição legal da norma, a fim de satisfazer a finalidade no qual ela foi criada. Logo, tendo como direção a perspectiva pós-positivista presente na Constituição de 1988 do Brasil, o intérprete deve estar baseado que, no Estado Democrático de Direito, a hermenêutica "é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional" (Streck, 2011, p. 322).

Tais mecanismos trazem à formação da doutrina uma riqueza de conhecimento, elucidando um conhecimento teórico para um postulado prático, aproximando-se de um modelo normativo vistoriado por Friedrich Muller.

2.3.1 Hermenêutica constitucional

Para que se compreenda a finalidade da hermenêutica constitucional, é preciso compreender no que consiste tal terminologia, bem como relatar as diferenças da hermenêutica passada em comparação com a contemporânea. "Hermenêutica é uma crítica ao pensamento objetivista e representacional ocidental sustentado a partir da relação sujeito e objeto" (Seibt, 2016).

Assim sendo, não há como ocorrer uma desvinculação entre a hermenêutica e a interpretação do sujeito com a sua realidade, uma vez que é pressuposto indireto na aplicação de normas jurídicas em situações concretas (Conselvan, 2009).

Na interpretação constitucional, embora a Constituição Federal de 1988 seja classificada como um sistema aberto de regras e princípios, o qual caberia uma interpretação utilizando-se de subjetividade, com intuito de facilitar a sua aplicação, os problemas decorrentes de sua interpretação surgem cada vez mais, à medida da evolução dos métodos de interpretação contemporâneos.

Mesmo sendo conceituada como principiológica, baseada em valores abstratos e genéricos, com intuito de orientar o legislador e o intérprete, a Constituição deve também cumprir procedimentos jurídicos, entretanto, com peculiaridades especiais, tais como: ser aquela que valida o ordenamento jurídico, permitir uma interpretação *praeter legem*, bem como servir de parâmetro para futuras modificações legislativas em normas infraconstitucionais (Bastos, 1999 apud Conselvan, 2009).

Nesse aspecto, conforme acena Coelho (2002, p. 01), abordando sobre os métodos de interpretação contemporâneos:

> Invocando os ensinamentos de Gomes Canotilho, devemos esclarecer que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em

> critérios ou premissas - filosóficas, metodológicas, epistemológicas - diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter unitário da atividade interpretativa.

Dessa maneira, não há de se falar em uma hermenêutica que esclareça com clareza todas as interpretações possíveis, uma vez que sempre existirá uma lacuna escura entre os diferentes métodos (Coelho, 2002).

Nesse sentido, a hermenêutica funciona como uma ferramenta de complemento às interpretações, gerando aprimoramentos e discussões na doutrina, uma vez que suas evoluções nem sempre significam uma superação do entendimento anterior, visto que sua base axiológica permanece em constante atuação.

2.3.2 A interpretação da hermenêutica à luz de seus princípios

O movimento de interpretação de qualquer norma requer do agente interpretador um conhecimento geral do ordenamento jurídico, uma visão em pressupostos subjetivos, já inscritos em seus fundamentos doutrinários, assim como uma leitura do dispositivo legal dentro de uma compreensão sistemática no ordenamento jurídico (Vilas-Bôas, 2010).

Além dos métodos de interpretação clássica e contemporâneos, deve o hermeneuta estar ciente que seu desenvolvimento deve estar baseado sobre princípios norteadores da hermenêutica. Ao intérprete, caberá visualizar os casos concretos e determinar em caráter generalista e abstrato, uma visão ampla sobre a situação, permitindo, muitas vezes, superar o legalismo jurídico escrito no sistema, a fim de alcançar a solução mais justa. Porém, esses mesmos princípios funcionam como limitantes interpretativos, gerando uma exclusão da subjetividade infundamentada do aplicador, com intuito de reduzir o seu poder de

discricionariedade e impondo-lhe a necessidade de fundamentar seu entendimento (Vilas-Bôas, 2010).

Apesar dos princípios serem importantes e obrigatórios orientadores do intérprete, é presente na doutrina a divergência entre quais seriam os princípios necessários para orientação. Sendo assim, iremos apresentar o entendimento majoritário defendido por José Joaquim Gomes Canotilho.

2.3.2.1 Princípios da Hermenêutica - J. J. Gomes Canotilho

Observando-se a doutrina majoritária acerca de limitações ao exercício hermenêutico, destacam-se diversos princípios, esses interligados de maneira direta ou indireta ao ordenamento jurídico, a fim de preservar o normativismo.

Vinculado aos valores constitucionais, pode-se abordar acerca da Unidade da Constituição, no qual as normas devem ser interpretadas sobre uma sistemática, e não individualizadas, a Máxima Efetividade, aonde tal interpretação deve zelar pela melhor aplicabilidade, bem como o princípio do Efeito Integrador, no qual a sua interpretação deve zelar pelo reforço político social, fortalecendo o laço da unidade (Canotilho, 1993). Outro princípio essencial é o da Harmonização, vinculado principalmente aos princípios relacionados aos direitos fundamentais. A partir dele, deve-se evitar a supressão total de bens jurídicos no caso de conflitos, com intuito de manter a estabilidade do ordenamento, conforme teorizado anteriormente por Alexy (Canotilho, 1993).

Outros princípios vinculados aos valores do ordenamento constitucional seriam o da Conformidade Funcional e o da Força Normativa da Constituição. Em relação a esse, a interpretação deve estar vinculada aos pressupostos de possibilidade de aplicação, para não se gerar uma aplicação contra legem ou uma não identidade entre o texto e a realidade social (Canotilho, 1993). Já no que diz respeito àquele, sua matéria está vinculada ao viés orgânico da Constituição, no

qual o intérprete não pode desconstruir a distribuição das competências oriundas da Constituição, reforçando a perspectiva de manutenção da organização do Estado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da investigação realizada, percebeu-se que a estrutura conceitual fornecida pela hermenêutica filosófica é de grande proveito dentro da ciência jurídica, pois ela elucida o processo de interpretação e as condições envolvidas na aplicação do Direito.

Como principal teórico da hermenêutica filosófica, Hans-Georg Gadamer possuiu função significativa na elaboração dos fundamentos das ciências humanas como um todo, que conservam o ato hermenêutico como paradigma. Neste sentido, suas categorias sobre a linguisticidade como possibilidade transcendental da experiência humana no mundo e a interpretação do texto como um encontro do horizonte do intérprete com o do texto são de grande valor para os juristas. Tais conceitos estão presentes em como a linguagem impacta a ação do operador do Direito, e também na atuação do intérprete que aplica a um caso concreto uma lei que só se normatiza concretamente quando efetivada, exercício que sempre é influenciado pelo horizonte e pré-compreensão do indivíduo.

Atrelado a isto, as noções principiológicas de Dworkin e Alexy na aplicação dos princípios constitucionais estão em consonância com as noções filosóficas apresentadas anteriormente. Ambos os autores percebem o caráter interpretativo do direito, cuja objetividade não é plena. Portanto, o método de ponderação dos princípios e sua diferença qualitativa das regras jurídicas são instrumentos pertinentes no que se refere a casos em que princípios gerais do Direito conflitam por causa das particularidades da situação concreta.

Ao se observar a aplicação dos princípios constitucionais na esfera jurídica brasileira, que, como foi dito, adota o entendimento de J. J. Gomes Castilho de forma majoritária, percebeu-se a existência de uma busca pela objetividade na aplicação constitucional, ainda que seja unânime, do ponto de vista hermenêutico, que a relatividade sempre estará presente nas interpretações constitucionais. Todavia, a construção de orientações hermenêuticas para o intérprete em seu tratamento com a Constituição mostra-se de grande mérito na busca por segurança jurídica.

Assim, sugere-se, para futuras pesquisas, a análise de situações concretas em que a interpretação jurídica foi condicionada segundo os pressupostos da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, recomenda-se que os juristas diretamente influenciados pelos pontos de vista hermenêuticos, a exemplo, Ronald Dworkin, Karl Larenz, Arthur Kaufmann e Lenio Streck sejam analisados de forma abrangente e considerados inspirações no que se refere a desenvolver - no contexto jurídico - os fundamentos de uma abordagem filosófica para os princípios gerais do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Jandira: Principis, 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo,** v. 230, 2002.

CONSELVAN, Jussara Seixas. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia - Unibrasil,** Curitiba, vol. 5, 2009. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/132/129. Acesso em: 26 ago. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 12. ed. Barueri: Atlas, 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais corno diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica:** do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito. 2017. 48 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2002.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SEIBT, Cesar Luis. Dupla estrutura do conhecimento em heidegger - explicar e compreender. **Revista PERI,** Belém, n.1, 11 jul. 2016. Disponível em: https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/view/1252. Acesso em: 26 ago. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA QUESTÃO INTRIGANTE. **Consilium-Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, v.1, maio/ago.2010. Disponível em: https://urlc.net/M9Yg. Acesso em: 30 ago. 2024.

HOMOTRANSFOBIA: DESVENDANDO OS LIMITES E AS IMPLICAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carolina Pacheco da Silva[1]
Diana Casarin Zanatta[2]
Ianko Bombana Bernstein[3]
Roberta Cristina Pilatti Zucchi[4]

RESUMO

O artigo aborda o enquadramento da homotransfobia como crime pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, destacando as implicações jurídicas e institucionais dessa decisão. A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, o estudo explora o entendimento doutrinário e jurisprudencial existente, dado o contexto de divergência quanto ao posicionamento da Suprema Corte. O método de abordagem utilizado foi o hipotético dedutivo e como métodos procedimentais foram utilizados o histórico e o comparativo. A decisão do STF de estender a aplicação de leis penais para incluir a homotransfobia, sem intervenção legislativa, estabelece um precedente significativo. Se a decisão contribui para uma melhor compreensão e atendimento dos direitos humanos de um segmento da população brasileira em situação de vulnerabilidade, a longo prazo, pode influenciar a jurisprudência de maneira profunda, contribuindo para uma concentração de poder no Judiciário e gerando impactos no equilíbrio entre os poderes e na segurança do sistema jurídico. Assim, frente à controvérsia sobre as diversas justificativas para o teor das decisões, admite-se a possibilidade de a Suprema Corte ter ultrapassado os limites de sua competência. Portanto, é pertinente questionar se

[1] Graduanda em Direito, 6º semestre, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, Campus de Erechim. Estagiária do Tribunal de Justiça/RS, Gabinete 1ª Vara Cível de Erechim/RS. *E-mail*: 053306@aluno.uricer.edu.br.

[2] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI) Campus de Santo Ângelo. Professora de graduação do Curso de Direito da URI Erechim/RS, Delegada de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail*: dianazanatta@uricer.edu.br.

[3] Graduando em Direito, 10º semestre, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, Campus de Erechim. Estagiário do Ministério Público/RS, Gabinete 4ª Promotoria Criminal de Erechim/RS. *E-mail*: 097034@aluno.uricer.edu.br.

[4] Graduanda em Direito, 6º semestre, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, Campus de Erechim. Estagiária do Tribunal de Justiça/RS, Gabinete 2ª Vara Judicial de Getúlio Vargas/RS. *E-mail*: 101815@aluno.uricer.edu.br.

o STF não acabou por invadir a função própria do legislador, configurando, assim, um caso de *analogia in malam partem*.

Palavras-chave: homotransfobia; criminalização; legalidade; lacuna; racismo.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento conjunto do Mandado de Injunção (MI) n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26, determinando o enquadramento da homotransfobia como crime de racismo, disposto na Lei n.º 7.716/89 e no Código Penal. Para tanto, o Supremo baseou-se na constatação da existência de uma lacuna legislativa em relação à criminalização dessa forma de preconceito. O julgamento, embora celebrado por muitos como uma vitória dos direitos humanos da comunidade LGBTQIAPN+[1], também suscitou intensos debates sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, a separação de poderes e o respeito ao princípio da legalidade.

O artigo visa expor as controvérsias quanto à criminalização da homotransfobia pelo STF, abordando questões como a alegada lacuna legislativa que justificaria a intervenção judicial, a possível quebra do princípio da legalidade, a divisão de competências entre os três poderes, a necessidade de harmonia entre eles e a teoria dos freios e contrapesos. Além disso, será analisado o alcance da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733, com o intuito de verificar se o Supremo teria excedido ou não nos limites das ações ao proferir sua decisão.

Utilizou-se, como método de abordagem, o hipotético-dedutivo. Pelo processo de inferência dedutiva, testou-se, por um lado, a possibilidade da

[1] Lésbicas, gays, bi, trans, queer/questionando, intersexo, assexuais/arromânticas/agênero, pan/poli, não-binárias e mais (Perassoli; Silva, 2020).

ocorrência de invasão de campo típico do Congresso Nacional. Por outro, a simples utilização do mecanismo da interpretação extensiva. Além disso, como métodos procedimentais, foi empregado, num primeiro momento, o método histórico, para compreender a competência para elaboração da legislação, bem como as origens dos institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Num segundo momento, servindo-se do método comparativo, a proposta foi indicar a controvérsia contida na multiplicidade de justificativas para o enquadramento da homotransfobia nos delitos relacionados ao racismo, previstos na Lei n.º 7.716/89 e no Código Penal.

A análise proposta é relevante para o entendimento das relações entre os poderes no Brasil e para a discussão sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em temas sensíveis, como a criminalização de condutas sociais. O artigo visa contribuir para o debate jurídico acerca do papel do STF na proteção de direitos fundamentais e os limites que devem ser observados para garantir o funcionamento equilibrado do Estado Democrático de Direito.

2 O PRECONCEITO, A DISCRIMINAÇÃO E O RACISMO: DEFINIÇÕES E PANORAMA LEGISLATIVO

A homofobia pode ser identificada quando há um tratamento preconceituoso em função do desejo sexual por pessoas de mesmo sexo, isto é, está calcada na orientação sexual do indivíduo. Já a transfobia conceitua-se como a discriminação fundamentada na identidade de gênero do outro, a qual foge do padrão binário socialmente construído (Da Cruz *et al.*, 2023). A LGBTfobia, também conhecida como homotransfobia, é o termo utilizado para identificar as violências cometidas contra a população LGBTQIAPN+, uma espécie do gênero racismo social (Rios, 2020).

No Brasil, o preconceito em geral integra o inconsciente de relevante parte da população, imersa em um histórico intolerante (Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão, 2024), apesar dos princípios norteadores da hermenêutica constitucional, considerando, também, os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Os atos originados do preconceito de homotransfobia representam uma violação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, especialmente daqueles atinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O conceito de racismo está ligado à inferiorização de determinados grupos com base em seus traços fenotípicos e genotípicos (Da Cruz *et al.*, 2023). Ao mesmo tempo, a Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989, tipifica, em seu art. 1º, "os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (Brasil, 1989).

A Organização das Nações Unidas (ONU) disciplina que os Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição (Organização Das Nações Unidas, 1948). Os direitos humanos constituem "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional" (Peres Luño, 1995).

Assim, a fim de satisfazer as exigências sociais fruto do processo histórico pós-moderno e propiciar a positivação dos desdobramentos do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, o Estado brasileiro é signatário de inúmeros tratados internacionais cujo objetivo é combater as formas de discriminação, com preponderância do racismo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, é o documento basilar no que tange ao enfrentamento de preconceitos.

Em seguida, destaca-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, principal convenção das Nações Unidas contra o racismo, a qual foi ratificada pelo Brasil, com a edição do Decreto n.º 65.810/69 (Brasil, 1969).

Já na esfera do sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, sobressai-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elaborada em 1969. Nesse âmbito, o Brasil, enquanto signatário, comprometeu-se a proteger todos os direitos sem discriminação, incluindo a discriminação racial (Brasil, 1992).

Por último, em 2022, foi promulgado o Decreto n.º 10.932, implementando no país a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Nele, o Brasil prometeu, perante à comunidade internacional, atuar para prevenir, eliminar, proibir e punir todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância (Brasil, 2022).

Nessa perspectiva, ao avançar para a esfera interna, a Constituição de 1988, em seu artigo 3°, inciso IV, proíbe expressamente todas as formas de preconceito, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (Silva, 2003).

Adiante, a Constituição Federal de 1988 aborda expressamente a desigualdade racial em seu rol de direitos fundamentais. Nesse sentido, os incisos XLI e XLII do artigo 5° da Lei Maior preceituam, respectivamente, que "a lei punirá qualquer ação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" e que "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" (Brasil, 1988). Ou seja,

o combate ao racismo, especificamente, alcança a legislação interna a partir de um movimento mundial, auferindo ainda maior relevância nacionalmente com a promulgação da Lei n.º 7.716/89, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

3 A DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS TRÊS PODERES

A Constituição Federal consagrou como cláusula pétrea o modelo da Tripartição dos Poderes idealizado por Montesquieu, instituindo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si (Montesquieu, 2005). De acordo com esse princípio, o ente competente para criar e ordenar as leis é o Poder Legislativo, ao passo que o Poder Judiciário é incumbido de julgar os conflitos, mediante a aplicação das leis existentes, com o intuito de assegurar a concretização dos direitos dos cidadãos (Figueiredo; Silva, 2023).

O pensador francês também esboçou a teoria do Sistema de Freios e Contrapesos (*check and balances*), que institui mecanismo de interferência recíproca e coordenação entre os Poderes da República. Deste modo, cada um dos três poderes possui funções típicas (primárias) e atípicas (secundárias), a fim de garantir a harmonia entre suas atribuições e os limites de sua atuação, como preceituado pelo artigo 2° da Constituição Federal de 1988. Assim, as funções ordinárias de cada poder correspondem às funções excepcionais dos demais (Braga; Cabral Neto; Dutra, 2021).

A teoria dos freios e contrapesos sustenta que cada poder deve ter mecanismos para limitar a atuação dos outros, evitando abuso e garantindo que nenhum poder se sobreponha aos demais. Esses mecanismos são fundamentais para manter o equilíbrio institucional e proteger as liberdades individuais (Braga; Cabral Neto; Dutra, 2021). No sistema brasileiro, os freios e contrapesos são exercidos de diversas formas, como o veto presidencial (poder Executivo) sobre leis

aprovadas pelo Legislativo, o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre atos legislativos e executivos, e a fiscalização e o controle exercidos pelo Legislativo sobre o Executivo.

A harmonia entre os poderes é essencial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Cada poder deve atuar dentro de suas competências constitucionais, evitando interferências que comprometam a independência e a eficácia dos demais.

4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é uma pedra angular do Direito Penal moderno, consagrado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal brasileira: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (Brasil, 1988). Esse princípio assegura que ninguém pode ser punido por um ato que não esteja claramente definido como crime pela lei antes de sua prática, garantindo previsibilidade e segurança jurídica. A legalidade é uma expressão do Estado de Direito, ao impor limites ao poder punitivo do Estado e ao proteger os indivíduos contra a arbitrariedade.

No contexto penal, o princípio da legalidade também é conhecido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que implica a necessidade de uma lei escrita, clara e prévia para definir crimes e penas (Cunha, 2023). Essa exigência, reforçada no artigo 1º do Código Penal brasileiro, garante que os cidadãos saibam antecipadamente quais condutas são consideradas ilícitas e quais sanções podem ser aplicadas, permitindo que ajam consoante a lei.

5 AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) E MANDADO DE INJUNÇÃO (MI): LIMITES E OBJETIVOS

A ADO e o MI são instrumentos constitucionais que visam garantir a eficácia de direitos fundamentais em caso de omissão legislativa (Figueiredo; Silva, 2023). A ADO visa combater a inércia do ente Legislativo ou do Executivo na edição de normas regulamentadoras necessárias ao exercício de direitos constitucionais. O MI, por sua vez, é utilizado para suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais (Silva, 2015).

Esses instrumentos foram criados para garantir que omissões normativas não resultem em violações de direitos fundamentais, assegurando a plena eficácia da Constituição. No entanto, sua utilização deve respeitar os limites constitucionais, evitando que o Judiciário substitua o papel do Legislativo na criação de normas gerais e abstratas.

A ADO faz parte do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, o que significa que para tutelar a própria Constituição, declara-se a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado preceito normativo (Zavascki, 2000). Nessa perspectiva, caso o STF reconheça a omissão inconstitucional, procederá a cientificação ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (Brasil, 1988).

Já o Mandado de injunção faz parte do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nos termos dispostos no art. 5º, LXXI, da CF/88 (Brasil, 1988).

O objeto do MI é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivas, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que possibilite sua

fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes. Os pressupostos são a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania e a falta de norma regulamentadora (originária da Constituição) que impeça ou prejudique a fruição deste direito.

No que tange aos efeitos do Mandado de Injunção cabe esclarecer que com a promulgação da Carta Magna, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o Mandado de Injunção tinha por finalidade apenas reconhecer a inércia do legislador na regulamentação das normas programáticas, determinando o saneamento dessa omissão. Contudo, ao longo das décadas, objetivando a promoção da liberdade e da efetiva igualdade, o Tribunal Constitucional evocou para si o dever de concretizar o desejo do constituinte originário, o qual não estava sendo atendido somente pelo mero apelo pela purgação da mora legislativa do ente omisso (Enterria, 1988). Diante das fortes críticas da doutrina, a Corte passou a adotar a tese concretista e, com isso, editar o regulamento faltante, viabilizando o exercício dos direitos e liberdades que a Constituição buscou preservar. Esta mudança de paradigma deu-se em 2007, no julgamento de três Mandados de Injunção que buscavam assegurar o direito de greve do servidor público (Alves; Approbato; Tarrega, 2021).

6 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ADO n.º 26 foi proposta pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) em 2013, visando suprir uma alegada omissão legislativa na criminalização de atos de homofobia e transfobia. Argumentou-se que o Congresso Nacional, ao não aprovar legislação específica para proteger a população LGBTQIAPN+ contra a discriminação, teria violado preceitos fundamentais

garantidos pela Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade perante a lei (Brasil, 2019a).

O MI n.º 4733, por sua vez, foi impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS) em 2017, com fundamentos semelhantes aos da ADO n.º 26, requerendo que o STF constatasse a mora legislativa e determinasse a aplicação das normas da Lei n.º 7.716/1989 (Lei do Racismo) às condutas homotransfóbicas, até que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria (Brasil, 2019b).

Em junho de 2019, o STF, ao julgar conjuntamente a ADO n.º 26 e o MI n.º 4733, decidiu, por maioria de votos, equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, conforme tipificado na Lei n.º 7.716/1989. A Corte fundamentou sua decisão na interpretação extensiva da lei, argumentando que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero poderia ser considerada uma forma de racimo social, uma vez que também se trata de discriminação contra determinado grupo social vulnerável (Brasil, 2019a). Nesse sentido, em seu voto, o Ministro Celso de Mello elucidou tal enquadramento:

> Na realidade, o sentido de "raça" – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social. É por essa razão que o conceito geral e abstrato de racismo reveste-se de caráter amplo, sob cuja égide tornam-se enquadráveis as práticas de homofobia ou de transfobia (Brasil, 2019a).

A decisão baseou-se na dimensão social do racismo, consagrada no caso Ellwanger (Brasil, 2003), no qual a discriminação contra judeus foi considerada preconceito racial. Assim, constituindo o Poder Legislativo em mora formal, a Corte utilizou-se mais uma vez da teoria concretista para interpretar o texto constitucional. A esse respeito,

> Finalmente, destacamos o julgamento da ADO 26 (em conjunto com o MI 4.733), na qual, de maneira inovadora, o STF adotou a posição concretista, geral e com efeito vinculante. Assim, diante da existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, a Corte cientificou o Congresso Nacional, constituindo-o em mora formal. Contudo, sem dar qualquer prazo ou obrigar o Congresso Nacional a legislar, o STF deu interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação, inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5.º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº. 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. A fundamentação considerou, nos termos do voto referenciado, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas consideram-se racismo social, na medida em que importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. O julgamento também considerou que tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão (Lenza, 2022, p. 366-367).

A decisão do Supremo foi recebida com aplausos por ativistas e defensores dos direitos humanos, que a consideraram um passo importante para a proteção da comunidade LGBTQIAPN+ (Oliveira; Barbieri, 2019). Contudo, gerou também críticas significativas de juristas e políticos, que questionaram se a Corte não teria extrapolado suas competências ao criar uma nova tipificação legal, algo que, segundo a Constituição Federal, é de competência exclusiva do Poder Legislativo (Da Cunha, 2022).

7 A GARANTIA DE DIREITOS À COMUNIDADE LGBTQIAPN+ DIANTE DA INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

Embora os preconceitos de homofobia e transfobia estejam enraizados na mentalidade da sociedade do país há séculos, o legislador, em uma lógica conservadorista, manteve-se inerte frente a tal conjuntura violenta, ao deixar de

exercer seu dever constitucional típico. Ou seja, não tomou nenhuma medida legislativa hábil a coibir os atos preconceituosos e o cometimento de novos delitos dessa natureza. Desse modo, considerou-se que a comunidade LGBTQIAPN+ encontrava-se desamparada perante a legislação penal (Pedrosa; Siqueira, 2023).

Os brasileiros, em relevante parcela, ainda perpetuam pensamentos e atitudes homotransfóbicas atualmente. Assim, deputados e senadores, enquanto representantes do povo, discutem as ideias de seu eleitorado e buscam atender aos seus interesses, enquanto as ideologias conservadoras ganham ascensão na sociedade brasileira moderna. Por essa razão, o legislador mantém-se omisso e resistente perante a proposta de criminalização dos delitos relacionados a violência de gênero e de orientação sexual. No ponto, líderes religiosos, enquanto integrantes do eleitorado conservador, temem uma possível violação ao direito de liberdade de expressão ou de culto (Dias, 2010).

Nesse sentido, o projeto de lei (PL) complementar 122, apresentado em 2001, que visava alterar a Lei n.º 7.716/89, tramitou na casa legislativa por cerca de doze anos. O projeto de lei planejava incluir entre os crimes resultantes de preconceito a discriminação por gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Todavia, após passar pela Câmara de Deputados, o PL foi arquivado no Senado Federal em 2015 (Agência Senado, 2015). Nota-se, portanto, que o legislador brasileiro nunca esteve interessado em incluir a expressão orientação sexual na lei de crimes de discriminação racial (Nucci, 2020).

Em contraponto, no ano de 2023, foram registradas 230 mortes de pessoas LGBTQIAPN+ de forma violenta no Brasil, sendo 184 assassinatos, 18 suicídios e 28 mortes por outras causas (Observatório de Mortes e Violência contra LGBTI+ no Brasil, 2023). As estatísticas evidenciam uma triste realidade: o Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIAPN+ em todo o mundo pela 14ª vez consecutiva (Accarini, 2024). Nesse sentido, é evidente a necessidade de proteção de tal

minoria, a qual tem seu direito à vida e a dignidade humana diariamente violado no país.

Deste modo, após o arquivamento do projeto que tramitava há mais de uma década sem assegurar a efetiva proteção ao grupo LGBTQIAPN+, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais impetrou o Mandado de Injunção n.º 4.733 solicitando urgência na apreciação do tema, defendendo que a criminalização seria medida absolutamente necessária para não ser inviabilizado faticamente o exercício da cidadania da população LGBT brasileira (Cardinali, 2017).

Veja-se que, desde o início desta década, vem sendo adotada a teoria concretista pelos Tribunais Superiores, que amplia os efeitos das decisões proferidas para além de notificar a casa Legislativa sobre a omissão, determinando, em seu teor, como serão dirigidas as relações jurídicas até que uma lei posterior sobrevenha. Em consequência, perdurando a inércia do legislador competente, o Poder Judiciário aplicará, quando cabível, outros diplomas normativos, mediante analogia ou interpretação extensiva (Braga; Cabral Neto; Dutra, 2021).

Ademais, sabe-se que a interpretação extensiva é possível, desde que, tenha como intuito, alcançar a plenitude da lei e que não se insira nesta, fatos novos. Para Barroso (2012), existe um ativismo judicial no Brasil, tendo em vista que se passou a aplicar diretamente as regras da Constituição vigente, mesmo não havendo leis específicas. Em outros termos, aplica-se diretamente a Constituição Federal, especificamente no que tange a direitos e garantias fundamentais. Assim, quando ocorre uma omissão por parte do legislador, resultando na violação de Direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição, o ativismo judicial permite a aplicação efetiva da própria Constituição (Barroso, 2012).

Nesse contexto, a interpretação extensiva caracteriza-se como um mecanismo interpretativo da lei penal, o qual se baseia no emprego literal da lei já disponível no ordenamento jurídico (Especiato; Especiato, 2023). Assim, sua premissa é a aplicabilidade das normas positivadas em conflitos polêmicos que surjam na sociedade. Dessa forma, estende-se a aplicação para atos sem pré-positivação existente, quando tais delitos cometidos possuam igual natureza e idêntica realidade.

Nessa lógica, o STF não feriu o princípio da legalidade, pelo contrário, preservou-o, ao não utilizar nenhum processo de semelhança, típico da integração de uma norma por analogia. Em verdade, a Corte Constitucional não disse que racismo é igual à orientação sexual, tratando-se, no entanto, de situações análogas, por processo de similitude, mediante a interpretação evolutiva. Esse mecanismo hermenêutico envolveu o racismo e, consequentemente, uma nova abordagem ao termo raça, na contemporaneidade, diante da evolução científica na descoberta do genoma humano e demonstração da igualdade genotípica dos indivíduos, de forma a transcender a definição ultrapassada. Ou seja, obviamente, a orientação sexual e a identidade de gênero não se relacionam com o conceito antigo de raça, assim como o judaísmo, para o qual foi usado esse mesmo critério no caso Ellwanger, sem críticas à época. O racismo hoje é segregação de minorias, tendo, então, toda relação com os homossexuais e transsexuais, por serem vítimas dessa dominância (Nucci, 2020).

Assim, consoante o conceito apresentado pelo Ministro Celso de Mello, no voto da ADO nº 26 e MI nº 7.433, o racismo hoje compreende uma dimensão social, projetando uma índole histórico-cultural, motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade destinada ao controle ideológico e a dominação política, a subjugação social e a negação de alteridade, dignidade e humanidade daqueles que integram um grupo vulnerável (Brasil, 2019a). Dessa forma, os integrantes do grupo

LGBTQIAPN+, por não pertencerem ao estamento que detém a posição de hegemonia em uma determinada estrutura social, são considerados estranhos, diferentes e degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência, à odiosa inferiorização e perversa estigmatização (Nucci, 2020).

No mais, é cabível esclarecer que não haverá qualquer espécie de privação do direito à liberdade de culto e de crença, muito menos liberdade de pensamento, sendo vedada, contudo, a pregação de ódio e de eliminação de indivíduos (Nucci, 2020). Em suma, para garantir a dignidade humana da minoria em questão, a decisão do Supremo Tribunal Federal utilizou-se dos princípios basilares da Constituição Federal e de tipos penais anteriormente existentes. A corte aplicou-os ao caso concreto, assegurando a devida punição para delinquentes que praticam violência contra pessoas em razão do preconceito à comunidade LGBTQIAPN+ (Brasil, 2019a).

8 O EXCESSO NO JULGAMENTO DO STF: PARA ALÉM DA DECISÃO, A CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO PENAL

A decisão do STF na ADO n.º 26 e no MI n.º 4733 levanta importantes questões sobre a divisão de competências entre os três poderes, especialmente no que tange à atuação do Judiciário em face de supostas omissões legislativas. Como já visto, a Constituição brasileira vigente estabelece uma clara divisão de funções: o Poder Legislativo é responsável por criar as leis, o Executivo por administrá-las, e o Judiciário por interpretá-las e garantir sua aplicação (Brasil, 1988). No entanto, a interpretação do STF de que a homotransfobia poderia ser equiparada ao crime de racismo, mediante uma extensão do alcance da Lei n.º 7.716/1989, suscitou debates sobre a possibilidade de o Judiciário ter ultrapassado seus limites constitucionais.

O STF, ao julgar a ADO n.º 26 e o MI n.º 4733, fundamentou sua decisão na proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, uma medida essencial em um Estado Democrático de Direito. No entanto, ao assumir um papel que tradicionalmente pertence ao Legislativo - a criação de novos tipos penais ou a modificação dos existentes-, a Corte pode ter comprometido o equilíbrio de competências delineado pela Constituição.

Embora a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ seja um objetivo legítimo e urgente, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao participar do julgamento da ADO nº26 e MI nº7.433, emitiu voto divergente e minoritário. Segundo ele, o STF, ao decidir dessa maneira, parece ter ultrapassado seu papel constitucional. Ao invés de aplicar a lei existente, a Corte interpretou-a de maneira a incluir situações que o legislador original não havia previsto expressamente. Tal interpretação pode ser vista como uma violação do princípio da reserva legal, que exige que a definição de crimes e penas seja feita por lei formal, oriunda do Parlamento (Brasil, 2019a).

Lewandowski argumentou, ainda, que a decisão do STF pode ter violado a soberania do Poder Legislativo, responsável por deliberar sobre a criação de normas penais (Brasil, 2019a). O reconhecimento de uma lacuna legislativa e a consequente intervenção judicial podem, em casos como este, abrir precedentes preocupantes para a atuação do Poder Judiciário em outras áreas, onde a criação de normas deveria ser exclusividade do Poder Legislativo, tal como apontou o Ministro Marco Aurélio Mello, em voto divergente, que também restou vencido, no julgamento da ADO n.º 26 e MI nº7.433 (Brasil, 2019a).

O STF ao decidir pela equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, interpretando a Lei n.º 7.716/1989 de forma extensiva para incluir condutas homotransfóbicas, levanta sérios questionamentos também em relação ao princípio da legalidade. Em particular, argumenta-se que ao expandir o alcance de uma norma

penal já existente sem a intervenção do Poder Legislativo, criou um novo tipo penal sem o devido processo legislativo (Amorim; Amorim; Pereira, 2021).

Nessa lógica, o caminho optado pelos votos vencedores no julgamento, visando a concretização de suas convicções, beira a intercorrência de um instituto proibido em matéria penal, qual seja, a analogia *in malam partem*, isto é, um método para aplicação de regra já existente de modo a solucionar o caso concreto que seja semelhante, para o qual não exista expressa regulamentação legal, criando ilícitos penais ou agravando a punição dos já existentes (Estefam; Gonçalves, 2022). Em resumo, foi criado um novo tipo penal sem a edição de nova lei - o que é vedado, em função dos princípios supracitados - e ignorando uma importante etapa do protocolo legal para situações de julgamento procedente de uma ADO: a notificação do Poder competente para adoção das providências cabíveis, em um determinado prazo.

A decisão do STF, ao equiparar a homotransfobia ao racismo, pode ser vista como um exemplo de desequilíbrio também no sistema de freios e contrapesos. Ao exercer um papel que normalmente caberia ao Legislativo — a criação de tipos penais — o STF coloca-se numa posição de sobreposição em relação ao Parlamento, comprometendo potencialmente o sistema de *checks and balances*, antes explicitado.

Se o Judiciário pode legislar em casos de omissão, isso pode enfraquecer o papel do Legislativo e criar um cenário em que as decisões mais importantes para a sociedade sejam tomadas por um órgão não eleito diretamente pelo povo. Isso também pode incentivar o Legislativo a abdicar de sua responsabilidade, esperando que o Judiciário preencha lacunas, o que distorce o equilíbrio de poder idealizado pela Constituição.

A decisão do STF pode ser interpretada como um ato de ativismo judicial. Essa postura judicial ativa, embora impulsionada por uma nobre intenção de

proteger direitos, pode ser vista como uma interferência indevida na esfera de atuação do Legislativo. Ao interpretar de forma extensiva uma lei existente, para abarcar condutas que não estavam expressamente previstas pelo legislador, o STF não apenas interpretou a norma, mas efetivamente criou uma nova norma penal, sem o devido processo legislativo. Segundo Da Cruz *et al.* (2023), essa atuação do Judiciário pode ser considerada uma forma de legislação negativa, na qual o tribunal, ao invés de meramente invalidar uma norma por inconstitucionalidade ou declarar a omissão do Legislativo, cria um novo arranjo normativo por meio de sua interpretação.

O problema central dessa abordagem é que ela viola a separação dos poderes, uma vez que a criação de tipos penais deve ser uma prerrogativa exclusiva do Legislativo, órgão democraticamente eleito e, portanto, diretamente responsável perante o povo. Além disso, ao agir dessa maneira, o STF pode ter estabelecido um perigoso precedente, no qual outras questões sociais e políticas poderiam ser resolvidas pela via judicial, ao invés de passar pelo crivo do debate legislativo.

Essa postura pode levar a um enfraquecimento da função legislativa, já que o Parlamento pode se sentir desobrigado a atuar em certas áreas, na expectativa de que o Judiciário intervenha para suprir eventuais lacunas. O risco é que, ao se permitir que o STF atue como legislador em casos de omissão, o princípio da separação de poderes seja corroído, o que pode gerar insegurança jurídica e diminuir a confiança das instituições públicas.

Portanto, a atuação do STF na ADO nº 26 e no MI nº 4733 pode ser vista como uma forma de ativismo judicial que ultrapassou os limites estabelecidos pela Constituição. Ao se sobrepor ao Legislativo e assumir a função de criar ou modificar normas penais, o STF compromete a harmonia e o equilíbrio entre os poderes, pilares essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A preservação dessas competências delimitadas é crucial para evitar que o Judiciário se torne um legislador positivo, minando a legitimidade das leis que devem ser criadas por representantes eleitos (Braga; Cabral Neto; Dutra, 2021).

Essa extrapolação gera um precedente que pode ser problemático para futuras decisões, não apenas no que tange à criação de tipos penais, mas também em outras áreas onde o Judiciário possa se sentir compelido a agir diante de omissões legislativas. Isso pode comprometer a previsibilidade do Direito e minar a confiança nas instituições democráticas, especialmente no que se refere ao papel do Legislativo como representante direto da vontade popular.

9 CONCLUSÃO

A decisão do STF no julgamento da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733 representa um marco importante na proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, mas também levanta sérias questões sobre o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, a dúvida que persiste é se o STF adentrou na competência do Legislativo ou apenas se utilizou dos institutos da ADO e do MI, pertencentes a sua atribuição.

Diante da controvérsia sobre a multiplicidade de justificativas para o conteúdo das decisões, é admissível a possibilidade de a Suprema Corte ter excedido os limites de sua competência. Assim, pode-se questionar se o STF não acabou adentrando na função reservada ao legislador, caracterizando, então, uma ocorrência de analogia *in malam partem*.

Não se pode descartar o aproveitamento adequado da interpretação extensiva como solução provisória para uma relevante problemática social, agravada pela mora legislativa existente. Entretanto, o reconhecimento de uma lacuna legislativa e a consequente intervenção do STF, embora bem-intencionados,

podem comprometer a harmonia entre os poderes e enfraquecer o sistema de freios e contrapesos, essenciais para o equilíbrio institucional.

É indiscutível a magnitude do problema social relacionado à homotransfobia no Brasil, uma vez que constitui violação dos direitos individuais constitucionais dos componentes do grupo LGBTQIAPN+. Contudo, não menos importante é a observância das prerrogativas e os limites de competência de cada um dos poderes, além dos princípios constitucionais, pois também são essenciais à adequada criação de lei apta a tipificar tais condutas preconceituosas e a positivar a respectiva punição dos agentes.

Assim, é necessária a cautelosa aplicação de leis existentes para incluir novas condutas criminais, dado que sem a intervenção legislativa, abre-se um precedente para que futuros julgamentos possam exceder os limites do Poder Judiciário. Cabe frisar que o Estado brasileiro é democrático de direito, ou seja, se funda no princípio da soberania popular.

REFERÊNCIAS

ACCARINI, André. **Brasil lidera ranking de países que mais matam LGBTQIA+. Maioria é de pessoas trans**. CUT. 26 /01/2024. Disponível em: https://www.cut.org.br/noticias/brasil-lidera-ranking-de-paises-que-mais-matam-lgbqtqia-maioria-e-de-pessoas-tra-6f58#:~:text=Os%20n%C3%BAmeros%20da%20viol%C3%AAncia%2C%20apresentados,mundo%20pela%2014%C2%AA%20vez%20consecutiva. Acesso em: 31 ago. 2024.

AGÊNCIA SENADO. **Projeto que criminaliza homofobia será arquivado**. 07/01/2015 Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado#:~:text=O%20PLC%20122%20altera%20a,sexual%20ou%20identidade%20de%20g%C3%AAnero. Acesso em: 31 ago. 2024.

ALVES, Felipe Freitas de Araújo; APPROBATO, Ana Patricia Ribeiro; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O mandado de injunção à luz das teorias das lutas por reconhecimento das comunidades LGBTQ+. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo**. v. 21. n. 40. p. 195-207. maio/ago. 2021. DOI: http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v21i40.410. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/85745710/180-libre.pdf?1652098591=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO_Mandado_De_Injuncao_A_Luz_Das_Teorias.pdf&Expires=1725374420&Signature=PQ9q19sa0gpZRen~ZMNvULPaDHV~1kb1zemH64i-CDLicjcX5d0mivWOtPjlUaP3hT4zJTdkwZeHraQOvzeWUMBbW8saV3hecrQPZQIKFN0vjTuCBiD~nPEOL~47IoJd1WuylzCcF2TW2FdyvgPHAeHeg~VGNg2IleBUIyAdBx8LOB4xlw87GSPTldVIM6FkbJ9ysfR3P21NdWHozq4JcMbm1rty~Nvy7KZiGh9rGfALo~dur0u0sPpD7GSHCuciMxQVXcQYPaEJoW4N0DVEGtXRm8fqM~CRkanSi~yvIKoNRl4wpI5njhS85wFioqv1cLstfVw768paIw07UcbgBA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 31 ago. 2024.

AMORIM, Arthur Borges; AMORIM, Eduardo Borges; PEREIRA, Ana Cláudia Negrão. O entendimento do supremo tribunal federal a respeito da transfobia e homofobia como racismo. ***Brazilian Journal of Development***, *[S. l.]*, v. 7, n. 12, p. 118120–118150, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n12-529. Disponível em: https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/41491. Acesso em: 5 mar. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Anne Christine dos Santos; CABRAL NETO, Cícero Álvares; DUTRA, Graciele Neto Cardoso. O ativismo judicial e a decisão do supremo tribunal federal sobre a equiparação da homofobia ao crime de racismo: análise da ADO nº 26 e MI nº 4733. **Anais do 24° Simpósio de TCC do Centro Universitário ICESP**, n. 21, p. 231-245, 2021. Disponível em: http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/028aa020319998b93a8635e6269f411a.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto n°65.810, de 08 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sôbre a Eliminação de tôdas as Formas de Discriminação Racial. Brasília-DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília-DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília-DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** nº 26/DF. Plenário. Relator: Min. Celso de Mello, 13/06/2019a. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733/DF. **Direito Constitucional. Mandado de Injunção.** Dever do Estado de Criminalizar as Condutas Atentatórias dos Direitos Fundamentais. Homotransfobia. Discriminação Inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional. Mandado de Injunção Julgado Procedente. Plenário. Relator: Min. Edson Facchin, 13/06/2019b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2023. Brasília-DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial:** A decisão afasta interpretação que retirava parte da aplicabilidade da decisão do Plenário sobre a criminalização da homotransfobia. **Portal STF**, Brasília, 22 ago. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1. Acesso em: 14 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**, Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 17 set. 2023. Publicado em 19 mar. 2024. Disponível

em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false Acesso em: 09 set. 2024.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: Limites, Possibilidades e Consequências.** Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9868/2/Daniel%20Carvalho%20Cardinali_total.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Direito à igualdade racial. **Cadernos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando direitos humanos**, Brasília, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/cadernos-stf-igualdade-racial-web-23-05-03.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. v. Único. ISBN 9788544241332.

DA CRUZ, Wellisson Vilarinho *et al.* O tratamento da injúria homofóbica e da transfóbica como crimes de racismo. **Cuadernos de Educación y Desarrollo**, *[S. l.]*, v. 15, n. 9, p. 9378–9414, 2023. DOI: 10.55905/cuadv15n9-076. Disponível em: https://ojs.europubpublications.com/ojs/index.php/ced/article/view/1844. Acesso em: 5 mar. 2024.

DA CUNHA, Antonio Higor Fontenele. **A decisão do STF no julgamento da ADO 26 em um Estado Democrático de Direito, seu contexto social e jurídico e as suas consequências**. Publicado em Jusbrasil em 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-decisao-do-stf-no-julgamento-da-ado-26-em-um-estado-democratico-de-direito-seu-contexto-social-e-juridico-e-as-suas-consequencias/1314039292 Acesso em: 28 ago. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Legislação brasileira e homofobia**. 13/06/2010. Disponível em: https://berenicedias.com.br/legislacao-brasileira-e-homofobia/. Acesso em: 31 ago. 2024.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **A constituição como norma e o Tribunal Constitucional**. ISBN: 8473982037. Madri: Civitas, 1988.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO MARANHÃO (MA). Diversidade e Antidiscriminação: uma discussão necessária. **Edições ESMAM**, São Luís, 2024. Disponível em: https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/edicoes_esmam/ebook_di

versidade_e_antidiscriminacao_uma_discussao_necessaria_29_02_2024_11_47_06.pdf. Acesso em: 8 set. 2024.

ESPECIATO, Ian Matozo; ESPECIATO, Luís. Ativismo judicial e interpretação extensiva no direito penal. **Observatório De La Economía Latinoamericana**, *[S. l.]*, v. 21, n. 11, p. 21160–21182, 2023. DOI: 10.55905/oelv21n11-140. Disponível em: https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/1776. Acesso em: 3 set. 2024.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Esquematizado - Direito Penal - Parte Geral**. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2022. Livro eletrônico. ISBN 9786555596434. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596434/. Acesso em: 07 abr. 2024.

FIGUEIREDO, David Oliveira Campos; SILVA, Marcos Mauricio Costa da. Análise da constitucionalidade: o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733: criminalização da homofobia e transfobia. Revista Ibero-**Americana de Humanidades, Ciência e Educação. São Paulo**. *[S. l.]*, v. 9, n. 5, p. 1229–1244, 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i5.9864. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/9864. Acesso em: 5 mar. 2024.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional:** Coleção esquematizado. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/94715904/PEDRO_LENZA_2022_Direito_Constitucional_Esquematizado?auto=download. Acesso em: 24 ago. 2024.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4218824/mod_resource/content/0/montesquieu.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Conversando com o Nucci: Criminalização da homofobia**. Ledor: Guilherme de Souza Nucci. [*S. l.*]: Spotify, 2020. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/7k92gJpLLOLbkvAktlFIjL. Acesso em: 10 ago. 2024.

OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS CONTRA LGBTI+ NO BRASIL. Dossiê 2023: Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil. ISBN: 978-65-994905-3-8. Maio 2024. Disponível em:

https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2024/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2023-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

OLIVEIRA, Mariana; BARBIERI, Luiz Felipe. **STF Permite Criminalização da Homofobia e da Transfobia**. Publicado em G1, 13/06/2019. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml Acesso em: 28 ago 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Acesso em: 31 ago. 2024.

PEDROSA, Olavo Rodolfo; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A Criminalização da Homotransfobia à Luz do Supremo Tribunal Federal: A Adoção da Analogia *in Malam Partem* face à Omissão do Poder Legislativo Brasileiro. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, *[S. l.]*, v. 5, n. 1, p. 101–121, 2023. Disponível em: https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/article/view/77. Acesso em: 3 set. 2024.

PERASSOLI, Enayton; SILVA, Alexandre Rodrigo Nishiwaki da. Saindo da "torre de marfim": a prevenção de violência baseada na orientação sexual e identidade de gênero na universidade. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 1, p. 23-41, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0102-469841187. Acesso em: 29 ago. 2024.

PERES LUÑO, Antônio Enrique. ***Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución***. 5. ed. Madrid: Editora T**ecnos, 1995.**

RIOS, Roger Raupp. Tramas e Interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, Gênero e Sexualidade. **In Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11. Publicado em 08 de junho de 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50276 Acesso em: 09 set. 2024.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Tassyla Queiroga Souza e. **A separação dos Poderes e os Efeitos do Mandado de Injunção**. In Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 8, nº 01, jan/jul 2015. Disponível em:

https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1097/699. Acesso em: 02 set 2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.** Revista de Processo, n. 98, p. 275-294, abr./jun. de 2000. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79058208.pdf. Acesso em: 31 ago. 2024.

PERSPECTIVAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEMININA[1]

Brenda Ogrodoski Mazur[2]
Marina Gabriela Marmentini[3]

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o alcance da Constituição Feminina relacionado com a cidadania, a política, o judiciário e o panorama histórico. Para isso, utilizar-se-á a bibliografia disponível sobre o tema, a fim de traçar as observações e perspectivas necessárias, por meio do método indutivo. A partir do discorrido, foi possível identificar que, embora inúmeras conquistas do movimento feminista, a realidade está longe do ideal, principalmente nas concepções relacionadas às noções e exercício da cidadania das mulheres, apesar da tentativa dos poderes de garantir o espaço e a atuação. Finalmente, infere-se que o principal entrave está na sociedade como um todo que, apesar de transcorridos vários anos, não se liberta dos paradigmas machistas e patriarcais.

Palavras-chave: cidadania; constituição; constituição feminista; feminismo.

1 INTRODUÇÃO

O direito à igualdade sem discriminação, especialmente a de gênero, encontra-se positivado no art. 5°, *caput*, da Constituição da República. Das páginas da Constituição à realidade brasileira, nota-se a escassez da plena igualdade entre homens e mulheres, sendo necessários movimentos que superem esse cenário, com destaque ao feminismo e sua inserção na Constituição, através do novo conceito denominado Constituição Feminina/Feminista. Desse modo, discorre-se acerca de suas perspectivas nos âmbitos histórico, político e judiciário. A análise dessa temática, por meio da a bibliografia disponível sobre o tema, vem a traçar as observações e perspectivas necessárias, por meio do método indutivo, a fim de que

[1] Este artigo teve por orientadora a Mestre Sandra do Carmo Resmini
[2] Acadêmica do 4° semestre do curso de Direito da URI, Campus de Erechim/RS.
[3] Acadêmica do 4° semestre do curso de Direito da URI, Campus de Erechim/RS.

possam ser propiciadas reflexões acerca da importância da atividade feminina voltada à concretização das garantias esculpidas na Constituição.

O desenvolvimento das ações que primam o igual tratamento entre gêneros é sintetizada neste trabalho, bem como suas transformações no direito brasileiro e no modo de decidir situações que propiciem a ruptura dos laços machistas e patriarcais, sobretudo no âmbito jurídico visto seu pontual impacto no cotidiano.

Parâmetros históricos

A evolução social modifica constantemente o panorama constitucional devido aos múltiplos movimentos que visam a desconstrução de paradigmas tradicionais através de perspectivas críticas. Dentre esses movimentos insere-se o movimento feminista, o qual sobressai-se em relação aos demais e tem como principal objetivo quebrar um ciclo de desigualdades entre homens e mulheres, as quais estão profundamente solidificadas na história.

Historicamente, as sociedades foram organizadas com essência patriarcal, onde desde o início, considerava-se o homem superior a mulher, sendo pensamento preservado até a contemporaneidade. Consequente a isso, a luta das mulheres por igualdade e direitos vem acontecendo desde o final do século XVIII, registrando o início do movimento feminista.

A partir do feminismo, foi possível garantir uma série de direitos ao longo da história, representando grandes conquistas femininas. Destacam-se como principais marcos políticos para as mulheres uma série de momentos que se coadunam com ideias de liberdade, verificados ao longo da história, sobretudo desde a modernidade. Dentre as referências para o início destes, encontra-se a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, lançada na França, no ano de 1791, a qual continha em seu texto as inspirações que levaram à Revolução Francesa. Tal declaração representou a defesa radical da igualdade de gênero e dos direitos

humanos universais, sendo considerada o primeiro documento que cedeu espaço à igualdade jurídica feminina.

Os movimentos sufragistas da primeira metade do século XX de repercussão mundial lutavam pelo direito de a mulher exercer a sua cidadania, através da possibilidade de votar e ser votada. A discussão em prol do sufrágio feminino avançava à medida que as mulheres acessavam espaços de educação, instrução, conhecimento e profissionalização. Este movimento repercutiu no espaço brasileiro, dando luz à conquista do voto feminino em 1932, representando um grande marco na ampliação da cidadania do país. Segundo a doutora em Direito Cynthia Semíramis (2021, n.p), a Reforma Sufragista representou a igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil, assegurando a elas a primeira possibilidade de acessarem efetivamente espaços de poder, até então de exclusividade masculina. Dentre as atuantes brasileiras deste importante movimento encontrava-se Bertha Lutz, que, além de buscar a isonomia do sufrágio durante seus discursos, ponderou a igualdade jurídica a partir da reforma das instituições públicas mediante políticas públicas de alcance universal. Mesmo assim, segundo a cientista e doutoranda em Direito, Beatriz Sanchez (2020, n.p), "o sufrágio permitiu o direito ao voto, mas não eliminou as barreiras que ainda existem para que as mulheres sejam eleitas de forma igualitária".

As mulheres não se restringem apenas à definição de gênero, indo além de uma categoria biológica, pois são seres possuidores e atuantes de direitos. Entretanto, suas vidas são esculpidas por normas, costumes, opiniões e estereótipos resultantes de uma estrutura patriarcal. É justamente nesse aspecto que surge uma ideia de inferioridade da mulher em relação ao homem, possibilitando o crescimento da desigualdade hierárquica a qual se expressa através de discursos masculinos sobre a mulher. Tais discursos conceituam a mulher como um ser com capacidade reprodutiva, ou seja, a mulher existe para ser

esposa, mãe e filha restringindo a sua atuação em outros papéis da vida (Andrade; Oliveira, 2023). Sobre a noção de família, a inovação do Código de Civil de 2002 de substituir a tutela patriarcal pelo poder familiar, representou um grande marco para o avanço social feminino, entretanto, a letra da lei propriamente dita não é suficiente para frear o estereótipo de que o local preponderante da atuação da mulher é o lar, assim (Bonetti, 2009, p. 211):

> Sobre o modelo ideológico de família, salienta-se que o conceito de família se consolidou no pensamento social ocidental como instituição humana universal, lugar do afeto e da cooperação e que se constitui em uma oposição simbólica ao mundo público, do trabalho e da política (Yanagisako; Delaney, 1995). Em decorrência da oposição privado/público, o construto ideológico família define-se como um dos espaços mais hierárquicos e marcados por profunda desigualdade (Arendt, 1987). No pensamento social brasileiro clássico, o modelo de família vigente é o patriarcal, com base na distribuição desigual de poder entre seus membros, cujo epicentro é a figura paterna. Desde a década de 1980, tal modelo tem sido alvo de investigações e críticas, tendo-se em vista as transformações e os mais variados arranjos familiares existentes (Corrêa, 1994). A concepção de família vigente no texto constitucional, no entanto, é, ainda, a de uma família entendida como organização natural, que se estrutura em torno das diferenças sexuais (Bruno, 1995).

O laço familiar e seu estereótipo geram impactos no exercício do direito fundamental protegido, pois o poder constituinte optou por assegurar os direitos das mulheres em prol da família, caracterizando a cidadania como concedida e subalterna (Bonetti, 2009, p. 211):

> A cidadania feminina concedida institui-se a partir de algumas concessões feitas pelos parlamentares às mulheres, tendo-se em vista a garantia de um bem maior, a coesão familiar. Há uma explícita priorização: os direitos das mulheres são a elas concedidos em função da expectativa do seu desempenho no que lhe é incumbido na família. Há, portanto, uma cidadania diferenciada para as mulheres, que remete ao reforço de uma desigualdade escamoteada pelo princípio da igualdade, meramente formal. Tal processo reflete uma "ironia histórica: o reconhecimento da diferença, porém sem equidade" (Lavalle, 2003, p. 76). Ou seja, o reconhecimento da

> especificidade das mulheres e a garantia da igualdade formal, contudo, não implicou garantia da igualdade material.

No contexto de ampliação aos direitos no Brasil, o documento mais importante para a garantia de direitos essenciais feministas é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É do texto constitucional que se extrai a imposição da igualdade de gênero, da plena capacidade cidadã, que representa a tomada de decisões no processo de construção e manutenção do Estado Democrático de Direito. Ainda, princípios igualitários são encontrados na Constituição e atuam na garantia de que a igualdade de gênero é possível e totalmente alcançável a partir do comprometimento da sociedade, espelhado em políticas públicas consistentes que assegurem a efetividade da presença feminina no ambiente decisório.

Aspectos sobre a luta feminina e o Constitucionalismo Feminista

A luta das mulheres por equidade de gênero e inclusão aos postos de liderança é antiga, demandando muito tempo para a conquista dos direitos que atualmente são assegurados às mulheres, sendo necessária a continuação do movimento para que, sobretudo, não haja retrocesso. Salienta-se a igualdade de gênero como objetivo[1] nº 5 da ONU, especificamente no subitem 5.5, expondo "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". Assim, dá-se publicidade para o fato de que, apesar de haver pontos de evolução no tratamento feminino, a situação de plena igualdade ainda se apresenta como uma meta. A tutela jurídica do direito feminino é

[1] Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil.

realizada internacional e internamente, conforme (Cambi; Nosaki; Fachin, 2023, n.p):

> O direito das mulheres, atualmente, é objeto de tutela pela Organização das Nações Unidas (ONU) – em âmbito global –, e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em complemento à proteção constitucional local, o que amplia e robustece essa. Podem ser citados diversos diplomas internacionais protetivos dos direitos das mulheres, como: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; as Convenções Interamericanas sobre a Concessão de Direitos Civis (1948) e Políticos à Mulher (1952), que igualaram os mesmos direitos civis e políticos às mulheres e homens; a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994. No âmbito interno brasileiro, destacam-se a Lei Maria da Penha (Lei n. 13.340/2006) e a Recomendação CNJ n. 128/2022, que instituiu o Protocolo de Julgamento da perspectiva de gênero no Poder Judiciário brasileiro.

Assim, é possível perceber que as mulheres são constantemente reprimidas e invalidadas por discursos misóginos e pensamentos patriarcais. Por esse motivo, surge a necessidade da incorporação da perspectiva de gênero na aplicação e interpretação do Direito Constitucional.

A expressão "constitucionalismo feminista" tem sido utilizada em diversos lugares do mundo, por estudiosos que argumentam a favor da abordagem de gênero como um método pleno que dá ênfase para facetas que muitas vezes são ofuscadas pelo Direito Constitucional. Nesse viés, "o constitucionalismo feminista opera por meio de mulheres e para mulheres, em permanente diálogo e colaboração com os homens, revelando a potencialidade das vozes femininas para a composição de espaços heterogêneos e a construção de uma sociedade mais igualitária" (Nosaki; *et al.*, 2023, n.p).

O dilema, nesse sentido, encontra-se na seguinte questão: como harmonizar a incongruência entre o Estado Democrático de Direito, que defende a não-discriminação, conforme expressa a Constituição da República, no art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

solidificando o entendimento em seu inciso I, referenciando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, com uma sociedade machista e patriarcal?

O constitucionalismo feminista tem por finalidade a promoção da cidadania a partir de uma visão feminista, tendo como foco o direito das mulheres. "Dessa forma, o constitucionalismo feminista possibilita que a Constituição seja flexível em relação às perspectivas femininas, concebendo os direitos e as garantias com igualdade material, sob a ótica de gênero" (Nosaki *et al.*, 2023). Todavia, o constitucionalismo feminino não prevê a extinção do constitucionalismo tradicional, mas sim a incorporação de tudo que foi sombreado por essa perspectiva.

As mulheres foram desconsideradas pelo direito em constantes momentos históricos, vez que o mesmo foi construído por e para homens. A própria redação jurídica preservou e fortaleceu os estereótipos de gênero através da elaboração de normas relativas ao direito das mulheres.

Ao longo da história, inúmeras legislações foram criadas com base na desigualdade de gênero, tal qual o Código Penal do Império do Brasil, na Secção III, dos artigos 250 a 253, que previa o adultério como conduta típica (Brasil, 1940). Nesse caso, se o adultério fosse cometido por uma mulher, a conduta seria considerada crime. Entretanto, se fosse praticado por um homem, só era considerada conduta típica se ele tivesse uma concubina regularmente mantida, considerando que relacionamentos fora do casamento por parte do homem eram perfeitamente aceitáveis (Brasil, 1830). Pode-se citar também o Código Penal de 1940, o mesmo utilizado nos dias atuais, o qual possuía o título "dos crimes contra os costumes". Somente no ano de 2009, com a promulgação da Lei 12.015/2009, esse título foi alterado e passou a se denominar "crimes contra a dignidade sexual".

Ante o exposto, é perceptível que as legislações vigentes ao longo da história tiveram grande influência no surgimento da desigualdade de gênero no direito,

sustentando uma posição hierárquica entre homens e mulheres, tratando-os de forma distinta, portanto, "desigual". De tal maneira, é crucial reconhecer que a participação das mulheres no direito é limitada, sendo repetidamente pressionadas a provar uma capacidade e competência superiores às exigências instituídas pelos homens, a fim de obterem os mesmos direitos, oportunidades e reconhecimento que os indivíduos do gênero masculino.

Em que pese haja uma ruptura comportamental quando comparada à estrutura de pensamento dos séculos passados, sendo necessário ponderar a origem que concedeu direitos ao gênero feminino no Brasil, que através dos movimentos feministas, foram elaboradas discussões em relação ao direito das mulheres, abrangendo além do direito constitucional outros temas relativos que colaboram com o tratamento digno às mulheres, como será discorrido.

Dessa forma, infere-se acerca de um direito evidentemente especial para o povo brasileiro: a cidadania. "Nesta experiência, o ideal da cidadania plena conforma-se pela combinação dos valores de liberdade, participação e igualdade para todos e costuma-se desdobrá-lo em direitos civis, políticos e sociais. Os direitos civis, cujo mote é a liberdade individual, dizem respeito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Os direitos políticos referem-se à capacidade de participação política, e seu mote é o voto. Já os direitos sociais garantem a participação dos cidadãos na riqueza coletiva, e seu mote é a justiça social, que envolve os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao salário justo e à aposentadoria" (Carvalho, 2008, n.p). Acerca da origem da cidadania e seu marco no Brasil (Bonetti, 2009, p. 200):

> No caso brasileiro, o desenvolvimento da cidadania, ao contrário do exemplo paradigmático inglês, ocorreu a partir da precedência dos direitos sociais em relação aos políticos e civis que encontrou ressonância na cultura política da população urbana do país. Esta antecipação dos direitos sociais, segundo analistas, implicaria reforço da percepção do

> direito como uma dádiva, agora do Estado, sendo significada a partir da lógica dos laços de lealdade. Isto significa dizer que este modelo de relação entre o Estado e a sociedade civil na construção da cidadania influenciou um imaginário social de que os direitos – sejam eles sociais, políticos ou civis – são doações espontâneas do Estado, e não fruto de conquistas políticas dos sujeitos de direito.

Esses debates levantados se fazem muito importantes para efetivar os compromissos estabelecidos na Constituição referentes à cidadania, aos direitos e deveres das mulheres, etc. Não obstante, é necessário pensar formas de aperfeiçoar o constitucionalismo brasileiro, para atingir efetivamente homens e mulheres, os quais, segundo a Constituição de 1988, equiparam-se em direitos e deveres.

Nesses moldes, o constitucionalismo feminista se perfaz como importante aliado para vencer as desigualdades de gênero, além de recalcular e repensar a democracia, dando voz e espaço para as mulheres no direito e na política. Assim, discorre (Machado, 2002, n.p.):

> Uma das singularidades do movimento feminista brasileiro é sua forte vinculação com a defesa pelos direitos das mulheres articulando-os com a questão dos direitos sociais, mais do que com a noção de liberdade ou libertação (das mulheres). Enquanto nos momentos iniciais, a movimentação feminista nos Estados Unidos e na França reivindicava o direito de escolha e de liberdade nos âmbitos amorosos, sexuais e domésticos, que deveriam se desdobrar na plenitude da liberdade e autonomia nas relações de trabalho e no âmbito político, o movimento feminista brasileiro enfatizou, desde os seus primórdios, na segunda metade dos anos de 1970 e na primeira metade dos anos de 1980, a reivindicação pelos direitos das mulheres, e sua luta pela abertura democrática.

Na esfera jurídica, destaca-se que o Poder Judiciário tem demonstrado progresso, ainda que gradativamente na condecoração da hermenêutica constitucional feminista. Um ponto de inflexão nesse sentido, foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, na qual o

Supremo Tribunal Federal determinou que a utilização da tese de legítima defesa da honra em casos de feminicídios ou violência contra mulher é inconstitucional:

> O Tribunal, por unanimidade, julgou integralmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: **(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade, na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese com esta finalidade.** Por fim, julgou procedente também o pedido sucessivo apresentado pelo requerente, de forma a conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra. Tudo nos termos do voto reajustado do Relator. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.8.2023 (grifou-se).

Sobre a decisão em comento, a ministra Cármem Lúcia, em seu voto, destacou que: "A sociedade ainda é machista, sexista, misógina e mata mulheres apenas porque elas querem ser donas de suas vidas." Constata-se que os próprios ministros da Corte Suprema colocam a mulher como o foco principal da avaliação, superando a proposição da lesão da reputação masculina nos casos de violência doméstica ou feminicídio.

Nesse contexto, verifica-se que para garantir o direito das mulheres é indispensável que as partes responsáveis pela interpretação da ordem

constitucional, observem e tomem em consideração todos os aspectos históricos e sociais, analisando-os minuciosamente e desconstruindo paradigmas impostos pelo patriarcado.

A busca pela isonomia e suas nuances

A igualdade na sua mais vasta e complexa exegese, perfaz-se como um ponto estruturante do constitucionalismo feminino. Para o movimento feminista, a busca pela isonomia é crucial para o processo de reconhecimento das mulheres como cidadãs da nação em que vivem (Silva, 2021, p. 159):

> A igualdade material do constitucionalismo feminista também é sinônimo de igualdade de gênero, que constitui uma ação multidirecional e multifuncional. Essa ação não se reduz a posturas positivas ou negativas, nem ativas ou passivas, por parte dos agentes políticos, públicos e privados, mas conflui em um conjunto sistêmico e estruturado de esforços do Estado Democrático de Direito em busca de uma sociedade mais justa e mais equitativa, mais tolerante e mais inclusiva, porque naturalmente plural.

Acredita-se que o constitucionalismo feminista seja instruído pelas premissas da equidade e da inclusão, capazes de lidar com uma abordagem doutrinaria da constituição fiel ao princípio da igualdade, como uma forma de aproximar a mulher do exercício integral de sua cidadania constitucional.

É pertinente destacar que historicamente as mulheres são excluídas e privadas do exercício de seus direitos civis e políticos. O gênero feminino não foi contemplado com as conquistas advindas das revoluções liberais no final do século XVIII, o que justifica sua busca até os dias de hoje por direitos fundamentais que sempre foram concedidos aos homens.

Nesse aspecto, a participação das mulheres na política é um tema extremamente relevante e que foi objeto da Emenda Complementar nº 117/2022,

a qual inseriu os parágrafos 7º e 8º ao art. 17 da Constituição da República, que passou a determinar:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
> § 7º Os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.
> § 8º O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário (Brasil, 2022).

Em resumo, a EC 117/2022 regulamenta a divisão dos recursos do Fundo Partidário Especial de Financiamento de Campanha, assim como o tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Nesse sentido, a Emenda estipula normas a fim de regularizar a situação dos partidos que anteriormente não repassavam o percentual mínimo de verbas para as candidaturas femininas. Outrossim, essa inovação legislativa possibilitou, conforme estabelecem os arts. 2º e 3º da mesma Emenda, a destinação dos recursos não utilizados, nas eleições posteriores:

> Art. 2º Aos partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não tenham sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral é assegurada a utilização desses valores nas eleições subsequentes, vedada a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não tenham transitado em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional.

> Art. 3º Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional. (Brasil, 2022).

Diante disso, é possível perceber que, mesmo a passos lentos e gradativos, diversas medidas estão sendo adotadas com o objetivo de incentivar a participação da mulher na política e nas mais diversas áreas, sejam elas públicas ou privadas. Importa destacar mais uma vez, a fala da Ministra Cármen Lúcia em relação a atuação das mulheres na política, em suas palavras, a participação feminina na política só será efetiva quando todos os brasileiros passarem a receber uma educação que estimule, de maneira igualitária, a participação na vida política do país, sem que para tal, sejam vistas como seres inferiores ou necessitados de empatia ou qualquer forma de auxílio.

Dessa forma, conclui (Duque, 2022):

> Novos avanços são esperados, sob pena de se perpetuar o indesejado histórico de segregação das mulheres na vida política nacional, em total desacordo com a natureza das coisas. O combate à discriminação afirma-se como aspecto indissociável da civilização e da própria condição humana, de modo a exigir constante dever de aprimoramento e controle.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob tal perspectiva, conclui-se que o Constitucionalismo Feminista se perfaz como um grande avanço em busca da igualdade e da inclusão social. Refere-se a uma interpretação que reconhece a proeminência das perspectivas de gênero na exegese e implementação das normas constitucionais.

Apesar dos avanços graduais, é evidente que a sociedade contemporânea ainda fecha os olhos para a desigualdade de gênero. Assim, a análise demonstra claramente que o caminho para a construção de espaços sociais, políticos e judiciais que visam a concretização da dignidade feminina evoluíram na atual conjuntura, no

entanto, apesar dos avanços, são muitos os obstáculos que tornam esse percurso mais complexo.

Diante disso, insere-se novamente a relevância de se ressignificar a Constituição por meio de uma visão feminista, sendo este um instrumento fundamental no combate à desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Joana de Souza; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de. A Necessidade de um Constitucionalismo Feminista. **21 Encontro Científico Cultural Interinstitucional, 2023**. Paraná, nov. 2023. Disponível em: https://www4.fag.edu.br/anais-2023/Anais-2023-36.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

BONATTO; Marina, *et al.* CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA: para ler e interpretar o direito (constitucional) com as lentes de gênero. **Revista CNJ - edição especial mulheres e justiça**, agosto de 2022. ISSN 2525-45002. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/312/186. Acesso em: 19 ago. 2024.

BONETTI, Alinne; *et al.* SUJEITO DE DIREITOS? CIDADANIA FEMININA NOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2009, n. 17, pt. 03. ISSN 1518-4285. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4328/1/bps_17_2009_Sujeito.pdfAcesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Emenda Constitucional nº 117, de 05 de abril de 2022**. Brasília, 05 abr. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc117.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Código Penal de 1830**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Legislação Informatizada. **Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009**. Exposição de Motivos. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **NAÇÕES UNIDAS**. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Igualdade de Gênero. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 779**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de maio de 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690. Acesso em: 19 ago. 2024.

CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. TUTELA JURISDICIONAL DAS VULNERABILIDADES FEMININAS: O papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feministra. **Revista CNJ**, v.7, jan/jul. 2023. ISSN 2525-45002. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453/249. Acesso em: 19 ago. 2024.

CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA: expressão de políticas públicas voltadas à igualdade de gênero, volume 2. 2º ed. Editora: **Feminismo Literário**, 2021.

DUQUE, Marcelo Schenk. **A EC 117 e o Fomento à Participação Feminina na Política**. Migalhas, 2022. Disponível: https://www.migalhas.com.br/coluna/dinamica-constitucional/363438/a-ec-117-e-o-fomento-a-participacao-feminina-na-politica. Acesso em: 22 ago. 2024.

SANTOS, Laryssa de Arruda. **Participação Feminina na Política Brasileira: uma análise dos incentivos à candidatura feminina no âmbito nacional à luz da Emenda Constitucional 117/2022**. 2023. 58 f. TCC (Graduação). Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2023. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/31497/TCC%20-%20LARYSSA%20DE%20ARRUDA%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 ago. 2024.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma Dogmática Constitucional Feminista. **Centro Universitário de Brasília**. Brasília, 2021. Disponível em:

https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/67/37. Acesso em: 20 ago. 2024.

TERRA, Bibiana. O Constitucionalismo Feminista como Instrumento de Enfrentamento da Desigualdades de Gênero: uma agenda para o Brasil. **Programa de Pós-Graduação em Direito**, Minas Gerais, 20 set. 2021. Disponível em: https://www.periodicos.unesc.net/ojs/index.php/AnaisDirH/article/view/7369/6266. Acesso em 17 ago. 2024.

PLÁGIO DE EMBALAGENS: IMPACTOS LEGAIS E ÉTICOS NO DESIGN E MARKETING DE PRODUTOS

Gabriele de Quadros[1]
Simone Gasperin de Albuquerque[2]

RESUMO

O plágio de embalagens é um problema crescente no ambiente de negócios, refletindo práticas desleais que afetam tanto os consumidores quanto os produtores. Este artigo examina o fenômeno do plágio de embalagens, analisando seus impactos econômicos e legais, métodos de identificação e as medidas de proteção disponíveis, bem como introduz a concepção de propriedade intelectual e do desenho industrial, que em linguagem mais objetiva traz a ideia de como o Brasil protege as embalagens e como são vistas perante a lei. Utilizando-se o método indutivo, mediante uma revisão bibliográfica e estudo de casos, oferece-se uma visão crítica sobre a eficácia das estratégias de combate ao plágio e recomendações para fortalecer a proteção legal das embalagens.

Palavras-chave: plágio; design; embalagem; propriedade industrial.

1 INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual é frequentemente subestimada, mas tem um papel essencial na sociedade moderna, influenciando diretamente inovação, cultura e economia. No entanto, sua relevância ainda é desconhecida para muitos. Um exemplo comum de violação dessa proteção é o plágio de embalagens, onde empresas copiam designs de produtos estabelecidos para se beneficiar indevidamente. Essa prática não só confunde consumidores, mas também prejudica a identidade das marcas e a concorrência no mercado. Mesmo com o aumento da conscientização sobre a importância da propriedade intelectual, o plágio de

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. *E-mail*: 097503@aluno.uricer.edu.br
[2] Professora Orientadora, titular da disciplina de Direito de Propriedade Intelectual do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. *E-mail*: salbuquerque@uri.com.br

embalagens continua sendo um desafio significativo para empresas e lgisladores.

No campo do design, a distinção entre plágio e inspiração é um ponto sensível, especialmente em um mercado globalizado onde a inovação é crucial. A linha entre se inspirar e copiar pode ser tênue e controversa, e o plágio, caracterizado pela cópia fraudulenta de uma obra alheia, viola a originalidade de terceiros. A principal problemática dessa pesquisa está justamente em distinguir, no campo jurídico e comercial, o limite entre a inspiração legítima e o plágio, especialmente no design de embalagens. Empresas lutam para proteger suas criações, enquanto os legisladores tentam equilibrar a inovação com a proteção de direitos de propriedade intelectual, gerando tensões entre criatividade e competitividade.

A pesquisa, portanto, examina a relevância da propriedade intelectual na proteção de embalagens e desenhos industriais. O foco está na necessidade de diferenciar corretamente inspiração de plágio e na importância da proteção legal oferecida por esse ramo do direito. A legislação e a jurisprudência, nesse sentido, são ferramentas indispensáveis para garantir que o direito de criação seja respeitado, contribuindo para um mercado mais equilibrado.

Este estudo se baseia em diversas fontes, incluindo jurisprudência, legislação de propriedade industrial, e doutrinas jurídicas, ajudando a esclarecer a complexidade da proteção legal no contexto da inovação e criação. A propriedade intelectual, especialmente na proteção de embalagens, desempenha um papel vital no ambiente empresarial atual. Ela não só preserva a identidade das marcas, mas também estimula a inovação e o desenvolvimento sustentável, criando um mercado onde originalidade e competitividade podem coexistir de forma justa e harmoniosa.

2 ASPECTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA APLICAÇÃO EM DESENHO INDUSTRIAL

A propriedade intelectual, frequentemente subestimada pelos profissionais do direito, desempenha um papel essencial na vida cotidiana, muitas vezes sem que

as pessoas tenham plena consciência de sua importância. De acordo com Chagas (2021), esse campo está intimamente relacionado ao Direito Intelectual, que se dedica à regulamentação, reconhecimento e proteção das criações do intelecto humano passíveis de comercialização. Em última análise, o Direito Intelectual visa proteger e estimular a criação, a inovação e a criatividade.

O conceito de propriedade intelectual abrange a proteção legal e o reconhecimento dos direitos sobre invenções e criações individuais. Isso inclui marcas, patentes, direitos autorais, obras artísticas, desenhos industriais e indicações geográficas, entre outros.

A propriedade intelectual é fundamental para promover a inovação, a criatividade e o desenvolvimento econômico e social. Ela não só impulsiona o progresso tecnológico e cultural, mas também contribui para a preservação da identidade cultural e do patrimônio imaterial de uma nação ou região.

Além de garantir o reconhecimento apropriado aos criadores, essa proteção incentiva a continuidade de suas obras, enriquecendo o conhecimento coletivo e impulsionando o progresso social. Ao assegurar direitos exclusivos sobre suas criações, a propriedade intelectual fortalece os investimentos em pesquisa e inovação, estimulando o trabalho de cientistas, escritores e outros profissionais criativos.

Ademais, ao permitir que os criadores comercializem e explorem suas criações, a propriedade intelectual oferece uma fonte de lucro, incentivando a continuidade e a expansão de suas atividades inovadoras.

Insta salientar que a propriedade industrial refere-se ao patrimônio imaterial e intangível de uma empresa, incluindo bens não visíveis, como patentes de invenções e desenhos industriais. Este ramo é regulamentado pela Lei nº 9.279/96, que estabelece:

> Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
> I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
> II – concessão de registro de desenho industrial;
> III – concessão de registro de marca;
> IV – repressão às falsas indicações geográficas; e
> V – repressão à concorrência desleal (Brasil, 1996).

Os direitos autorais, por outro lado, referem-se à exploração e exclusividade atribuídas ao criador de obras originais, como literatura, composições musicais, arquivos digitais, esculturas e peças artesanais.

É importante destacar que a propriedade intelectual também possui uma categoria de direitos com proteção sui generis. Este artigo concentrar-se-á especificamente na propriedade industrial, uma vez que abrange os direitos legais sobre invenções, designs e marcas, os quais são o foco principal deste estudo.

2.1 DESENHO INDUSTRIAL E SUAS ESPECIFICIDADES

O desenho industrial, frequentemente denominado Design, é uma atividade projetiva essencial que desempenha um papel crucial na criação e aprimoramento de produtos. Embora o termo "Design Industrial" seja frequentemente associado ao Design

Gráfico e ao Design de Produto, as variações terminológicas refletem as especificidades e objetivos distintos de cada projeto (Silva *et al.*, 2021).

Nesse contexto, encontramos expressões como design de móveis, design de joias e design de equipamentos, entre outras. Essas variações indicam a especialização e o foco particular do projeto, abordando as diferentes possibilidades e finalidades do objeto em questão na atividade projetiva.

De forma geral, o design industrial abrange três áreas principais: (i) design gráfico, focado na apresentação visual da comunicação ao público-alvo. Inclui a criação de logotipos, a editoração de livros e outros produtos destinados a

transmitir mensagens visuais eficazmente; (ii) design de produto, que envolve o desenvolvimento de projetos para embalagens, peças, ferramentas e equipamentos. Este campo abrange desde a elaboração de protótipos até a definição de especificações e métodos de fabricação, visando criar objetos que atendam às necessidades humanas. Inclui também o design de utensílios e móveis, com foco na funcionalidade e estética dos produtos e, mais recentemente, (iii) o design de interfaces, que se destina a criar uma experiência mais intuitiva e amigável entre os usuários e o meio virtual. Isso abrange o design de sites, telas de computador, sistemas e aparelhos eletrônicos, visando melhorar a interação e a usabilidade dos dispositivos digitais (Silva *et al.*, 2021).

A arte de projetar, ou seja, criar, integra uma série de atributos para promover uma melhor interação entre o ser humano e os objetos ou seu entorno. A atividade de design visa oferecer novas soluções tecnicamente viáveis, abrangendo desde a incorporação de novas tecnologias e componentes até a melhoria técnico-funcional de produtos. Além disso, o design visa aprimorar processos, incluindo produção, logística e distribuição.

Essas variáveis são fundamentais na concepção do design e estão diretamente relacionadas às necessidades e motivações que impulsionam o projeto. O processo de design envolve a integração de múltiplos fatores, desde o conceito inicial e a concepção até o desenvolvimento, comercialização e experiência do consumidor. A experiência de consumo, por sua vez, pode dar *feedback* valioso para o redesenho e aprimoramento contínuo dos produtos.

No design de produtos voltados para o consumidor final, a apresentação visual desempenha um papel crucial na decisão de compra. A estética do produto não apenas atrai visualmente, mas também desperta fatores psicológicos e emocionais que influenciam a satisfação do consumidor e sua propensão para a compra.

Conforme afirmam Silva *et al.* (2021), o desenvolvimento de novos produtos é uma estratégia fundamental para empresas que buscam manter sua competitividade no mercado. Um projeto de design deve considerar uma série de aspectos essenciais para a criação de um novo produto ou o aprimoramento de produtos existentes. Este processo deve ser orientado pelo conceito central da criação ou melhoria proposta, alinhando-se com as necessidades e expectativas do público-alvo.

O conceito de design não se limita apenas à inovação técnica, mas deve também refletir as preferências e demandas do consumidor. O sucesso de um projeto de design depende de uma compreensão aprofundada do mercado e da integração eficaz do conceito com as características desejadas pelos usuários finais. Com a evolução tecnológica e a concorrência acirrada, o design das marcas se torna um meio crucial de divulgação e atração de clientes. Como bem expõem Silva *et al.* (2021, p. 13):

> Atualmente, com a concorrência acirrada, a apresentação visual dos produtos passa a ser estratégica para motivar o interesse do consumidor pelo produto, captando sua atenção e sendo mais um elemento a ser contemplado na aquisição do bem, distanciando-se da avaliação racional custo x benefício no processo decisório da compra. O consumidor não adquire somente os produtos, mas os valores envoltos na criação ou estabelecidos pela reputação da marca no mercado. Assim, a satisfação de valores psíquicos, sociais e emocionais perpassa pela percepção da imagem que o indivíduo tem de si mesmo ou a que quer sinalizar para os demais indivíduos. Nesse contexto, a configuração da aparência estética do objeto pode ser mais aprazível, de acordo com o perfil estético dos diferentes grupos de consumidores na satisfação desses valores mais subjetivos do processo de compra (Silva *et al.*, 2021).

Diante da intensa concorrência no mercado atual, a apresentação visual dos produtos emergiu como um fator estratégico crucial na decisão de compra. A capacidade de atrair e envolver o consumidor vai além da análise racional do custo-benefício; ela toca aspectos mais profundos da psicologia e do posicionamento

social. O consumidor moderno não adquire apenas um produto, mas sim um conjunto de valores e a imagem da marca que o representa.

A satisfação de necessidades psíquicas, sociais e emocionais está intrinsecamente ligada à percepção da imagem pessoal e ao desejo de comunicar certos valores aos outros. Portanto, a estética do produto deve alinhar-se com o perfil e as expectativas dos diferentes grupos de consumidores, proporcionando um apelo visual que ressoe com seus valores subjetivos. Assim, o design não é apenas uma questão de funcionalidade ou inovação técnica, mas também uma poderosa ferramenta de comunicação e engajamento.

Neste cenário, a configuração estética do produto pode desempenhar um papel decisivo na construção da identidade da marca e na fidelização do cliente. Ao atender às preferências e expectativas estéticas dos consumidores, as empresas não apenas se destacam no mercado competitivo, mas também estabelecem uma conexão emocional duradoura com seus clientes. A integração bem-sucedida desses elementos na estratégia de design contribui significativamente para o sucesso comercial e a relevância contínua da marca no mercado.

Fica evidente a importância crucial do design e da aparência do produto para o fortalecimento da marca. A compreensão de como o design impacta a percepção do consumidor e a competitividade no mercado é fundamental. Com essa base sólida, é necessário agora aprofundar a discussão sobre a proteção legal que ampara esse objeto tão precioso da propriedade intelectual.

2.2 O PAPEL DO INPI NA PROTEÇÃO LEGAL DE DESENHOS INDUSTRIAIS

A obtenção da proteção ou do registro de desenho industrial não depende da produção, ou comercialização do produto. O registro assegura ao titular a exclusividade na exploração da aparência visual do objeto no mercado por um

período determinado. Isso protege o titular contra a criação independente de terceiros, ou seja, indivíduos que possam ter desenvolvido a criação de forma autônoma. Nesse sentido, o registro oferece uma barreira eficaz contra concorrentes (Gomes, 2019).

Enquanto o direito autoral garante a exclusividade na exploração de uma criação, ele não protege contra a criação independente por terceiros. Em relação aos direitos patrimoniais — que envolvem a exploração comercial da obra — a proteção autoral cobre a proibição de cópia, distribuição, comercialização não autorizada e plágio.

O registro de desenho industrial junto ao INPI é uma proteção legal concedida à aparência visual de uma forma tridimensional (configuração plástica) ou a um padrão gráfico de linhas e cores (configuração bidimensional) aplicado a um produto que pode ser fabricado em escala industrial. Este registro é concedido a criações que sejam novas, originais, ornamentais e tenham aplicação industrial, ou seja, que possam ser produzidas em larga escala.

Uma criação é considerada nova se não tiver sido divulgada ao público antes da data de depósito do pedido de registro. Caso contrário, a aparência visual da criação será considerada parte do estado da técnica. O estado da técnica abrange toda e qualquer informação tornada acessível ao público, tanto no Brasil quanto no exterior. O material no estado da técnica é desprovido de novidade e, portanto, não atende a esse requisito. A exigência de novidade também é essencial para a obtenção de registro de desenho industrial em outros países.

De acordo com Silva *et al.* (2021), o Brasil reconhece o período de graça e concede proteção às criações divulgadas pelo próprio criador até 180 dias antes da data de depósito do pedido. No entanto, o período de graça não é universalmente aceito. Para garantir proteção em outros países, é recomendável assegurar a novidade absoluta da criação, ou seja, evitar qualquer divulgação pública antes do

depósito do pedido.

Uma criação é considerada original quando possui um aspecto visual distintivo em relação a outros objetos existentes. Além disso, é classificada como ornamental quando é desprovida de aspectos funcionais e foca exclusivamente em elementos decorativos. Assim, a ornamentalidade está relacionada a características decorativas e secundárias, e não a funções práticas do objeto.

O aspecto visual original pode ser alcançado pela combinação de elementos já conhecidos, desde que o resultado seja uma apresentação visual nova e única. No entanto, é essencial garantir que essa criação não infrinja os direitos de terceiros.

3 O PLÁGIO DE EMBALAGENS E A CONCEITUAÇÃO DO TRADE DRESS

No universo da criação e do design, o conceito de plágio e a distinção entre plágio e inspiração são questões fundamentais que impactam profundamente a originalidade e a propriedade intelectual. Em um mercado globalizado e altamente competitivo, onde a inovação é um dos principais motores do sucesso, a linha entre inspirar-se em trabalhos existentes e copiar ideias alheias pode ser tênue e, muitas vezes, controversa.

Nesse contexto, o plágio é definido como a reprodução exata ou fraudulenta de uma obra criada por outra pessoa, muitas vezes realizada de forma deliberada e consciente. A prática de plágio implica em uma intenção de apropriação indevida, onde o plagiador pretende se beneficiar da originalidade alheia sem dar o devido crédito. Embora a intenção consciente seja frequentemente associada ao plágio, há discussões sobre a possibilidade de um plágio acidental. No entanto, mesmo em casos onde não há intenção explícita de enganar, a distinção entre plágio e inspiração continua a ser crucial.

A questão central que emerge é a seguinte: quando o plágio é cometido sem

intenção, como podemos diferenciá-lo da inspiração legítima? É essencial enfatizar que a diferença principal reside no resultado da obra, e não apenas na origem das ideias. A inspiração pode influenciar um trabalho criativo de maneira a gerar algo novo e distinto, enquanto o plágio resulta na cópia não autorizada de elementos protegidos por direitos autorais. Portanto, a análise deve focar em como o resultado da criação reflete a originalidade e a inovação, distinguindo claramente entre a apropriação indevida e o processo criativo legítimo.

De acordo com Carvalho (2021), um dos maiores desafios enfrentados por profissionais que lidam com obras autorais é a capacidade de distinguir, para seu público, entre suas próprias criações e aquelas baseadas em obras previamente existentes e protegidas por direitos autorais. A linha que separa inspiração de plágio pode, em última análise, ser resumida em um conceito fundamental: originalidade. Este critério é crucial para determinar se uma nova obra é genuinamente inovadora ou se constitui uma cópia não autorizada de criações alheias.

Portanto, a principal diferença entre inspiração e plágio, conforme elucidado por Alexandre Carvalho, é o conceito de contributo mínimo — ou seja, a quantidade de criatividade que o autor aplica em sua nova obra para que ela se distingue claramente das criações existentes. Esse contributo mínimo é essencial para garantir que a obra seja original e não meramente uma cópia. Vale ressaltar, contudo, que, embora a originalidade e o "contributo mínimo" sejam critérios importantes para a distinção entre inspiração e plágio, não são requisitos legais para a proteção de uma obra sob o Direito Autoral. Consoante o art. 7º da Lei 9.610/98, a proteção é concedida a obras que sejam "expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte", independentemente do nível de originalidade ou inovação (Carvalho, 2021, n.p.).

Uma interpretação tradicional do texto legal sugere que o Direito Autoral

não protege meramente ideias; a proteção se dá apenas para a expressão concreta dessas ideias. No entanto, uma abordagem mais abrangente, conforme discutido pela doutrina, afirma que para uma obra ser considerada plenamente nova e protegida, ela deve incorporar todos os elementos de criatividade e originalidade. Isso significa que a obra deve apresentar características que nunca foram vistas antes, garantindo que todos os seus elementos distintivos sejam inéditos e não tenham sido apresentados anteriormente.

A Doutrina do contributo mínimo deve ser compreendida não como uma restrição às expressões culturais, mas sim como um critério valorativo crucial para determinar a originalidade e a novidade de uma obra autoral. Esse conceito visa assegurar que a obra tenha um grau mínimo de criatividade que a distingue das produções anteriores e estabelece sua autenticidade.

Nesse giro, é essencial reconhecer que aplicar esse critério de forma excessiva ou restritiva pode ter consequências negativas para a proteção da cultura e dos direitos humanos fundamentais. Se a legislação de Direito Autoral impuser limitações que dificultem a expressão cultural e a manifestação criativa, isso pode representar um obstáculo à preservação e ao desenvolvimento das tradições e expressões culturais de um povo, como bem explica Carvalho, (2021):

> No entanto, não devemos interpretar a questão trazida pela Doutrina do 'contributo mínimo" como elemento limitador das expressões culturais, mas enquanto critério valorativo para definição de uma obra autoral nova e original. Sob pena de que a limitação imposta pela legislação de Direito Autoral seja um obstáculo à proteção de Direitos Humanos Fundamentais, enquanto manifestação popular da cultura de um povo.

Portanto, enquanto o contributo mínimo é um parâmetro importante para garantir a originalidade, é fundamental equilibrar essa exigência com a necessidade de proteger e fomentar a diversidade cultural e a liberdade de expressão. A legislação deve, portanto, garantir que as normas de proteção autoral

não apenas respeitem a originalidade, mas também promovam um ambiente onde as manifestações culturais possam florescer e ser adequadamente valorizadas, sem ser indevidamente restringidas.

Para Freitas (2022), a distinção entre inspiração e plágio representa um desafio considerável, especialmente em áreas criativas como literatura, design e arte. A dificuldade está na falta de clareza das fronteiras entre inspiração legítima e plágio, que podem variar conforme o contexto e a interpretação. Ideias e temas universais, como amor, guerra ou a busca pela verdade, aparecem frequentemente de maneira semelhante em diferentes obras, sem configurar plágio.

A imitação de um estilo ou técnica não caracteriza necessariamente plágio, desde que o resultado seja original e não apenas uma cópia do trabalho de outro autor. Embora as leis de direitos autorais ofereçam diretrizes sobre o que constitui plágio e como a inspiração deve ser abordada, a aplicação dessas normas pode ser complexa. No Brasil, as leis definem claramente constituindo uma violação dos direitos autorais, mas a interpretação e aplicação dessas regras geralmente exigem uma análise cuidadosa e contextualizada. Por exemplo, um designer pode criar uma peça que remete ao estilo de outro autor, mas se a peça final for significativamente diferente e inovadora, ela pode ser considerada uma nova expressão e não um plágio.

É necessário entender o conceito de *trade dress*, um dos temas mais atuais no direito de propriedade industrial no Brasil, conforme destacado por Ramos (2013). Enquanto o *trade dress* é regulado pelo Lanham Act nos Estados Unidos, no Brasil ainda é um conceito emergente, mas já recebe crescente atenção de especialistas e gerou decisões judiciais importantes.

A violação de trade dress ocorre quando um concorrente não replica exatamente uma marca ou design industrial, mas imita características sutis do

produto ou serviço. Garcia *et al.* (2019) observa que, apesar da ausência de uma legislação específica para trade dress, sua proteção é abordada por meio da doutrina e da jurisprudência, com base na análise de casos concretos.

Historicamente, a jurisprudência brasileira sobre *trade dress* era fragmentada, o que tornava sua proteção jurídica incerta e dependia muitas vezes de "conhecimento comum" dos julgadores, sem exames técnicos detalhados.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfatiza a importância da perícia técnica para apurar violações de *trade dress*. No REsp 1.353.451/MG, a Terceira Turma do STJ afirmou que "a confusão que caracteriza concorrência desleal é uma questão fática, sujeita a exame técnico", o que sublinha a necessidade de uma avaliação detalhada do mercado e dos impactos da introdução de novos produtos (Garcia *et al.*, 2019).

Embora o Brasil valorize a livre concorrência, em casos de violação de marcas e práticas de concorrência desleal, é essencial adotar medidas administrativas e judiciais. A imitação de marcas e seus designs visuais, pode causar confusão, desvio de clientela e danos à reputação do titular.

Apesar da ausência de um registro específico para trade dress, o conceito é fundamental para proteger a identidade visual de produtos e serviços, indo além das questões marcárias. Para Teixeira (2024), o trade dress oferece uma defesa mais ampla da identidade visual. Além disso, o trade dress tem se mostrado crucial para distinguir práticas de concorrência legítima das fraudulentas, sendo cada vez mais utilizado em ações judiciais relacionadas à propriedade intelectual.

Após a análise dos conceitos de plágio e *trade dress*, é fundamental realizar uma pesquisa jurisprudencial para compreender como o plágio de embalagens é abordado nos tribunais brasileiros e de que maneira o conceito de trade dress é aplicado na prática judicial.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E ESTUDO DE CASOS SOBRE PLÁGIO EM EMBALAGENS

Neste tópico, o objetivo é explorar a aplicação prática das leis de propriedade intelectual, analisando jurisprudência relevante e examinando casos reais de plágio de embalagens. Através desta investigação, visa-se compreender como os tribunais abordam e resolvem essas questões, oferecendo uma visão abrangente das estratégias legais utilizadas para proteger designs e evitar a imitação indevida.

Recentemente, o jornal Estadão publicou a matéria "Empresa vende produtos que lembram McDonald's e viraliza; como a lei protege as marcas?", que ilustra uma polêmica envolvendo a marca britânica Snacksters e o McDonald's. O caso destaca um controverso exemplo de plágio de embalagens, onde um vídeo viral no TikTok comparou as embalagens dos produtos congelados da Snacksters com as icônicas embalagens do McDonald's, evidenciando semelhanças notáveis, como o "Big Stack" em relação ao famoso "Big Mac". A reação pública, composta por piadas e surpresas, sugere que a Snacksters pode estar se aproveitando da identidade visual da prestigiada multinacional. A ausência de uma lei de direitos autorais, claramente definida no Reino Unido, torna a situação legalmente complexa, exigindo que a Snacksters navegue por diversas leis de propriedade intelectual para resolver o impasse (Estadão, 2024).

No contexto da jurisprudência brasileira, destaca-se um caso recente ocorrido em São Paulo, envolvendo dois fabricantes de amendoim em litígio devido à semelhança nas embalagens de seus produtos. A empresa autora alegou que a concorrente estava se aproveitando parasitariamente do design de suas embalagens para confundir os consumidores. Apesar de uma decisão inicial favorável à autora, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) reformou a sentença. O relator, desembargador Grava Brazil, reconheceu a importância do trade dress, mas concluiu que a

similaridade entre as embalagens não era suficiente para configurar concorrência desleal, pois a imitação não era suficientemente distintiva. Em contraste, o desembargador Ricardo Negrão discordou, afirmando que a semelhança poderia induzir o consumidor ao erro. A decisão final do TJ-SP foi favorável à empresa ré (Ricci; Pires, 2024).

Além disso, tratando-se ainda do Tribunal de Justiça de São Paulo, é importante destacar o seguinte caso: a 1ª câmara reservada de Direito Empresarial do TJ/SP manteve, por maioria, a sentença da 2ª vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Capital, proferida pela juíza Renata Mota Maciel. A decisão condenou uma empresa de materiais de construção por vender rejuntes com embalagem similar à de um concorrente. A empresa foi ordenada a cessar o uso da embalagem "Colorflex" e a indenizar a concorrente, produtora da embalagem "Quartizolit", em R$ 10 mil por danos morais e materiais, com lucros cessantes a serem apurados em fase de liquidação de sentença (Migalhas, 2023).

Essa prática foi classificada como violação de *trade dress*, caracterizando concorrência desleal. A empresa condenada não contestou a violação, limitando-se a alegar ser de pequeno porte e voltada para o público de baixa renda, sem intenção de prejudicar a concorrente. O relator, desembargador J.B. Franco de Godoi, afirmou que a similaridade das embalagens poderia causar confusão entre os consumidores, justificando a condenação por danos materiais e morais (Migalhas, 2023).

Os dois casos recentes no Tribunal de Justiça de São Paulo ilustram a complexidade e a subjetividade na aplicação das leis de *trade dress* no Brasil. No caso dos fabricantes de amendoim, a decisão final foi favorável à empresa ré, com a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial concluindo que a similaridade das embalagens não era suficiente para configurar concorrência desleal devido à falta de distintividade. Já no caso dos fabricantes de materiais de construção, a 1ª

Câmara Reservada de Direito Empresarial manteve a condenação da empresa ré, destacando que a similaridade das embalagens poderia causar confusão entre os consumidores e configurava concorrência desleal.

Esses casos demonstram que a avaliação da distintividade e do potencial de confusão é crucial nas disputas de *trade dress*. A falta de critérios objetivos claros pode levar a decisões divergentes, evidenciando a necessidade de uma análise detalhada e contextualizada em cada situação para proteger adequadamente os direitos de propriedade intelectual e evitar a imitação indevida.

Nesse sentido, a decisão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS reflete uma abordagem detalhada para casos de alegação de plágio e concorrência desleal envolvendo marcas evocativas. A apelante buscava a proibição do uso da marca da ré, bem como indenização por danos materiais e morais, alegando que a marca da ré poderia causar confusão entre os consumidores e desviar clientela. No entanto, o tribunal concluiu que não havia colidência significativa entre as marcas e que a marca "MULTIMATE" da ré, sendo uma marca evocativa, não era original ou distintiva o suficiente para gerar confusão, veja-se:

> Ementa: APELAÇÃO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MARCAS EVOCATIVAS. AUSÊNCIA DE COLIDÊNCIA ENTRE AS MARCAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A MARCA DA RÉ SEJA CAPAZ DE GERAR CONFUSÃO ENTRE SEUS CONSUMIDORES, LEVANDO AO DESVIO DE SUA CLIENTELA E/OU CONCORRÊNCIA DESLEAL. 1) A marca não se trata de apenas um símbolo que representa uma organização, companhia ou empresa, mas também a relação entre produtos e serviços de determinada entidade. Sua proteção, para fins de evitar que concorrentes ajam de maneira desleal, utilizando meios para confundir o consumidor ao criar um simbolismo semelhante e aproveitando-se do valor agregado em outra marca, depende de registro no órgão competente – instituto nacional de propriedade intelectual. éssa é a regra geral. 2) Todavia, essa conceituação comporta mitigação quando as marcas forem as chamadas evocativas, ou seja, "marcas fracas" que, segundo a jurisprudência do STJ (Agint no AResp 410.559/SP), são aquelas que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e

> sem suficiente forma distintiva, podendo conviver com outras semelhantes, desde que não seja capaz, por si só, de induzir o consumidor em erro. É o caso dos autos, pois a marca MULTIMATE é uma marca evocativa (MULTI+ MATE). 3) Do exame da marca MULTIMATE utilizadas pelas partes litigantes, verifica-se que o conjunto marcário da apelada possui elementos visuais distintos da apelante, ou seja, o trade dress utilizado diverge uma da outra. Além disso, o público final de cada empresa é completamente diferente uma da outra, a concluir que seria impossível haver confusão do consumidor final da autora, da mesma forma, difícil caracterizar, na hipótese, concorrência desleal. 4) Fato é que a autora não provou que a utilização da marca pela ré foi capaz de gerar confusão entre seus consumidores, levando ao desvio de sua clientela e/ou concorrência desleal, isto é, não se desincumbiu de produzir a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO (Rio Grande do Sul, 2023).

O tribunal destacou que, para haver proteção eficaz contra concorrência desleal, é necessário provar que a marca da ré causaria realmente confusão no mercado e desvio de clientela. No caso, a autora não conseguiu demonstrar que a utilização da marca pela ré tinha esse potencial. O exame detalhado dos elementos visuais e do público-alvo das empresas envolvidas também evidenciou que não havia elementos suficientes para caracterizar a concorrência desleal. A decisão reforça a importância de uma prova substancial para fundamentar alegações de violação de propriedade intelectual e destaca a necessidade de uma diferenciação clara entre marcas e seus respectivos públicos-alvo.

Nesse sentido, também se faz importante destacar outra decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a decisão da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS aborda um caso de violação de marca e trade dress, ressaltando a importância do registro de marca para assegurar o uso exclusivo e evitar concorrência desleal. A apelante, autora da ação, havia solicitado a condenação da ré por reproduzir sua marca e conjunto visual, particularmente no segmento de farmácias, onde a possibilidade de confusão entre os consumidores é significativa. Nota-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO DE MARCA E 'TRADE DRESS". AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. RECONVENÇÃO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. 1. O registro de marca validamente expedido assegura ao respectivo titular o uso exclusivo em todo o território nacional. Art. 129 da Lei n. 9.279/96. 2. Caso em que a ré foi flagrada reproduzindo a marca e o conjunto visual da autora para identificar estabelecimentos no mesmo segmento mercadológico (farmácias). Cuidando-se de empresas que atuam no mesmo segmento comercial, evidente a possibilidade de confusão perante o público consumidor. 3. Danos materiais devidos, decorrentes da prática ilícita comprovada nos autos. Fixação do valor postergada para a fase de liquidação de sentença por arbitramento, conforme critérios dos arts. 208 e 210 da LPI. 4. Dano moral ocorrente e que se revela independentemente de prova do prejuízo. Valor mantido. Entendimento do e. STJ. Precedentes. 5. Honorários advocatícios majorados, na forma do art. 85, §2º, do CPC. 6. Sucumbência recursal aplicada na reconvenção. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO (Rio Grande do Sul, 2023).

O tribunal reafirmou que o uso exclusivo concedido pelo registro de marca é aplicável em todo o território nacional, e a semelhança visual entre as marcas das partes envolvidas configurava a possibilidade de confusão no mercado. Foi determinado que os danos materiais seriam calculados posteriormente, na fase de liquidação de sentença, utilizando os critérios da Lei de Propriedade Industrial. O tribunal também reconheceu o dano moral sofrido pela autora, que não requer prova adicional de prejuízo, em linha com entendimentos prévios do STJ.

Além disso, os honorários advocatícios foram majorados conforme o Código de Processo Civil, e a sucumbência recursal foi aplicada na reconvenção. A decisão reflete a postura do tribunal em proteger os direitos de propriedade industrial, garantindo a compensação por danos materiais e morais decorrentes da concorrência desleal, e a importância de assegurar que as práticas comerciais respeitem os direitos registrados de marca e *trade dress*.

O exame das decisões sobre plágio de embalagens e *trade dress* revela a complexidade da aplicação das leis de propriedade intelectual. Casos como o da

Snacksters e McDonald's anteriormente referidos e os litígios brasileiros ilustram diferentes aspectos da proteção de designs e marcas, evidenciando a necessidade de critérios claros e provas substanciais para configurar a concorrência desleal. As decisões judiciais destacam a importância do registro de marca para garantir proteção exclusiva e a necessidade de uma análise detalhada da distintividade e potencial de confusão entre as marcas envolvidas. Essas decisões refletem a variabilidade e a subjetividade no tratamento de casos de imitação visual, sublinhando a necessidade de uma abordagem contextualizada para proteger efetivamente os direitos de propriedade intelectual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade intelectual desempenha um papel essencial na promoção da inovação e na proteção das criações humanas, abrangendo direitos como patentes, marcas, direitos autorais e desenhos industriais. Em particular, o desenho industrial, que se refere à proteção da aparência visual dos produtos, é fundamental para a competitividade no mercado. Ao garantir exclusividade sobre o design e a estética dos produtos, oferece uma vantagem significativa às empresas.

Consoante a legislação brasileira, especificamente a Lei n.º 9.279/96, a proteção de desenhos industriais exige que o design seja novo, original e ornamental. O registro junto ao INPI é importante para assegurar essa proteção, impedindo que terceiros explorem a aparência visual do produto de forma não autorizada. Além de proteger contra cópias e imitações, o registro combate a concorrência desleal, garantindo que o criador mantenha a exclusividade sobre sua criação.

Compreender e aplicar corretamente os conceitos de propriedade intelectual e desenho industrial é vital para o sucesso e a sustentabilidade das

empresas no mercado competitivo atual. O registro de desenhos industriais é uma ferramenta poderosa para preservar a inovação e promover o desenvolvimento contínuo, destacando a propriedade intelectual como um ativo estratégico que incentiva o progresso criativo e tecnológico.

A análise das decisões sobre plágio de embalagens e trade dress revela a complexidade e a variabilidade das questões jurídicas envolvidas. Casos examinados demonstram que a proteção de designs e marcas enfrenta desafios significativos, evidenciando a necessidade de uma avaliação minuciosa e contextualizada para cada situação.

O caso Snacksters vs. McDonald's ilustra a dificuldade em resolver disputas devido à falta de legislação clara sobre direitos autorais no Reino Unido, destacando a necessidade de uma legislação mais robusta para tratar do plágio de embalagens e imitação visual. No Brasil, as decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul evidenciam que a avaliação da distintividade e do potencial de confusão é crucial. Enquanto em alguns casos a similaridade das embalagens é suficiente para configurar concorrência desleal e resultar em condenação, em outros, a ausência de distintividade e a falta de provas substanciais de confusão podem levar a decisões favoráveis à parte ré.

A decisão da Sexta Câmara Cível do TJ-RS sublinha a importância da prova substancial de confusão para fundamentar alegações de violação de propriedade intelectual. A falta de prova convincente de confusão entre os consumidores resultou na rejeição da ação, reforçando a necessidade de uma análise detalhada dos elementos visuais e do público-alvo. Em contraste, a decisão da Quinta Câmara Cível do TJ-RS reafirma a proteção conferida pelo registro de marca e trade dress, reconhecendo a possibilidade de confusão no mercado e determinando compensação por danos materiais e morais, destacando a importância do registro para assegurar o uso exclusivo e proteção contra práticas comerciais desleais.

Em conclusão, as decisões analisadas ressaltam a importância de uma abordagem detalhada e contextualizada na proteção dos direitos de propriedade intelectual e na prevenção da imitação indevida. A variabilidade nas decisões reflete a necessidade de critérios objetivos e provas substanciais para fundamentar alegações de concorrência desleal, bem como a relevância do registro de marcas e designers para garantir uma proteção legal eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/129795/lei-9279-96. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre os direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

BRASIL. **Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021.** Altera a Lei de Propriedade Industrial e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2021.

CARVALHO, Alexandre. Qual a diferença entre inspiração e plágio no direito autoral. **Jusbrasil**, [s.l.], 30 mar. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/qual-a-diferenca-entre-inspiracao-e-plagio-no- direito-autoral/1315967495. Acesso em: 8 ago. 2024.

CHAGAS, Edilson. **Propriedade intelectual**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos- e-entrevistas/artigos/2021/propriedade-intelectual. Acesso em: 8 ago. 2024.

ESTADÃO. McDonald's copia marca de fast-food. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 6 ago. 2024. Disponível em: https://www.estadao.com.br/pme/mcdonalds-

copia-marca- nprei/. Acesso em: 8 ago. 2024.

FREITAS, Ana. Inspiração ou Plágio? Uma Análise das Fronteiras na Produção Artística. **Revista Brasileira de Direito Autoral**, v. 12, n. 1, p. 45-62, jan./jun. 2022.

GOMES, Gustavo. **Direitos Autorais:** Fundamentos e Questões Práticas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

RAMOS, André. Você sabe o que é trade dress? **Jusbrasil**, [s.l.], 2013F. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/voce-sabe-o-que-e-trade-dress/121943290. Acesso em: 8 ago. 2024.

MATTOS, Patrícia Peck. **Propriedade Intelectual:** Direitos Autorais e Conexos, Patentes, Marcas e Desenho Industrial. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

MIGALHAS. TJ-SP mantém condenação a empresa por embalagem similar à concorrente. **Migalhas**, São Paulo, 24 ago. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/400348/tj-sp-mantem-condenacao-a-empresa- por-embalagem-similar-a-concorrente. Acesso em: 26 ago. 2024.

GARCIA *et al.* O trade dress e o posicionamento do STJ. **Migalhas**, São Paulo, 5 jun. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/303795/o-trade-dress-e-o- posicionamento-do-stj. Acesso em: 8 ago. 2024.

RICCI & PIRES. **TJ-SP decide que embalagem similar não se trata de concorrência desleal**. Ricci & Pires Advogados, São Paulo, 7 ago. 2024. Disponível em: https://riccipi.com.br/tj-sp-decide-que-embalagem-similar-nao-se-trata-de-concorrencia- desleal/. Acesso em: 8 ago. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 5000802-98.2020.8.21.0082**, Sexta Câmara Cível, Relatora: Eliziana da Silveira Perez, julgado em 28 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70073090797**, Quinta Câmara Cível, Relatora: Isabel Dias Almeida, julgado em 28 jun. 2017.
SILVA *et al.* Desenho Industrial: Da Importância à Sua Proteção. Rio de Janeiro: Editora INPI, 2021.

TEIXEIRA, Luciano. O que é trade dress e por que ele é importante para a defesa da PI no Brasil? **Lexlatin**. Disponível em: https://br.lexlatin.com/reportagens/o-que-e-trade-dress-e-por-que-ele-e-importante-para-defesa-da-pi-no-brasil. Acesso em: 7 ago. 2024.

REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO SEGURADO[1]

Ana Caroline Gobatto[2]
Carlos Daniel Pereira[3]
Karen Fabiana Menin[4]
Luiza da Silva Fialho[5]

RESUMO

O presente artigo busca conhecer as questões jurídicas relacionadas aos benefícios por incapacidade, examinar as consequências econômicas de sua revogação e entender o princípio da boa-fé na relação entre o segurado e a previdência social. Destaca-se a complexidade do sistema previdenciário, trazendo os fundamentos legais que regem a concessão e revogação dos benefícios por incapacidade. Além disso, analisa as graves consequências econômicas causadas pela revogação, como o risco de superendividamento e a perda de renda essencial para a subsistência do segurado. Por fim, analisa-se o princípio da boa-fé nas relações entre segurados e a previdência social, enfatizando o dano moral que pode surgir da exigência de devolução de valores recebidos. A presente pesquisa emprega o método indutivo, que a partir da análise de casos específicos visa generalizar os impactos da revogação dos benefícios previdenciários, no formato analisado, para os segurados brasileiros. A conclusão evidencia a necessidade de um sistema mais justo e equitativo que proteja os direitos dos segurados, pois é fundamental garantir que a vulnerabilidade não se transforme em penalização.

Palavras-chave: benefício por incapacidade; boa-fé do segurado; previdência social; revogação dos benefícios por incapacidade.

[1] O presente trabalho foi desenvolvido na disciplina de Metodologia da Pesquisa, do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Câmpus Erechim, sob a orientação da Profa. Dra. Daniela Lippstein.

[2] Acadêmica do 2º semestre do Curso de Direito, URI Erechim. Contato: 108159@aluno.uricer.edu.br.
[3] Acadêmico do 2º semestre do Curso de Direito, URI Erechim. Contato: 108212@aluno.uricer.edu.br.
[4] Acadêmica do 2º semestre do Curso de Direito, URI Erechim. Contato: kmeninn@gmail.com.
[5] Acadêmica do 2º semestre do Curso de Direito, URI Erechim. Contato: 108108@aluno.uricer.edu.br.

INTRODUÇÃO

A seguridade social, de acordo com a Constituição Federal de 1988, tem como objetivo a proteção do trabalhador em situação de incapacidade para o trabalho, garantindo-lhe meios de subsistência por intermédio de benefícios previdenciários. Entre esses benefícios, os que são concedidos por incapacidade, seja temporária ou permanente, desempenham um papel crucial na manutenção da dignidade dos segurados que, por motivos de saúde, encontram-se impossibilitados de exercer suas atividades laborais e, consequentemente, de gerar renda.

No entanto, a dinâmica de concessão desses benefícios, muitas vezes mediada por decisões liminares ou antecipações de tutela, pode levar à revogação posterior dos mesmos. Esse fenômeno, embora parte do processo legal, traz à tona uma série de implicações negativas para os segurados, que vão além da simples perda do benefício. A exigência de devolução dos valores já recebidos, o impacto financeiro imediato e o dano moral, são apenas algumas das consequências enfrentadas por aqueles que dependem desse suporte para garantir sua sobrevivência.

Diante desse cenário, o presente trabalho busca analisar os efeitos negativos causados pela revogação de benefícios por incapacidade, com foco nas repercussões econômicas e morais sofridas pelos segurados. Para isso, utiliza-se o método indutivo, permitindo a observação de dados específicos e a identificação de padrões que evidenciem as realidades destes indivíduos.

Busca-se oferecer uma compreensão mais aprofundada das implicações da revogação de benefícios por incapacidade, contribuindo para um debate mais amplo sobre a necessidade de um sistema previdenciário mais justo e eficaz, que efetivamente proteja os direitos dos segurados em situações vulneráveis.

1. ASPECTOS JURÍDICOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A antecipação de tutela está dirigida no art. 273 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
> § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.
> § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.
> § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Brasil, 2015).

Tal advento vem para solucionar a demanda em prazo célere, visando a prevenção de lesões ao direito pleiteado, principalmente em se tratando de parcela de caráter alimentar, como se configura o benefício por incapacidade. Nesse contexto, "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade" (Barbosa, 1999, p. 40).

Giza-se que a pesquisa se refere aos benefícios conquistados a duras penas, mediante uso da boa-fé de pessoas hipossuficientes e que experienciam quadro de inaptidão laboral, mesmo que de forma temporária. Daí surge a urgência e a utilização do princípio do *in dubio pro misero*. Colaciona-se, a exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. AUXÍLIO DOENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. ALTA PROGRAMADA. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR TERMO FINAL. A TUTELA DE URGÊNCIA PRESSUPÕE A DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS INSCULPIDOS NO ART. 300 DO CPC/2015 SITUAÇÃO EM QUE OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SE ENCONTRAM PRESENTES EM FACE DA PROVA MÉDICA ACOSTADA, A QUAL DEMONSTRA A INCAPACIDADE TEMPORÁRIA DO SEGURADO PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES LABORATIVAS E DA EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO NEXO ETIOLÓGIGO, DEVENDO PREVALECER O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO MISERO. PERIGO DE DANO OU DE RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO EVIDENCIADO PELO CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PERSEGUIDO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.INVIÁVEL AO ENTE PREVIDENCIÁRIO DECIDIR, ADMINISTRATIVAMENTE, SOBRE A MANUTENÇÃO OU NÃO DO BENEFÍCIO, ESTABELECENDO UMA ALTA PROGRAMADA, QUANDO O BENEFÍCIO FOI RESTABELECIDO MEDIANTE DECISÃO JUDICIAL, EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, TORNANDO A SITUAÇÃO LITIGIOSA. NESSA CONDIÇÃO, SOMENTE O ÓRGÃO JURISDICIONAL PODE REVISAR A SITUAÇÃO, AINDA QUE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO POSSA O ENTE PREVIDENCIÁRIO CONVOCAR E REALIZAR EXAME PARA AUDITAR AS CONDIÇÕES PARA O PROSSEGUIMENTO DO BENEFÍCIO, SUJEITANDO-SE, ENTRETANTO, A COMUNICAR AO JUÍZO EVENTUAL CONDIÇÃO QUE POSSA DETERMINAR A SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 52440189520218217000, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 30-03-2022).

O próximo julgado deixa explícito a aplicação do princípio retromencionado em caso em que há dúvidas acerca de algum aspecto para a concessão do benefício. No que tange aos benefícios de origem acidentária, é necessário que haja a presença de nexo causal entre as patologias e o labor habitualmente exercido, mesmo que na modalidade de concausa. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. AUXÍLIODOENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. A TUTELA DE URGÊNCIA PRESSUPÕE A DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS INSCULPIDOS NO ART. 300 DO CPC/2015SITUAÇÃO EM QUE OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SE ENCONTRAM PRESENTES

> EM FACE DA PROVA MÉDICA ACOSTADA, A QUAL DEMONSTRA A INCAPACIDADE TEMPORÁRIA DO SEGURADO PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES LABORATIVAS E DA EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO NEXO ETIOLÓGIGO, DEVENDO PREVALECER O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO MISERO. PERIGO DE DANO OU DE RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO EVIDENCIADO PELO CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PERSEGUIDO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AGRAVO PROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 50424359320208217000, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 29-10-2020).

Ocorre, contudo, que existe a possibilidade de a decisão proferida em medida liminar não ser confirmada no momento do trânsito em julgado. Nesses casos, o entendimento do Tema 692 do STJ aponta que o INSS pode exigir a restituição dos valores pagos anteriormente, no gozo da antecipação.

Cita-se o Tema 692 do STJ, após revisão e novo julgamento em 24/05/2022:

> A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago. (STJ, 2022)

Para a aplicação do Tema, deve ser levado em conta a época em que a antecipação de tutela foi proferida e o período em que o segurado permaneceu em gozo do benefício. Isso porque o entendimento firmado no Tema foi alvo de revisões ao longo dos anos sucessores, exigindo, portanto, a modulação de seus efeitos na hora de sua aplicabilidade.

A modulação de seus efeitos pode ser verificada por meio da seguinte jurisprudência exemplificativa:

> APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C

REPETIÇÃO DE VALORES. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO INDEVIDAMENTE. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 496, § 1º, DO CPC/2015. 1. Diante da interposição voluntária de recurso pela autarquia federal, prescindível o reexame necessário da matéria. Presunção de aceitação implícita dos demais pontos que não foram objeto de questionamento no recurso aviado. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. NOVO ENTENDIMENTO DO STJ. TESE FIRMADA EM RESP REPETITIVO. TEMA 979. MODULAÇÃO DE EFEITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. 2. Ao examinar o REsp nº 1.381.734/RN sob o rito dos processos repetitivos (Tema 979), o STJ firmou a seguinte tese: "Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis os valores, sendo legítimo o seu desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício mensal, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido". 3. O entendimento inova em relação à jurisprudência até então dominante, razão pela qual o tribunal superior, no interesse social e no da segurança jurídica, modulou os efeitos da alteração, determinando a sua incidência apenas aos feitos distribuídos a partir da publicação do acórdão, ocorrida em 23/04/2021. 4. Caso concreto em que a ação foi ajuizada em 16/05/2016, sendo inaplicável a nova tese. Assim, de rigor a incidência do entendimento antes dominante, não se permitindo a devolução dos valores indevidamente recebidos. COMPENSAÇÃO/ABATIMENTO DE VALORES PAGOS AO SEGURADO EM RAZÃO DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA OU ALTERADA. MATÉRIA APRECIADA PELO STJ. RESP Nº 1.401.560/MT. RITO DOS PROCESSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA, CONTUDO, À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE POR OCASIÃO DO DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE DE ABATIMENTO OU COMPENSAÇÃO NO CASO CONCRETO. BOA-FÉ DO SEGURADO. SEGURANÇA JURÍDICA. 5. Inobstante o julgamento, pelo rito dos processos repetitivos, do REsp nº 1.401.560/MT (Tema 692), impondo o reconhecimento da possibilidade de cobrança, pelo INSS, dos valores recebidos pelo segurado em face do deferimento da tutela antecipada posteriormente revogada ou alterada, tal entendimento ganhou corpo apenas em outubro de 2015. 6. No caso, à época em que deferida a antecipação de tutela em favor do segurado na demanda anterior (20/07/2009), o entendimento jurisprudencial então vigente era no sentido de que era incabível a devolução ou o abatimento. 7. Nesse contexto, tem-se que ocorreu uma mudança abrupta de entendimento jurisprudencial, que não pode prejudicar aqueles que receberam benefícios por força de decisão judicial e de boa-fé, albergados pela jurisprudência que lhes era favorável na ocasião. 8. Assim, no caso concreto, também é descabida a cobrança de valores em virtude

> da revogação ou alteração da tutela provisória de urgência. CONSECTÁRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 9. No julgamento do REsp nº 1.492.221/PR, proferido com base no rito dos recursos repetitivos, firmou-se o entendimento de que nas condenações de natureza previdenciária direcionadas à Fazenda Pública deve incidir o INPC a partir da vigência da Lei nº 11.430/06. 10. Assim, esta Câmara reviu o posicionamento anteriormente adotado, passando a determinar a incidência dos índices previstos no manual de cálculos da Justiça Federal até 27/12/2006, a partir de quando passará a incidir o INPC. PREQUESTIONAMENTO. 11. O julgador não está obrigado, para fins de prequestionamento, a se manifestar sobre todos os dispositivos legais aventados pelas partes, bastando que a fundamentação seja suficiente para a solução do caso concreto. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação / Remessa Necessária, Nº 70078714409, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 25-08-2021).

Outrossim, verifica-se o exposto na ementa do julgado do STJ quando da revisão do precedente, em 2022:

> PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA REPETITIVO 692/STJ (RESP N. 1.401.560/MT). ART. 927, § 4°, DO CPC/2015. ARTS. 256-S, 256-T, 256-U, E 256-V DO RISTJ. DEVOLUÇÃO DE VALORES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR POSTERIORMENTE REVOGADA. ADVENTO DE NOVA LEGISLAÇÃO. ART. 115, INC. II, DA LEI N. 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.846/2019. TEMA N. 799/STF (ARE 722.421/MG): POSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM JULGADA NO SENTIDO DA REAFIRMAÇÃO, COM AJUSTES REDACIONAIS, DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA REPETITIVO N. 692/ST. (...) 19. Situação diversa é a da tutela de urgência cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então dominante. **Nesses casos, a superação do precedente deverá ser acompanhada da indispensável modulação dos efeitos, a juízo do Tribunal que está promovendo a alteração jurisprudencial, como determina o art. 927, § 3°, do CPC. Assim, como diz a norma, o próprio juízo de superação "de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos" deve ser acompanhado da modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Dessa forma, uma eventual guinada jurisprudencial não resultará, em princípio, na devolução de valores recebidos por longo prazo devido à**

> **cassação de tutela de urgência concedida com base em jurisprudência dominante à época em que deferida, bastando que o tribunal, ao realizar a superação, determine a modulação dos efeitos**. (...) (Pet n. 12.482/DF, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 24/5/2022).

Em complementação, segue o § 3° do art. 927, do CPC:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> (...)
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (Brasil, 2015).

Facilitando o entendimento da observância da modulação de efeitos do Tema, insere-se um paralelo histórico da discussão sobre a restituição do montante recebido:

A lógica de que é obrigação do exequente reparar os efeitos da tutela provisória que se torna não confirmada esteve presente desde o CPC/1973 e se mantém atualmente, com o CPC/2015. Contudo, muito discutia-se sobre a aplicação (ou não aplicação) de tal preceito no âmbito do Direito Previdenciário.

O motivo que originou a discussão foi a redação do art. 130 da Lei 8.213/1991, que redigia que "ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos". Em 1997, a Lei 9.528 alterou esse pressuposto, valendo, a partir daí, a regra geral presente no CPC. Ou seja, havia ausência de norma especial em sentido contrário no âmbito previdenciário.

Desde então, ganhou destaque o entendimento de que se faz necessário devolver os valores que foram recebidos mediante tutela antecipada não confirmada, findando no Tema Repetitivo 692 (REsp n. 1.401.560/MT), com

publicação em 13/10/2015: "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos".

Em 2018, o tema foi alvo de revisão em decorrência de precedentes contrários no Supremo Tribunal Federal (STF), sob a alegação de que o art. 115, inc. II, da Lei 8.213/1991 não era expresso quanto à devolução de valores pagos em decorrência das consequências da tutela provisória revogada.

Deste modo, a Medida Provisória 871/2019 e a Lei 13.846/2019 trouxeram uma reformulação da legislação previdenciária, versando que, sim, os valores devem ser devolvidos à parte adversa nos casos de revogação de medida liminar. Esse permaneceu sendo o entendimento do Tema 692, que obteve fim do novo exame em 2022.

Nesse cenário, tem-se como concretizado, até o presente estudo, que a devolução é obrigatória, desde que adequado o número de parcelas para que estas não excedam o percentual de 30% de eventual benefício ou salário que esteja sendo pago ao segurado. A inconsistência do tema ao longo dos últimos quase dez anos, por sua vez, denota ainda mais a necessidade da modulação dos efeitos das decisões proferidas em face do segurado, principalmente se o gozo do benefício previdenciário se deu antes da publicação do Tema Repetitivo 692 do STJ.

2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A boa-fé objetiva, no âmbito geral, diz respeito a elementos externos, normas ou padrões de conduta que determinam como a pessoa deve agir. Nesse cenário, age em conformidade à boa-fé o indivíduo que se relaciona leal e corretamente com outrem, também demonstrando confiar na outra parte da relação (Gonçalves, 2008; Martinez, 2022).

Tratando-se do direito previdenciário, a boa-fé objetiva se identifica na apresentação de prova real e robusta de sua condição financeira para subsistência, bem como de aspectos relacionados às moléstias apresentadas no processo (Schulte; Floriani Neto, 2021; Veloso; Mendes, 2020).

Ou seja, é passível a conclusão de que, no âmbito do Direito Previdenciário, a possibilidade de fraude é quase nula, tendo em vista a quantidade de provas a serem produzidas para a configuração do direito, quais sejam: requerimento administrativo indeferido, documentos médicos relevantes, prova pericial médica com especialista, qualidade de segurado, dentre outras (Garcia, 2018; Rocha, 2015).

3. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL NA REVOGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

O dano moral é a violação da honra ou imagem de alguém, resultante de ofensa aos direitos da personalidade (intimidade, privacidade, honra e imagem), podendo se caracterizar ainda pela quebra de expectativa (Ferreira, 2019; Martins, 2020).

Assim, é suscetível o enquadramento do INSS nos agentes causadores de dano moral aos segurados, seja por indeferimentos abusivos ou exigibilidade da devolução dos valores recebidos de forma antecipada, além do advogado que, deliberadamente, solicita a antecipação de tutela em qualquer caso, ou seja, de praxe, sem análise prévia de real situação do cidadão incapacitado (Garcia, 2018; Veloso; Mendes, 2020)

Em se tratando do dano moral previdenciário processual, a exigibilidade de devolução dos valores pagos "indevidamente" também acarreta em abalo emocional. Não se pode afastar que, uma vez que o beneficiário usufruiu da parcela alimentar para garantir seu sustento, fazendo uso da boa-fé, há um claro e inequívoco dano

moral ou, no mínimo, abalo psíquico, configurado (Garcia, 2018; Gomes; Costa, 2023; Schulte; Floriani Neto, 2021).

Isso porque tamanha é a surpresa do beneficiário que enfrenta uma quebra enorme de expectativa ao perder seu sustento, sem qualquer aviso prévio. Pouco se aborda sobre, porém não é insensato concluir que a revogação do benefício acarreta em vulnerabilidade e instabilidade financeira, e em sobrecarga emocional, gerando angústia para o mantimento de sustento de sua família. Aliás, é inescusável mencionar que a devolução dos valores apenas reforça e agrava o dano já causado (Ferreira, 2019; Martins, 2020; Veloso; Mendes, 2020).

4. REFLEXOS DA REVOGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO SUPERENDIVIDAMENTO DOS SEGURADOS

A Lei nº 14.181/2021 (Brasil, 2021) assegura ao superendividado a proteção de possíveis abusos na cobrança da inadimplência, buscando não comprometer o mínimo existencial para a subsistência de cada indivíduo, conforme disposto no Capítulo VI-A, § 1º da referenciada Lei, nos seguintes termos:

> [...]
> § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação (Brasil, 2021).

A tutela provisória visa beneficiar o requerente previamente ao trânsito em julgado, conforme disposto no art. 294 do Código de Processo Civil: "a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência" (Brasil, 2015).

Com a concessão provisória de tal benefício, o indivíduo passa a usufruir de um direito pleno. Entretanto, ao solicitar a tutela, o beneficiário não está garantido do recebimento vitalício do benefício, uma vez que o INSS pode

recorrer da decisão proferida. Em caso de recurso, o beneficiário poderá ter descontos de até 30% sobre o valor recebido, assegurando, assim, sua subsistência mínima. No entanto, por se tratar de uma decisão incerta, o beneficiário pode ser prejudicado, pois os valores recebidos, utilizados para sua subsistência, não são passíveis de restituição. Considerando o tempo decorrido durante o processo, esses valores podem se tornar expressivos, contrariando o disposto na Lei nº 14.181/2021, § 1º (Brasil, 2021; Garcia, 2018; Gomes; Costa, 2023; Schulte; Floriani Neto, 2021). Diante disso, há decisões que favorecem o beneficiário. Colaciona-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL POR OCASIÃO DO DEFERIMENTO. AUXÍLIO ACIDENTÁRIO. BOA-FÉ DO SEGURADO. CARÁTER ALIMENTAR. SITUAÇÃO DOS AUTOS EM QUE O SEGURADO RECEBEU OS VALORES DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DE NÍTIDA ÍNDOLE ALIMENTAR, POR 1 BOA FÉ, AINDA NO ANO DE 2013, EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPADA DE TUTELA, SEGUNDO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ENTÃO VIGENTE. ASSIM, CONSIDERANDO A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE À ÉPOCA DA DECISÃO DE TUTELA ANTECIPADA, ALÉM DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, DA RAZOABILIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INVIÁVEL A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PRETENDIDOS PELA AUTARQUIA. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO DO JULGADO PROFERIDO PELA SUPERIOR INSTÂNCIA EM OUT/2015 (RESP Nº 1.401.560/MT), O QUAL VEM ORIENTANDO OS JULGADOS RECENTES DESTA CÂMARA CÍVEL, NO PARTICULAR DOS AUTOS, IMPLICARIA AO SEGURADO A CONDIÇÃO DE DEVEDOR FRENTE AO ENTE PREVIDENCIÁRIO, DESPROVENDO-LHE DA PRÓPRIA CONDIÇÃO ALIMENTAR DO BENEFÍCIO QUE LHE FOI ALCANÇADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. NO QUE DIZ A TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS, O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR 15/TJRS) FIRMOU A SEGUINTE TESE: "A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS INSTITUÍDA PELA LEI 14.634/2014, CONCEDIDA AOS ENTES PÚBLICOS QUE ENUNCIA, APLICA-SE EM TODOS OS PROCESSOS EM QUE FOREM PARTES, SEJA NA CONDIÇÃO DE AUTORES OU RÉUS, RESSALVADA A OBRIGAÇÃO, QUANDO SUCUMBENTES, DE REEMBOLSAR AO

> VITORIOSO AS DESPESAS PROCESSUAIS QUE ESTE TENHA EXPERIMENTADO PARA ESTAR EM JUÍZO, INCLUSIVE A TÍTULO DE PAGAMENTO DA TAXA ÚNICA EM QUESTÃO". NO CASO, O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA FOI DESFAVORÁVEL AO INSS, TODAVIA, CABÍVEL A ISENÇÃO DO ENTE PÚBLICO, POR SE TRATAR DE LITÍGIO RELATIVO A ACIDENTE DE TRABALHO, EM QUE A PARTE AUTORA É ISENTA DO PAGAMENTO DE QUAISQUER CUSTAS E VERBAS RELATIVAS À SUCUMBÊNCIA, POR FORÇA DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 129 DA LEI Nº 8.213/91. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação 2 Cível, Nº 50007456420138210005, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 24-07-2024).

Considerando a decisão procedida parcialmente para inviabilidade de devolução dos valores do benefício que foi utilizado para a fruição do beneficiário para manter uma vida digna, há decisões que são consideradas procedentes para a devolução do benefício; vejamos:

> Ementa: APELAÇÕES. AÇÃO ACIDENTÁRIA. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE PERMITE CONCLUIR PELA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E REDUÇÃO PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORATIVA. TERMO FINAL DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, CONFORME DETERMINADO NA PERÍCIA JUDICIAL. 1. O AUXÍLIO-DOENÇA, NOS TERMOS DO ARTIGO 59 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91, É DEVIDO AO SEGURADO QUE, UMA VEZ CUMPRIDO, QUANDO FOR O CASO, O PERÍODO DE CARÊNCIA, FICAR INCAPACITADO PARA O SEU TRABALHO OU PARA A SUA ATIVIDADE HABITUAL, TOTAL OU PARCIALMENTE, POR MAIS DE QUINZE DIAS CONSECUTIVOS, ENTENDENDOSE POR PARCIAL AQUELA INCAPACIDADE QUE PERMITE A REABILITAÇÃO PARA OUTRAS ATIVIDADES. 2. DEMONSTRADA A INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA DA AUTORA, IMPOSITIVO O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. TERMO FINAL DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 3. HIPÓTESE QUE O PERITO ATESTOU, DE FORMA PEREMPTÓRIA, QUE A SEGURADA RESTOU INCAPACITADA PARA ATIVIDADE LABORAL EXERCIDA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE OUTUBRO/2016 ATÉ JULHO/2017. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS PELA SEGURADA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA APRECIADA PELO STJ. RESP Nº 1.401.560/MT. RITO DOS PROCESSOS REPETITIVOS. 4. DIANTE DO JULGAMENTO, PELO RITO DOS PROCESSOS REPETITIVOS, DO RESP N. 1.401.560/MT, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DA 3 POSSIBILIDADE DE COBRANÇA, PELO

INSS, DOS VALORES RECEBIDOS PELO SEGURADO EM FACE DO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA, POSTERIORMENTE REVOGADA. ENTENDIMENTO FUNDAMENTADO NA NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO PROFERIDA EM TUTELA ANTECIPADA E NA IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO SEGURADO EM DETRIMENTO DO PODER PÚBLICO. 5. NO CASO, COMO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FOI DEFERIDA APÓS A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA, É CABÍVEL A DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A MAIOR PELA SEGURADA, ATRAVÉS DE DESCONTOS MENSAIS QUE NÃO EXCEDA 30% (TRINTA POR CENTO) DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO À SEGURADA. CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. 6. NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.492.221/PR, PROFERIDO COM BASE NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, FIRMOU-SE O ENTENDIMENTO DE QUE NAS CONDENAÇÕES DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DIRECIONADAS À FAZENDA PÚBLICA DEVE INCIDIR O INPC A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.430/06. ASSIM, ESTA CÂMARA REVIU O POSICIONAMENTO ANTERIORMENTE ADOTADO, PASSANDO A DETERMINAR A INCIDÊNCIA DOS ÍNDICES PREVISTOS NO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL ATÉ 27/12/2006, A PARTIR DE QUANDO PASSARÁ A INCIDIR O INPC. OS JUROS DE MORA, POR SUA VEZ, INCIDEM, A CONTAR DA CITAÇÃO, À TAXA DE 1% AO MÊS, ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.960/2009 E, A PARTIR DE ENTÃO, SERÃO APLICÁVEIS À CADERNETA DE POUPANÇA. CONTUDO, A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA EC N. 113, DE 08/12/2021, APLICA-SE APENAS A TAXA SELIC, TANTO PARA FINS DE JUROS MORATÓRIOS, QUANTO PARA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, A QUAL INCIDIRÁ UMA ÚNICA VEZ ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO. TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS. 7. NO QUE SE REFERE À TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS, O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR 15/TJRS) FIRMOU A 4 SEGUINTE TESE: "A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS INSTITUÍDA PELA LEI 14.634/2014, CONCEDIDA AOS ENTES PÚBLICOS QUE ENUNCIA, APLICA-SE EM TODOS OS PROCESSOS EM QUE FOREM PARTES, SEJA NA CONDIÇÃO DE AUTORES OU RÉUS, RESSALVADA A OBRIGAÇÃO, QUANDO SUCUMBENTES, DE REEMBOLSAR AO VITORIOSO AS DESPESAS PROCESSUAIS QUE ESTE TENHA EXPERIMENTADO PARA ESTAR EM JUÍZO, INCLUSIVE A TÍTULO DE PAGAMENTO DA TAXA ÚNICA EM QUESTÃO". NO CASO, PORTANTO, CABÍVEL A ISENÇÃO DO ENTE PÚBLICO, POR SE TRATAR DE LITÍGIO RELATIVO A ACIDENTE DE TRABALHO, EM QUE A PARTE AUTORA É ISENTA DO PAGAMENTO DE QUAISQUER CUSTAS E VERBAS RELATIVAS À SUCUMBÊNCIA, POR FORÇA DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 129 DA LEI Nº 8.213/91. APELAÇÃO DA AUTORA DESPROVIDA E APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível, Nº

> 50304398520168210001, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 19-06-2024).

Diante disto, procedente a devolução não excedente a 30% (trinta por cento) do valor do benefício, que pelo período de inaptidão recebeu por não poder exercer suas atividades habituais, em destaque "trabalhar" para prover seu sustento e bem estar, considera-se que na maioria das vezes os beneficiados são o pilar principal de sustento de sua família (Garcia, 2018; Schulte; Floriani Neto, 2021). Desta forma, devolver o que lhe foi proporcionado por período incerto, e lhe privar de tal direito, interferirá em diversos pontos, por exemplo, o pagamento de contas essenciais (água, luz, gás,...), alimentação, aluguel, entre outros, que contrapõe os objetivos da Lei do Superendividamento (Ancillotti, 2022; Schreiber, 2018; Zarattini, 2019).

Assim, o segurado endividar-se-á, o que lhe acarretará diversas consequências, como, por exemplo, a dificuldade de crédito no mercado, restrição do acesso a serviços bancários e financeiros, estresse, ansiedade e diversos outros problemas que podem afetar sua saúde mental, o que comprometerá ainda mais a sua subsistência em sociedade (Ancillotti, 2022; Schreiber, 2018; Zarattini, 2019). Esse cenário contraria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme disposto no art. 1°, inciso III da Constituição Federal:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do 5 Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] (Brasil, 1988).

Mais uma vez, se transparece a existência da violabilidade dos direitos fundamentais garantidos aos segurados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a revogação de benefícios por incapacidade, embora seja uma prática prevista no ordenamento jurídico, gera uma série de consequências negativas para os segurados, além de ferir diretamente direitos constitucionais, especialmente os princípios de dignidade da pessoa humana e da seguridade social, ambos garantidos pela Constituição Federal.

O princípio da boa-fé é um aspecto crucial nesse contexto, pois reflete a confiança que os segurados depositam na estabilidade dos benefícios concedidos. Quando essa confiança é abalada pela revogação inesperada, os segurados não apenas enfrentam desafios financeiros, mas também passam por um processo doloroso em sua situação pessoal e econômica.

Portanto, é essencial que as decisões relacionadas à concessão e revogação de benefícios sejam conduzidas com um cuidado maior, levando em consideração os efeitos amplos que essas ações podem ter sobre a vida dos segurados. A revisão das práticas e políticas atuais deve buscar um equilíbrio entre a necessidade de manter a justiça e a necessidade de proteger a dignidade e os direitos dos beneficiários, garantindo um sistema que seja equitativo e sensível às reais condições enfrentadas pelos segurados.

REFERÊNCIAS

ANCILLOTTI, Leon Ancillotti. **Superendividamento: o que é, como evitar e como sair dessa situação.** 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/superendividamento-o-que-e-comoevitar-e-como-sair-dessa-situacao/1799379703. Acesso em: 17 ago.2024.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury). 5. ed. Rio de Janeiro (RJ): Fundação Casa Rui Barbosa, 1999.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência.** 4ª edição. Alteridade Editora – Curitiba. 2021. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL, **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 set.2024

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pet. n. 12.482/DF**. 2022. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=pet+12.482%2Fdf. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 692.** 2022 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tru e&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=692&cod_tema_final=692. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento, Nº 50424359320208217000**. 2020. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1477060030/inteiro-teor-1477060037. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento, Nº 52440189520218217000**. 2022. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/559796309. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação / Remessa Necessária, Nº 70078714409.** 2021. Relator: Eduardo Kraemer. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=vanderlei+luis+kraemer. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 50304398520168210001**. 2024. Relator: Eduardo Kraemer. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=relator+juiz+eduardo+kraemer. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação 2 Cível, Nº 50007456420138210005**. 2024. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=gustavo+franca+santos. Acesso em: 17 ago.2024.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da tutela antecipada no direito processual brasileiro.** Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17168-17169-1- PB.pdf. Acesso em: 17 ago.2024.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 3. ed. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 327. Disponível em: https://www.academia.edu/28415245/Vocabul%C3%A1rio_Jur%C3%ADdico_De_Pl%C3%A1cido_e_Silva_Ed_Forense. Acesso em: 17 ago.2024.

FERREIRA, Lara L. de Jesus. **DANO MORAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: aplicabilidade e responsabilidade civil de indenizar.** Unievangélica, 2019. Disponível em: https://rincon061.org/handle/aee/1293. Acesso em: 17 ago.2024.

GARCIA, Gustavo H. Maia. **A Obrigação de Devolução dos Valores Recebidos de Boa-fé, a Título de Benefício Previdenciário.** UFJF, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7072. Acesso em: 17 ago.2024.

GOMES, Sandro Rogério de Jesus; COSTA, Ângela Araújo. **Tema 692/STJ: uma análise e discussão acerca da devolução de valores previdenciários e o mínimo existencial.** Intrépido: Iniciação científica. Belo Horizonte, 2023. Disponível em: https://periodicos.famig.edu.br/index.php/intrepido/article/view/478/385. Acesso em: 17 ago.2024.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé.** Elsevier Editora Ltda. 2008. Acesso em: 17 ago.2024.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário.** 2022. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46555. Acesso em: 17 ago.2024.

MARTINS, Flavia Lara. **Dano moral no direito previdenciário: a responsabilidade civil do INSS como garantia e proteção dos direitos sociais.** 2020. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: repositoriohandle123456789/31668. Acesso em: 17 ago.2024.

ROCHA, Simone Augustinho. **A Aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito Previdenciário.** Revista Brasileira de Direito Previdenciário, Porto Alegre, Magister, 2015. Disponível em: https://simonerocha.adv.br/wp-content/uploads/2023/02/ArtigoSimoneIIICNTP.pdf. Acesso em: 17 ago.2024.

SCHREIBER, Antonio. **Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro.** Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 13–42, 2018. Disponível em: https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/476. Acesso em: 21 set. 2024.

SCHULTE, Michelle.; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. **DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS PELO CONTRIBUINTE DE BOA-FÉ, COM A INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA OU MÁ APLICAÇÃO DA LEI: UMA ANÁLISE DO TEMA DO STJ 979.** Revista Direito, Economia e Globalização, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 87–106, 2021. Disponível em: https://revistadedireito.catolicasc.org.br/index.php/revistadedireito/article/view/1. Acesso em: 17 ago.2024.

VELOSO, Cynara Silde Mesquita; MENDES, Juliana Rielli Silveira D'Angeles. **A (in)compatibilidade da tese firmada pelo STJ no Tema 692 sobre a repetibilidade dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé em tutela provisória com a dignidade da pessoa humana.** Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/45579/36388. Acesso em: 18 ago.2024.

ZARATTINI, Karina Zarattini. **Lei do superendividamento: o que é e como entrar com pedido.** 2019. Disponível em: https://calculojuridico.com.br/lei-do-superendividamento/. Acesso em: 17 ago.2024.

O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E A INCLUSÃO DE MULHERES[1]

Nathalia Cardoso Vasata[2]
Suéli Cviatkovski[3]
Tarciana Emanueli Morona Soares[4]

RESUMO

O artigo aponta, inicialmente, as características e peculiaridades do Sistema de Serviço Militar adotado pelo Exército Brasileiro, analisando os fatores que fizeram da conscrição obrigatória o modelo utilizado pelo Brasil, ademais, o cenário atual conta com a lenta inclusão das mulheres nos quadros do Exército, em que é importante verificar a política de Estado, e a estrutura básica das instalações para a acomodação feminina. Ainda, o trabalho visa abordar a real necessidade da ocorrência da obrigatoriedade do serviço militar, como o Estado brasileiro poderia encampar as funções destinadas as patentes rasas advindas do ingresso obrigatório. A fim de melhor organizar a estrutura militar antes precipitadamente incluir mais pessoas no quadro dos alistáveis. Utilizou-se método de pesquisa dedutivo com procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: alistamento; inclusão; mulheres; obrigatório; serviço militar.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente o serviço militar é desenvolvido a fim de estabelecer a segurança nacional, muito em voga com a soberania do estado, pois em se tratando de ameaças a República Federativa Brasileira suas competentes tropas sairão em defesa. "Verás que um filho teu não foge à luta"[5], o nacionalismo e o orgulho pátrio retratam a beleza do povo brasileiro.

[1] O trabalho teve como orientadora a Professora Caroline Ceni.
[2] Acadêmica em direito, cursando o 8º semestre, *E-mail* 099538@aluno.uricer.edu.br.
[3] Acadêmica em direito, cursando o 8º semestre, *E-mail* 099460@aluno.uricer.edu.br.
[4] Acadêmica em direito, cursando o 8º semestre, *E-mail* 099754@aluno.uricer.edu.br.
[5] Parte do Hino Nacional Brasileiro de autoria de Francisco M. da Silva.

A Constituição Federal reconhece uma série de direitos individuais, coletivos e sociais, porém, vale expor algumas incongruências, como é o caso do seu artigo 143 que demanda o regramento de serviços militares que invadem os direitos básicos, violando diretamente de forma incondicional, todos os direitos pertinentes a liberdade, direito de escolha, obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa e tudo que impõe ordens diferente à democracia.

No primeiro tópico do desenvolvimento será detalhado o funcionamento do serviço militar obrigatório, em que é possível estabelecer que uma atividade que expressa o patriotismo deveria ser opcional. De modo que os jovens exercessem seus direitos constitucionais de liberdade e de fato escolhessem servir ao país.

Já no segundo tópico, será tratado da recente inclusão das mulheres no exército, em que pese a discussão gire em torno de questões de gênero, a proposta abarcada pelo presente trabalho visa tratar da estrutura política brasileira para a recepção de tal inovação. Haja vista a complexidade da problemática e o gigante abismo social que permeia a igualdade formal proposta pela Constituição Federal e a igualdade material que efetivamente se encontra na realidade.

Por conseguinte, no terceiro tópico será tratado de uma inversão das hipóteses até aqui tratadas, visto que existem inúmeras questões que antecederiam a discussão da inclusão das mulheres. Nesse caso, objeto da discussão em voga é a real necessidade da obrigatoriedade do serviço militar.

Por fim, a conclusão procederá com a retomada dos tópicos abordados, com o intuito de concentrar os pontos discutidos no artigo e ainda a construção de um raciocínio jurídico acerca do tema proposto. Utilizou-se método de pesquisa dedutivo com procedimento bibliográfico.

2 O SERVIÇO MILITAR NO BRASIL: breve evolução histórica

No Brasil, a ideia de exército tem suas origens no Período Colonial, em um tratado estabelecido em 1542, na Capitania de São Vicente, organizando uma força formada por colonos e indígenas. Tal força deveria ser formada por todos os colonos e seus dependentes válidos e entre 18 e 60 anos, os quais deveriam manter-se armados às próprias custas. No século XVII, a necessidade de expulsar o holandês uniu brancos, negros e índios, no embrião do que viria a ser o Exército Brasileiro e da Pátria (Leal, 2008, p. 2).

A Constituição Imperial de 1824 conferiu à Marinha e ao Exército o caráter de instituições nacionais, regulares e permanentes, mantendo a obrigatoriedade do serviço militar. Em 1831, extinguiram-se as milícias, ordenanças e auxiliares, substituídas pela Guarda Nacional (Leal, 2008, p. 2).

Em 1908, foi instituído por lei o serviço militar obrigatório, extinguindo a figura do soldado profissional e estabeleceu que a convocação se faria por sorteio. Entretanto, por descaso das autoridades esta lei não foi posta em prática. Olavo Bilac, nos anos de 1915 e 1916, a liderou uma campanha cívica por todo o País, pela necessidade e importância da prestação injuntiva do serviço militar como dever de todos os cidadãos brasileiros. Paulatinamente os esforços foram adentrando o cerne social e a partir de 1946, deram ao Serviço Militar conformação semelhante à atual (Leal, 2008, p. 2).

Atualmente, as atividades do Serviço Militar estão amparadas em vasta legislação, que tem por base o ditame constitucional do art. 143 da Constituição Federal [1]e a Lei do Serviço Militar de 1964, complementados por decretos, portarias e normas que regulamentam e detalham seus múltiplos aspectos.

[1] Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. CF/1988.

O processo de recrutamento vigente fundamenta-se na obrigatoriedade e universalidade do serviço militar. É precedido pelo alistamento e compreende quatro fases sucessivas: a convocação, a seleção, a designação e a incorporação/matrícula. A convocação é feita por classes, que compreendem todos os brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de determinado ano, ao completar 18 anos. E a partir de 2003, o alistamento, convocação, seleção e designação passaram a ser comuns às três Forças (Brasil, 2024).

Os Militares Combatentes temporários são oriundos do Serviço Militar Inicial Obrigatório. Os soldados podem ter a seu tempo de serviço prorrogado, caso sejam voluntários, a partir do 2º ano de serviço, podendo alcançar até a graduação de 3º Sargento combatente temporário (Brasil, 2024)

A duração do Serviço Militar temporário para o público masculino será de 12 (doze) meses, mas, caso haja interesse do militar, é possível prorrogar por mais 12 (doze) meses, sucessivamente, limitado o tempo total a 96 (noventa e seis) meses. Quando a prestação for obrigatória, a permanência mínima será de 12 (doze) meses e, quando não for a prestação do Serviço Militar Obrigatório, a permanência mínima será de 6 (seis) meses (Brasil, 2024).

Os jovens adultos, ao atingirem a idade estipulada, ingressarão no serviço militar obrigatório e por conseguinte passarão por um processo de recrutamento, por ocasião da incorporação. Esse processo tem a função de selecionar os recrutas mais saudáveis e que possuem indicativos, certas características socioeconômicas e demográficas. Sendo assim, a limitação proporcionada pela escolha da população possibilitou um controle prévio e direcionado de algumas variáveis, em se tratando de gestão humana.

A saúde mental, física e social são dimensões estreitamente entrelaçadas e profundamente interdependentes da vida humana, no Brasil, no que tange ao acompanhamento dos soldados do exército, o tema é pouco explorado. Sendo

apenas tratado em relação a transtorno de estresse pós-traumático, referindo-se à participação de militares brasileiros em conflitos de guerra (Martins, Kuhn, 2012).

Dito isso, além da violação constitucional do direito à liberdade, estamos diante da inércia estatal no que diz respeito ao amparo psicológico dos jovens adultos integrantes dos quadros do exército. Sendo que também não há prerrogativa de políticas públicas destinadas ao tratamento de patologias psicológicas provenientes de traumas advindos do processo militar, tampouco sua prevenção.

Sendo assim, é visível as inúmeras discussões em pauta envolvendo o universo militar, questões atinentes ao elemento basilar da estrutura, figura central, a pessoa humana. Dito isso, não é possível dar passos adiante, objetivando melhorias e evoluções sem antes sanar as mazelas mais antigas, sendo essas componentes que servirão de bases para a formação ulterior.

3 A INCLUSÃO DAS MULHERES NO SERVIÇO MILITAR: uma discussão contemporânea

Apesar do alistamento feminino ser uma prática comum em diversos outros estados, como Alemanha, Chile, Reino Unido, ou mesmo Israel, onde o serviço militar é obrigatório inclusive para as mulheres, o Brasil não contava com a perspectiva dessa inclusão. Justamente pelo fato de o exército brasileiro ser extremamente contrário a extensão de gênero (Martins, CNN, 2024).

"É necessário reconhecer que a fisiologia feminina, refletida na execução de tarefas específicas na zona de combate, pode comprometer o desempenho militar em operações de combate, dependendo do ambiente operacional", diz o parecer do Exército (Martins, 2024).

Neste ínterim, pelo menos 17 países contam com a presença das mulheres em unidades que operam em linha de frente de batalhas. E ao contrário do imaginário popular, não são apenas nações autoritárias, como a Coreia do Norte, ou em guerra, como Israel e Ucrânia, que têm a presença feminina atuante nessas posições. Em destaque é possível citar a Noruega, que foi o primeiro país da Otan (Organização do Tratado do Atlântico Norte), em 1985 a autorizar a ocupação desses postos de combate por mulheres em suas forças armadas, em 1985 (Martins, CNN, 2024).

O exército brasileiro foi o último das forças armadas a aceitar mulheres. Elas passaram a integrar os quadros complementares e de apoio administrativo, exercendo funções como médicas, dentistas, farmacêuticas, economistas, advogadas e outros. Depois, foram incorporadas nos quadros permanentes, mas sem poder galgar o topo da carreira.

Não obstante, apesar da crescente inserção feminina no contexto militar global, este ainda é um tema delicado, sendo muitos os atravessamentos relacionados a questões de gênero que a presença das mulheres em ambientes militares tende a suscitar, devido ao fato de o militarismo estar amplamente associado ao gênero masculino e, também, posto como espaço substancial ao aparecimento de conteúdos atrelados ao machismo e sexismo no trabalho.

Inclusive, a ex-ministra da defesa de Portugal, Helena Carreiras, importante pesquisadora sobre a participação feminina das forças armadas ao redor do mundo, diz que o pensamento dominante nos exércitos é de que a fisiologia feminina poderia comprometer uma operação militar. Ou seja, é evidente que tal decisão acerca da inclusão não parte das próprias corporações, tratam-se de decisões políticas, como de fato ocorreu (Carreiras, ano 1995, p. 99).

> Em documento enviado recentemente para a Advocacia Geral da União (AGU), e resposta a questionamentos sobre as limitações impostas pelos militares brasileiros às mulheres, o Exército argumentou que a "fisiologia feminina" seria um fator limitador para algumas funções delas na arma (Martins, CNN, 2024).

Conforme o Decreto nº 12.154, de 27 agosto de 2024, assinado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, as mulheres que completarem 18 anos em 2025 poderão, pela primeira vez, se alistar nas Forças Armadas. A iniciativa foi anunciada em 28 de agosto de 2024 pelo ministro da Defesa, José Mucio Monteiro, em evento de celebração dos 25 anos do Ministério da Defesa, realizado em Brasília. O alistamento será facultativo e inicialmente, serão ofertadas 1.500 vagas (Brasil, 2024).

Normalmente, o ingresso feminino se dava por meio de provas, em que de fato ocorre a formação de carreiras, como por exemplo EsPCEx, AMAN, dentre outras. No caso do ingresso pelo meio obrigatório não há possibilidade de galgar patentes superiores, que leva ao questionamento de qual é a vantagem ou mesmo o tão encorajado empoderamento feminino.

> Perguntada certa vez, ainda durante a guerra do Afeganistão, pela imprensa sobre a experiência feminina em postos de combate, a General Gjerde foi realista com relação às dificuldades. Mas mostrou que as mulheres podem ter desempenho similar aos dos homens em campos de batalha (Martins, CNN, 2024).

Em uma estrutura antiga e basicamente masculina é inevitável relacionar a realidade machista do ambiente, ademais, a estrutura física dos complexos é preparada para receber recrutas do sexo masculino. Portanto, o ato inclusivo poderá se tornar dispendioso no quesito financeiro, além de facilitar a incidência de opressão de gênero, e na pior das hipóteses a violência sexual.

A inclusão de mulheres nos quartéis, assim como nas escolas de formação, demandará uma série de adequações da infraestrutura física, como a construção de alojamentos e banheiros, permitindo o voluntariado de mulheres no Serviço Militar obrigatório. Dessa forma, é inevitável pensar que o Brasil, enquanto estrutura política, não está fisicamente pronto para comportar uma mudança desse patamar, em que deveriam ser revistas as bases do ordenamento antes de encampar qualquer ideia revolucionária

> Incorporadas aos quadros permanentes, não exclusivamente femininos, mas mesmo nesta condição não podem galgar o topo da carreira pois os postos mais altos ainda estão associados a qualidades masculinas. Mais especificamente, os postos superiores estão condicionados ao exercício do comando, área ainda limitada para as mulheres (D'Araújo, 2003, p. 73-74).

Diante da exposição, é possível perceber que a mudança proposta não é vantajosa para o público feminino, visto que o sistema brasileiro ainda está engatinhando em termos de efetivação da eficácia da igualdade material constitucional. Dessa forma, a inclusão nos quadros da circunscrição obrigatória, não possibilitará nenhum avanço, pois a proposta inicial do Exército não inclui a ascensão de carreiras, nem mesmo para o público masculino, sendo assim, a única forma segue sendo o ingresso via concurso.

4 SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO: reflexões necessárias

No entanto, apesar do saudosismo acostado a ideia da servidão a pátria, comumente são vistos jovens militares exercendo atividades não militares. Como o exercício se dá em caráter temporário, o treinamento é muito raso, e na oportunidade, o contingente é utilizado como mão de obra barata.

> Não podemos, em caso algum, olhar para o serviço militar obrigatório como uma forma de resolver com mão de obra barata problemas e dificuldades que as forças armadas têm relativamente ao recrutamento de novos militares e por outro na retenção (Perestrelo, 2024).

Em virtude dos fatos apresentados, a proposição do tema se justifica pela necessidade de superação da arcaica previsão de serviço militar obrigatório que, em comparação com as legislações de outros países, já foi superada, e a imposição assumiu caráter voluntário.

Dados do Ministério da Defesa mostram que o país fechará o ano com um efetivo de 360.000 militares nas Forças Armadas, entre profissionais de carreira e temporários. Com isso existe uma rotatividade gigantesca por meio dos alistados obrigatoriamente, sendo eles o grande contingente das forças armadas (Bonin, 2024).

A Constituição Cidadã assegura o direito à liberdade, como primazia das garantias fundamentais, outrossim, o questionamento levantado dialoga com a extensão da legitimidade da obrigação militar. Sendo imprescindível estabelecer um limite legal para a violação de um direito basilar, delimitando a extensão das justificativas das investidas políticas elencadas ao fato descrito.

Assim, a obrigatoriedade do serviço militar não faz mais sentido no Brasil. O alistamento militar obrigatório fere o direito de ir e vir e restringe a liberdade do indivíduo, evidenciando a ruptura dos valores democráticos. O direito à liberdade é um dos mais importantes direitos do homem, sendo sua restrição algo excepcional e só devendo ocorrer em último recurso e não por uma simples imposição militar, condição injustificada dentro da sociedade vinculada a uma Constituição Cidadã.

Dessa forma, é evidente a extensão dos problemas vinculados ao Estado brasileiro, em que a chancela referente ao serviço obrigatório deveria se dar em face da reorganização dos quadros práticos do Exército. Portanto, é necessário

precipuamente corrigir as falhas técnicas e estruturais, para que seja possível, num futuro próximo e promissor a inclusão das mulheres.

Em suma, abrir a oportunidade do serviço militar para as mulheres não é necessariamente ampliar o acesso feminino às carreiras militares, é apenas uma oportunidade de prestar um serviço por um tempo e receber algum treinamento. Sendo, na verdade, contra prudente, pois a discussão deveria abarcar o fim do serviço militar obrigatório e não a criação do serviço militar voluntário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção jurídica destinada ao direito à liberdade possui caráter constitucional e infraconstitucional, sendo um instituto de eficácia plena, que, em tese, não poderia ser relativizado a fim de outorgar a exigência do serviço militar obrigatório. Portanto, a primeira parte do artigo traçou uma linha do tempo, demonstrando que em épocas remotas se fez necessária a formação das armas, bem como a sua obrigatoriedade.

No entanto, situações atinentes às questões políticas e estruturais demonstram a lentidão com que a evolução ocorre. O exército brasileiro ainda é permeado de pensamentos e atitudes conservadoras, sendo de extrema dificuldade propor mudanças, e, portanto, se remonta a necessidade latente de um posicionamento político para a promoção de mudanças efetivas.

Apurou-se, no segundo tópico a recente inclusão feminina no quadro dos obrigatoriamente alistáveis. A proposta se deu com a promulgação do Decreto nº 12.154, de 27 agosto de 2024, assinado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Resta a dúvida acerca da capacidade de recebimento desta importante inovação por parte da sociedade, mas principalmente da própria corporação do Exército.

Por fim, na finalização do desenvolvimento do presente trabalho abordou-se a relevância da continuidade do serviço militar obrigatório, e qual seria a vantagem encontrada pelo público feminino ao integrar o contingente obrigatório. Sendo assim, o direito a liberdade deve, incondicionalmente se fazer valer, assegurando a liberdade de escolha dos cidadãos brasileiros de exercer o patriotismo.

Sendo assim, levando em conta a previsão constitucional da igualdade material entre homens e mulheres, os gestores públicos deverão promover a adequação estrutural, com o desenvolvimento de políticas de inclusão feminina. A capacidade feminina é infinita e deve ser utilizada em favor do desenvolvimento nacional, e para tanto, é preciso que elas tenham amparo, respeito e condições mínimas de exercício.

REFERÊNCIAS

BONIN, Robson. **Forças Armadas fecham 2023 com efetivo de 360 mil militares.** Disponível em:https://veja.abril.com.br/coluna/radar/forcas-armadas-fecham-2023-com-efetivo-de-360-mil-militares. Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL, gov. **Diretoria de Serviço Militar**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/85550997/121libre.pdf?1651778649=&responsecontentdisposition=inline%3B+filename%3DServico_militar_obrigatorio_a_alternativ.pdf&Expires=1725889767&Signature=VHjeoCDLj7ZS7DRyFQasu1RrAAAhuh0ViME6RHvVlUV~4AfGbkbH4Tq4vyWncWqU~5lBf782841kbwYQ8w~scwlbgYPLz1Gra8XEgjUsi4YEGt0J7AAWEkLsyOXXdkicv~BOJRs4DKz2AVcIk14PJ6hGJO4xH4OTFtfXLwhYGIg7Ht5sHaFQ6S8lHL32GSbPVHMPIgmXJWtir6V~OTL2M5LT800Fs8FnQElwmVXGjx47XsvB8JQFUum0rtyfeOsK27MVIurzdfANaLA2Qg1B6Hf6UmyB83gnp0If2nghHGQiRiXduOqMlFPMFxfrqgGLXTGjJR0v7NOzbiKuBw__&KeyPairId=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 09 set. 2024

CARREIRAS, Helena. Mulheres Militares em Portugal (1992-1998) Politicas, Processos e Protagonistas. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/1521/1/NeD088_HelenaCarreiras.pdf. Acesso em: 07 set. 2024.

D'ARAUJO, Maria Celina. **Pós modernidade, sexo e gênero nas forças armadas**. Disponível em: https://www.academia.edu/4613079/P%C3%B3s_modernidade_sexo_e_g%C3%AAnero_nas_For%C3%A7as_Armadas. Acesso em: 09 set. 2024.

LEAL, José Alberto. **Serviço Militar Obrigatório: A alternativa adequada.** Disponível em: http://dsm.dgp.eb.mil.br/index.php/pt/2013-10-27-00-11-9. Acesso em: 09 set. 2024.

MARTINS, Lilian Cristina Xavier, KUHN, Leandro. **Prevalência de transtornos mentais comuns em jovens brasileiros recém-incorporados ao Serviço Militar Obrigatório e fatores associados.** Disponível em: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v18n6/31.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

MARIUZZO, Patrícia. **Mulheres nas forças armadas desafiam conceito de soldado**. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252008000400005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 07 set. 2024.

MONTEIRO, Liliana. **Regresso do serviço militar obrigatório? Partidos dizem "não".** Disponível em: https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2024/03/20/regresso-do-servico-militar-obrigatorio-partidos-dizem-nao/371345/. Acesso em: 07 set. 2024.

MARTINS, **Américo. Ao contrário do Brasil, países têm mulheres na linha de frente do Exército há 40 anos**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/ao-contrario-do-brasil-paises-tem-mulheres-na-linha-de-frente-do-exercito-ha-40-anos/. Acesso em: 09 set. 2024.

SANTOS, Valdir Júnior, SCHIRMER, Julia Fagundes Queiroz ANTLOGA, Carla Sabrina Xavier. **Mulheres no trabalho militar: Uma revisão bibliométrica e crítica.** Disponível em: https://doi.org/10.1590/1807-0310/2024v36266138. Acesso em: 07 set. 2024.

OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUSTIÇA MULTIPORTAS E A MEDIAÇÃO FAMILIAR

Fernanda Sarginski[1]
Giana Lisa Zanardo Sartori[2]

RESUMO

O artigo abordou os meios autocompositivos de resolução de conflitos, com ênfase na mediação familiar, a partir da Teoria da Justiça Multiportas. Os conflitos sempre fizeram e farão parte da existência humana, viver em sociedade gera situações conflituosas e a família é o primeiro núcleo familiar. A área jurídica no Brasil passou a utilizar as outras formas de resolução dos conflitos que sejam mais humanizadas, que promovam o acesso à justiça que consigam a concretização da cidadania para as pessoas. Diferente de outros países que a muitas décadas aplicam outros meios além do ajuizamento de ações no Poder Judiciário, o Brasil na última década procurou proporcionar o acesso aos meios autocompositivos, através da Resolução 125 do CNJ para melhorar a vida das pessoas e obviamente desafogar o judiciário também. Para este estudo será utilizado o método dedutivo, exploratório e descritivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: mediação familiar; autocomposição; conflitos; justiça multiportas

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende abordar os meios autocompositivos de resolução de conflitos, com ênfase na mediação familiar, a partir da Teoria da Justiça Multiportas. Para tanto será brevemente tratado sobre o conflito, na sequência serão trazidos aspectos históricos e conceituais da Justiça Multiportas.

[1] Acadêmica do 10 semestre do Curso de Direito da URI - Erechim. *E-mail:* 096900@aluno.uricer.edu.br.
[2] Doutora em Ciência Jurídica. Professora e pesquisadora do Curso de Direito da URI -Erechim *E-mail:* sgiana@uricer.edu.br

Posteriormente, o foco serão os meios autocompositivos com ênfase na mediação familiar.

Cabe destacar, que os conflitos sempre fizeram e farão parte da existência humana, viver em sociedade gera situações conflituosas e a família sendo primeiro núcleo em que as relações interpessoais vão sendo construídas é o espaço propício para a ocorrência de conflitos.

A área jurídica no Brasil vem se debruçando no estudo e compreensão de outras formas de resolução dos conflitos que sejam mais humanizadas, que promovam o acesso à justiça que consigam a concretização da cidadania para as pessoas.

Diferente de outros países que a muitas décadas aplicam outros meios além do ajuizamento de ações no Poder Judiciário, o Brasil na última década procurou proporcionar o acesso aos meios autocompositivos, através da Resolução 125 do CNJ. Nesse sentido, algumas evoluções na sociedade e no meio jurídico vão surgindo para melhorar a vida das pessoas e obviamente desafogar o judiciário também. Para este estudo será utilizado o método dedutivo, exploratório e descritivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

Os conflitos e a Sociedade

Tendo em vista a complexidade da estrutura social desde o primórdio dos tempos, sempre foi comum a existência dos conflitos, das mais diversas espécies, necessitando de ferramentas que auxiliassem na sua resolução da forma mais eficaz possível.

Com base nesses conflitos, que se tornaram cada vez mais complexos, o filósofo Jean Jacques-Rousseau escreveu em seu livro "Do Contrato Social" que as pessoas entenderam em certo momento, que para sobreviverem em sociedade, seria necessário criar uma espécie de pacto social, que as fizesse viver o mais

igualmente possível e de forma pacífica. Nesse viés, tendo em vista que o próprio contrato social não foi suficiente para a sociedade viver pacificamente, dentre todas as criações realizadas na tentativa de sanar tais conflitos, o Poder Judiciário foi o mais eficaz, todavia, ainda assim não foi o suficiente, de forma que Rousseau concluiu que seria necessário que cada país possuísse sua própria lei e não uma una, tendo em vista os conflitos de cada Estado (Rousseau, 1996). Apesar disso, com o passar do tempo, a demanda do Poder Judiciário tornou-se excessiva, necessitando de mais um meio que auxiliasse de forma célere e eficaz o maior número possível de conflitos. Contudo, seguindo o pensamento de Rousseau, de que cada Estado possui uma espécie de conflito, ainda se faz necessário pensar que nenhum conflito é idêntico ao outro, por mais semelhante que a situação possa parecer.

> Os conflitos são tão antigos quanto à própria sociedade. Como movimento, são essenciais à evolução social, ao crescimento, ao pensamento crítico e ao abandono do comodismo. O grande problema reside no modo em que as discordâncias são enfrentadas. Desde muito se afastou a precária solução pela via da vindita, cujos resultados além de impróprios favoreciam, independentemente de razão ou justiça, aos mais fortes. Ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito (jurisdição) e o instrumento civilizado daí nascente é o Processo. (Azevedo, Silveira, 2018, p. 132)

O conflito, como o autor na citação supra apresenta, sempre existiu, faz parte da natureza humana. Porém, o interessante é analisar o conflito a partir de uma visão mais positiva, ou seja, ele pode desacomodar as pessoas, fazer com que evoluam e melhorem suas vidas. Ao contrário disso, na maioria das vezes, o que ocorre é pensar no conflito de forma negativa, com brigas e desavenças intermináveis. E, é nessas circunstâncias que a sociedade voltasse para o Poder Judiciário, buscando nele a solução para todos os problemas. A cultura desenvolvida ao longo dos anos, em vários Estados, inclusive no Brasil foi a do litígio.

> Pelo nível de deterioração do relacionamento interpessoal, a sociedade como um todo e as pessoas em particular enredaram-se numa teia normativa e já não se sentem capazes de, através do diálogo, resolver seus problemas, delegando a solução ao Estado, que se vale de "terceiros técnicos que sabem aplicar a lei aos fatos concretos". (Alegretti, 2018, p. 194)

A deterioração do relacionamento interpessoal, citada pelo autor no parágrafo anterior, decorre da própria evolução da sociedade, o avanço científico e tecnológico, que nos últimos 40 anos revolucionou o mundo, conjugado com mudanças estruturais, econômicas e sociais promoveram diversas situações das mais complexas as mais simples na vida das pessoas, gerando crises e conflitos. O Estado, através do Judiciário foi a opção salvadora para todos os problemas, o que gerou uma crise, uma vez que não conseguiu responder as demandas provenientes dos conflitos sociais em diversas partes do mundo. Diante disso, no Brasil como em outros países, fez-se necessário criar mais formas de resolução de conflitos, surgindo assim, teorias dos meios heterocompositivos e alternativos de resolução de conflitos.

Ressalta-se que foi possível oferecer um leque de possibilidades de solução de conflitos, de forma que o cidadão pudesse escolher o que acreditar adequar-se melhor ao seu próprio caso, não ficando aprisionado somente à solução através do magistrado.

A Justiça Multiportas foi a maneira criada para designar para cada tipo de litígio o método mais adequado para sua resolução, tornando-se, aos poucos, a nova aposta jurídica (Moulin, 2021). No âmbito familiar, os conflitos sempre existiram e os meios de solução de conflitos vieram para auxiliar as pessoas a resolverem suas demandas de forma mais célere e pacífica. Nota-se, que todas essas formas de resolução, também foram necessárias para acompanhar mudanças das famílias, ao longo dos anos. Novas entidades familiares foram sendo construídas além da tradicional, protegida constitucionalmente, sendo crescente o número de famílias

heterossexuais, informais, reconstituídas, entre tantas outras, conhecidas hoje como multiparentais (Almeida, 2018. p. 420).

Assim, a compreensão jurídica sobre o conceito de família, necessitou se reconstruir, para dar segurança jurídica necessária às novas composições familiares. A estrutura da multiparentalidade ainda é recente para o ordenamento jurídico, porém possui os mesmos direitos e deveres observados na família "tradicional".

Com novas famílias sendo construídas, mais divórcios começam a acontecer e com isso, segundo dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e publicados pelo Colégio Notarial do Brasil, a taxa de divórcio em 2021 aumentou 16,8% em relação ao ano de 2020. Esses dados somente reforçam a importância de formas consensuais de resolução dos conflitos, primando pela qualidade no atendimento das pessoas, pelo cumprimento do direito fundamental no acesso à justiça e exercício da cidadania e oferecendo meios, nos quais os envolvidos em conflitos os resolvam juntos, ao final encontrando soluções adequadas para todos.

Justiça Multiportas um breve histórico e sua aplicação no Brasil

Na década de 1970, Frank Sander apresentou ao mundo jurídico suas ideias iniciais sobre a justiça multiportas, denominação criada justamente pelo átrio do Fórum ser dividido em várias portas que poderiam solucionar cada uma um problema diferente. Assim, Sander defende que existem diversos meios para a resolução consensual de conflitos, não sendo necessário somente a demanda judicial ser a única opção (Dantas, 2022).

Ainda durante a década de 1970, surgiu também o Projeto Florença, uma pesquisa mundial realizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, visando tornar o

acesso à justiça uma realidade (Ramos, 2021). Em meio a diversas fases do projeto, iniciou-se a discussão da resolução de conflitos da forma mais adequada possível, visando efetivação dos métodos autocompositivos, como a mediação e conciliação (Bernardes e Carneiro, 2018).

Nesse viés, observa-se que a justiça multiportas possui enfoque predominantemente no ideal constitucional de pacificação social de conflitos. Desta forma, compreende-se como variados espaços e ferramentas de prevenção e solução de litígios, proporcionando eficientes possibilidades de resolução de conflitos de forma mais humana (Navarro, 2024). Outrossim, visando "fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização", foi firmado em 2009, um pacto entre os três poderes, conhecido como II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.

Em 2010, foi publicada a Resolução 125 do CNJ que institui a Política Pública que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Algum tempo depois, no ano de 2015, tornou-se vigente o Novo Código de Processo Civil, que deu maior ênfase às soluções consensuais de conflitos, sendo ainda mais incentivado e amparado pela criação da Lei 13.140/2015 conhecida como Lei da Mediação.

Neste ínterim, segundo definição presente no dicionário, mediação é o "ato ou efeito de mediar, intermediação" e conciliação significa "harmonização de litigantes ou pessoas desavindas", ou seja, nada mais é que o apoio de um terceiro imparcial no conflito existente entre partes que possuem um problema que virou uma demanda jurídica (Ferreira, 2010). Dessa forma, tanto a Constituição Federal preocupou-se em adequar a resolução consensual de conflitos no ordenamento jurídico, como também outras legislações posteriores, bem como, órgãos do ramo, criando assim, um padrão a ser seguido nas comarcas brasileiras.

Dentre os meios alternativos de resolução consensual de conflitos, observa-se as seguintes modalidades:

1) Negociação: sendo uma conversa entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de realizar um acordo sobre determinado assunto de interesse comum dos envolvidos (Michaelis, apud Navarro, 2024). Tratando-se de um diálogo entre partes, autocompositivo, sem auxílio de terceiros, sendo assim, uma forma reservada e célere de composição de conflitos.

2) Conciliação: é a tentativa de autocomposição com a ajuda do conciliador, em casos onde não haja vínculo anterior entre as partes conflitantes (Saraiva, 2023).

3) Conciliação de Superendividamento: ainda sem um conceito definido, de acordo com o material informativo do TJRS, trata-se de uma conciliação para pessoas físicas superendividadas, que possuem dívidas maiores que a renda mensal, salvo aquelas em decorrência do fisco, delitos e pensão alimentícia, ainda, não há limite de valores e, podendo haver mais de um credor, onde todos serão chamados para a mesma sessão.

4) Mediação: nada mais é que um meio de autocomposição com o auxílio do mediador, buscando uma solução mais permanente para questões mais complexas, em casos onde há vínculo anterior ao litígio entre as partes, identificando os interesses do conflito e as soluções mais benéficas, a mediação se divide em: mediação cível (casos cíveis que envolvem casos complexos de contratos, questões entre vizinhos e outros assuntos que possuam vínculo), mediação familiar (litígios entre familiares) e mediação empresarial (questões envolvendo assuntos específicos de relações empresariais) (Saraiva, 2023).

5) Arbitragem: é uma forma de heterocomposição onde, por acordo de vontades, submete-se o litígio a um árbitro (Saraiva, 2023). Contudo, estas não são as únicas formas de justiça multiportas, pelo contrário, há diversas outras

possibilidades de resolução pacífica de conflitos amparados pela lei, nos mais variados ramos do Direito.

O presente trabalho procura trazer breves noções dos meios alternativos/ adequados de resolução de conflitos além do processo judicial tradicional, ressaltando a origem deles na Teoria da Justiça Multiportas, uma vez que se torna mais fácil de compreender como a mediação pode contribuir para a melhora na solução dos problemas que envolvem as relações familiares, em específico os casos de divórcio envolvendo menores.

Mediações familiares

As mediações familiares integram os meios de tratar e resolver os conflitos de forma mais pacífica e amigável. "São diversos os métodos que objetivam a autocomposição do conflito, dentre eles encontram-se a negociação; a mediação; e a conciliação."(Gimenez, 2018, p. 45)

> Embora a mediação e a conciliação não esgotem os métodos adequados de resolução de conflitos, são, efetivamente, os instrumentos autocompositivos mais conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange à conciliação, sua relação com o direito brasileiro remete à legislação anterior ao Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a Lei n. 5.478 de 1968 em seu artigo 5º já fazia alusão à audiência de conciliação e julgamento. A mediação, por sua vez, possui uma regulamentação mais recente, sendo positivada, apenas em 2010, pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Ressalta-se que a Resolução acima citada não serviu apenas como marco de inclusão da mediação no ordenamento brasileiro, mas também para revisitar os métodos autocompositivos, elevando-os ao ideal de instrumentos efetivos de pacificação social e de solução e prevenção de litígios. Nesse sentido, em 2015, foram promulgados o Código de Processo Civil – Lei 13.105/15 – e a Lei de Mediação – Lei 13.140/15, operando os dois diplomas legais contemporaneamente editados em desfavor do monopólio da justiça oficial, nem sempre tão efetiva e tempestiva, resgatando-se, no direito pátrio, instrumentos históricos que o passado contemplou com méritos e atribuindo à cidadania autossuficiência na superação de seus conflitos. (Macedo; Damasceno, 2018, 109-110)

Com a publicação da Resolução 125 do CNJ em 2010 e na sequência da Lei 13.140/15 de Mediação e da Lei13.105/15 – Código de Processo Civil, os Centros

Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) foram implantados nas comarcas. A partir disso, foi possível viabilizar a aplicação dos meios autocompositivos. O procedimento permite agendamento de pré-processos, que se apresentam como uma tentativa de autocomposição de um conflito, antes do ajuizamento do processo judicial.

O procedimento é realizado de maneira mais informal, sem necessidade da presença de advogado, podendo ser agendado pelas próprias partes. A própria parte interessada solicita a sessão de mediação/conciliação pré-processual, de forma presencial ou preenchendo o formulário eletrônico. Nesta senda, há necessidade de apresentar documentos pessoais e comprovantes de endereço do requerente e do requerido, ante a necessidade de comprovar a abertura pré-processual pela demandante, bem como, de convidar a requerida acerca da sessão. Já na sessão, caso haja acordo entre os envolvidos, o mediador/conciliador redigirá o Termo de Acordo, com todas as informações necessárias para o cumprimento do acordo, sendo obrigatória a leitura para as partes antes que seja encaminhado para homologação.

Ademais, cumpre destacar que em casos de mediações familiares para casos que envolvam menores de idade, há necessidade de envio ao Ministério Público, antes de ser encaminhado para homologação, vez que se trata também de direitos de menores incapazes. Após homologado, o Termo de Acordo possui efeito de sentença, com força de título executivo judicial, ou seja, faz lei entre as partes e caso não haja seu estrito cumprimento, poderá a outra parte exigi-lo judicialmente por meio de processo.

Ressalta-se ainda, que existem as mediações judiciais, nessas o processo ingressa no judiciário por petição, necessitando que o autor do pedido tenha um advogado privado constituído ou defensor público. As mediações são utilizadas

para resolução de conflitos familiares. As conciliações são utilizadas para resolver casos que não há proximidade entre os envolvidos. Como Welsch refere:

> [...] na mediação de conflitos, um terceiro, um mediador, atua como facilitador da resolução do problema, contribuindo para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes para que se possam chegar à solução da controvérsia que gerou o conflito. Por sua vez, na conciliação existe um terceiro, conciliador, que conduz e orienta as partes na elaboração do acordo, opinando e propondo soluções". Ainda na mediação o assistido conta com uma equipe de profissionais multidisciplinar para também ajudar na resolução do conflito relacional com a outra parte, como por exemplo, nas ações de família, conforme preceitua o procedimento especial previsto no art. 694, § único do CPC/15. (Welsch, 2018, p.134)

O Poder Judiciário encontra-se cada vez mais engajado na promoção da resolução consensual de conflitos. Sendo hoje conhecido dentre os operadores do Direito como 'o futuro do Direito'. Nos casos envolvendo relações familiares a mediação familiar é o meio autocompositivo mais adequado a ser utilizado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo realizou uma abordagem sobre os meios autocompositivos de resolução de conflitos, enfatizando a mediação familiar, seu significado como meio autocompositivo, que busca promover a solução pacífica dos conflitos. A mediação foi um dos meios trazidos pela Teoria da Justiça Multiportas, na década de 1970, em países da Europa e nos Estados Unidos, o Brasil buscou na experiência de outros países a iniciativa para introduzir as formas alternativas e adequadas de resolução dos conflitos familiares.

A família sendo primeiro núcleo em que as relações interpessoais vão sendo construídas, é o espaço propício para a ocorrência de conflitos, percebe-se na atualidade com o reconhecimento de várias entidades familiares, com necessidades e interesses diversos, o processo tradicional não consegue resolver

as demandas familiares, sobressaindo-se as outras formas de resolução e tratamento das demandas. A área jurídica brasileira dá sinais que está aberta as formas pacíficas, humanizadas e autocompositivas, propostas pela Resolução 125/10 do CNJ, reguladas pela Lei de Medição e o Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André; SILVEIRA, Vitória Fernandes Guedes. A mediação como caminho contemporâneo na solução dos conflitos. In: **Reflexões sobre Mediação.** Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles - Herta Grossi (Organizadores); André Jobim de Azevedo...[et.al.]. Porto Alegre: OAB/RS, 2018. 429p

BERNARDES, L.H.P.; CARNEIRO, Y.G. **As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça**. Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2018.

BRASIL. CPC (2015). **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. **Lei 13.140/2015**. Lei de Mediação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm?origin=instituicao. Acesso em: 15 de abr. de 2024.

BRITO, Marcella Mourão de; SILVA, Alexandre Antônio Bruno da. **A mediação familiar e o fim do relacionamento conjugal**: O problema do acesso à Justiça e a experiências das oficinas de parentalidade, 2017. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/abd8/d901a8606244a31d0bcaccfc1a1a7eccca c2.pdf. Acesso em: 14 de abr. de 2024

CNJ. **Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Regulamento_capacitacao_mediacao__proporcao_de_inst._e_excecao_a_codocencia.17.10.pdf. Acesso em: 14 de abr. de 2024.

DANTAS, M.N.R. **Inovações no Sistema de Justiça**: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, Justiça Multiportas e Iniciativas para a Redução da

Litigiosidade e o Aumento da Eficiência nos Tribunais: Estudos em Homenagem a Maurício Vilar Ribeiro Dantas. Publicado em: 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-sistema-de-justica-multiportas-meios-alternati vos-de-resolucao-de-conflitos-e-o-anteprojeto-de-lei-para-a-ampliacao-das-transacoes-no-trib unal-de-contas-do-rio-grande-do-norte/1481216649?utm_source=google&utm_medium=cpc &utm_campaign=doutrina_dsa&utm_term=&utm_content=capitulos&campaign=true&gad_s ource=1&gclid=Cj0KCQjwiMmwBhDmARIsABeQ7xTHGawmjL7MX8MW6fsHQ_OUv2 YEUEbEUkS-vWWks6PCYbjjMKp2c2oaAhzfEALw_wcB. Acesso em: 07 de abr. de 2024.

GIMENEZ, Charlie Paula Colet. **O novo de Luís Alberto Warat:** mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018., 116p.

MACENO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. De execução: uma análise a partir dos meios Autocompositivos. In: **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos** [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. Recurso on-line (170 p.)

MOULIN, C.S.A. **Métodos de Resolução Digital de Controvérsias:** Estado da Arte de Suas Aplicações e Desafios. Publicado em: 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/K6Td7TJ6fcMtpyRDWVdzbPN/?format=pdf. Acesso em: 06 ago. de 2024.

NAVARRO, T. **Justiça Multiportas**. São Paulo: Editora Foco. 2024: ePUB.

RAMOS, F.F.P. Acesso à justiça: aspectos históricos, Projeto Florença e Constituição Federal de 1988. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 20, n. 56, jan./jun. 2021.

ROUSSEAU, J.J. **O Contrato Social**. [tradução: Antônio de Pádua Danesi]. – 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes. 1996.

SARAIVA, E. **Conheça os meios alternativos de resolução de conflitos mediação, arbitragem e conciliação!**. Educação Saraiva, 2023. Disponível em: https://conteudo.saraivaeducacao.com.br/juridico/mediacao-arbitragem-e-conciliacao/#:~:text

=A%20media%C3%A7%C3%A3o%20e%20a%20concilia%C3%A7%C3%A3o, um%20terceiro%2C%20externo%20ao%20atrito. Acesso em: 06 abr. 2024.

WELSCH, Gisele Mazzoni. A audiência de mediação e conciliação (art. 334 do cpc/15) como meio de resolução consensual de conflitos. *In*: **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos** [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. Recurso on-line (170 p.)

URI
ERECHIM

Curso de Direito