1980-0878

FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 18 - Número 1 - jan./dez. 2023

UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP

FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 18 – Número 1 – jan./dez. 2023

UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 18, n. 1 (jan./dez. 2023) - Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.
Tel.:(17) 3522-2405. E-mail: *ana_polacchini@yahoo.com.br*

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 18 – Número 1 – jan./dez. 2023

ISSN 1980-0878

Sumário

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 18 – Número 1 – jan./dez. 2023

ISSN 1980-0878

Apresentação

O Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) apresenta à comunidade o décimo oitavo volume da revista "DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares". São oito artigos que abordam temáticas relevantes e contemporâneas da realidade social, conferindo um prisma jurídico aos temas abordados sob diversos enfoques e metodologias.

Em comum aos textos, de um lado o cenário desafiador de assuntos atuais. De outro, o emprego de técnicas de pesquisa rigorosas e alinhadas a uma perspectiva crítica e reflexiva. Os diversos artigos comunicam a legislação aplicável, o entendimento atual da jurisprudência, mas além disso, conferem uma perspectiva interdisciplinar à problemas relevantes da sociedade brasileira, e que são pensados a partir dos direitos humanos e da história do direito. Os artigos são produzidos por docentes, discentes e egressos do curso.

O artigo que abre esse volume trata da conciliação e da mediação e indaga sobre a presença de elementos inconscientes na utilização dessas ferramentas de solução de conflitos. O trabalho indaga se a presença do inconsciente nas relações pode contribuir e auxiliar na solução de conflitos. O texto é de autoria doe Alexandre Fontana Berto, Carina Alamino Trida, Marcus Vinícius dos Santos Novaes, Caio Alcântara Firmino Neves, Ingrid Vitoria de Queiros, Lisa Maria Riva, Lívia Alves Coutinho e Rafaela Cecília Milan. Intitulado "As influências do inconsciente na mediação e na conciliação" o texto dá continuidade à difusão dos resultados das pesquisas do grupo que vem se debruçando na temática do papel do inconsciente no direito para além das teorias tradicionais.

Em seguida, o segundo artigo desse volume volta-se aos direitos fundamentais e suas violações para abordar a aplicação do conceito de estado de coisas inconstitucionais no âmbito da jurisprudência do STF. Intitulado "Estado de coisas inconstitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" é também resultado de pesquisa institucional e é de autoria de Marcos Oliveira de Melo, Alex Vinicius Carnelossi, Amabily Rayane Cordeiro Sampaio, Ana Alice Vaz, Gabriela Maria Pagliarini Fernandes e Ryan Cesar Martins Firmino.

O terceiro artigo desse volume, de autoria de Álvaro José Haddad de Souza volta-se também ao processo e à jurisprudência para tratar de precedentes no âmbito dos tribunais e da resistência na aplicação de tema relativo aos honorários sucumbenciais em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Denominado "A aranha vive do que tece (e o advogado também): o sistema brasileiro de precedentes judiciais e (in)aplicação do tema 1076 do STJ" o texto problematiza aspectos do processo, tal como os anteriores.

O artigo seguinte, denominado "As implicações jurídicas da violência obstétrica no Brasil" trata dos direitos da mulher. De autoria de Márcia Maria Menin e Camila Lemos Puydinger analisa questão recorrente no cenário nacional, a violência obstétrica. O texto promove uma abordagem do tema a partir dos direitos da personalidade e da ética médica para tratar da responsabilidade civil e penal dos envolvidos.

Em sequência, o quinto artigo desse volume é também voltado aos direitos humanos. Resultado do trabalho de grupo de pesquisa, trata dos direitos da criança e do adolescente para analisar a constitucionalidade do ensino domiciliar no Brasil a partir da análise da decisão do STF no Recurso Extraordinário 888.815/RS. Intitulado "ensino domiciliar: panorama jurídico de sua implementação no Brasil" é de autoria de Ana Paula Polacchini de Oliveira, Larissa Pedrasoli, Luiz Henrique Ramos de Lima, Matheus Mendes Marques, Thamy de Fátima Segundo, Gabriela da Silva Rinaldi, Giuliana Valério, Helena Araújo Lúcio Almeida, Ingrid Vitória de Queiroz, Isadora Gabriel Fernandes, Maria Clara Tinti Crepaldi, Monielli Peres e Nathan Henrick de Morais.

O sexto texto desse volume também aborda a temática da infância e juventude. Denominado "A Responsabilidade Civil por cyberbullying praticado por crianças e adolescentes", e de autoria de Márcia Maria Menin, Amabilly Rayane Cordeiro Sampaio, João Victor Montes Mota, Matheus Mendes Marques, Yuri Martins volta-se para os avanços tecnológicos e o uso de meios digitais para abordar a prática de *cyberbullying* envolvendo crianças e adolescentes e a responsabilidade civil de pais, responsáveis, escolas e provedores.

Ainda tratando de novas tecnologias, o texto seguinte, sétimo na ordem dos artigos, e denominado "Smart contracts: a autoexequibilidade e a exceção do contrato não cumprido" é de autoria de Luis Antônio Rossi, Maria Carolina Rascassi, Matheus Mendes Marques e Paloma Fernandes Lins. O artigo analisa os contratos inteligentes e a possibilidade do exercício da exceção do contrato não cumprido.

Finalizando esse volume o oitavo artigo da edição de 2023 trata da Lei Geral de Proteção de Dados. O texto "Dados obtidos em desarcordo com a LGPD e a validade de sua utilização como meio de prova na investigação penal" questiona o uso de dados ante o risco de tratamento irregular e a invalidade da prova. O artigo é de autoria de José Guilherme Silva Augusto, Luis Antônio Rossi, Matheus Mendes Marques, Paloma Fernandes Lins e Rafaela Cecilia Milan.

Como se vê, as temáticas são diversificadas. Incentivamos uma leitura atenta aos artigos apresentados. A partir da difusão de sua produção científica, sempre alinhada com o ensino e a extensão, a UNIFIPA tem procurado oferecer formação de excelência e também reforçar a atenção e cuidado com a comunidade, com o desenvolvimento local e regional. Essa responsabilidade e cuidado são essenciais para a cidadania. Esse compromisso se manifesta e reproduz em cada um dos artigos aqui disponíveis.

Boa leitura!

Os Editores.

As influências do inconsciente na mediação e na conciliação

ALEXANDRE FONTANA BERTO
Advogado. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior.

CARINA ALAMINO TRIDA
Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP Ribeirão Preto. Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Pós-graduanda em Neurociência Aplicada ao Direito e Comportamento Humano pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS NOVAES
Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

CAIO ALCÂNTARA FIRMINO NEVES
INGRID VITORIA DE QUEIROZ
LISA MARIA RIVA
LÍVIA ALVES COUTINHO
RAFAELA CECILIA MILAN
Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O inconsciente permeia todas as relações humanas: do conhecimento do próprio "eu" até a forma como as emoções e sentimentos podem interferir na relação desse "eu" com o "outro". A constatação da existência de influências interiores (emoções, sentimentos e afetos) tem conduzido estudos acerca do tema englobando as mais diversas áreas do conhecimento como a Psicologia, a Neurociência e também o Direito. No âmbito jurídico o que se pode notar é que essas influências do inconsciente afetam desde a busca pelo amparo jurídico na resolução de uma celeuma até a tomada de decisões pelos julgadores. Não raramente a satisfação das partes se distancia da solução idealizada pela ordem jurídica e presa a aspectos inconscientes que, como tal, é imperceptível na perspectiva jurídica tradicional. Nesse cenário surge a importante contribuição da Conciliação e da Mediação, em especial sob a ótica da presença de elementos inconscientes na relação jurídica cuja percepção pode auxiliar a melhor solução aos conflitos.
Palavras-chave: Norma jurídica. Inconsciente. Psicologia. Mediação. Conciliação.

Abstract: The unconscious can be seen in all human relationships: from knowing one's own "self" to the way in which emotions and feelings can interfere in the relationship of this "self" with the "other". Finding the existence of inner influences (emotions, feelings and affections) has led to studies on the subject in the most diverse areas of knowledge such as Psychology, Neuroscience and also Law. In the legal field, what can be noted is that these influences of the unconscious affect everything from the search for legal support in solving a conflict the decisions made by the judges. Often, the satisfaction of the parties distances itself from the solution idealized by the legal order and is attached to unconscious aspects that, as such, are imperceptible in the traditional legal perspective. In this scenario, the important contribution of Conciliation and Mediation emerges, especially from the perspective of the presence of unconscious elements in the legal relationship whose perception can help to find the best solution to the conflicts.
Keywords: Legal norm. Unconscious. Psychology. Mediation. Conciliation.

Introdução

A sociedade contemporânea passa pelo alagamento de métodos sociais e psicológicos tendentes a aumentar a adoção da competitividade como critério de realização e satisfação pessoal.

O indivíduo atrela sua satisfação pessoal ao êxito nas disputas em geral. A presença cada vez mais marcante do espírito competitivo e da necessidade de vitória na sociedade contemporânea afeta diretamente o processo e a constituição das lides em geral.

A ordem constitucional brasileira assegura a todos o acesso ao poder judiciário, que está positivado no artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, em um país de dimensões continentais e deveras populoso como o Brasil, se torna uma tarefa hercúlea manter a eficiência concomitantemente com a celeridade processual diante da demanda sobre o Poder Judiciário.

É sabido que a conciliação e a mediação surgiram com o escopo de diminuir as demandas do poder judiciário, aumentando a eficiência da prestação jurisdicional, trazendo a eficiência em conjunto com a celeridade nas decisões, tornando a via extrajudicial mais relevante e utilizada.

O que dificulta de maneira exacerbada a resolução de conflito pelos métodos alternativos, porém, são os ideais das partes, que não só têm um sentimento de "vencer o outro", mas também têm conceitos distintos de justiça, esses fatores morais, inevitavelmente, acabam por atrapalhar a solução dos litígios.

É justamente nesse ponto que o presente artigo se concentra, mais especificamente para deixar claro que é possível pensar a conciliação e a mediação a partir de elementos inconscientes, sobretudo sentimentos e emoções.

A evolução da conciliação e da mediação no ordenamento jurídico

A Resolução CNJ n. 125/2010, com o intuito de aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro, implantou os métodos consensuais de resolução de conflito na engrenagem da Justiça brasileira ao criar a Política Judiciária Nacional, prevendo a inclusão da conciliação no processo[1].

O Código de Processo Civil do ano de 2015, também positivou em seu artigo 165 que, "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição"[2].

A conciliação é a forma que permite o terceiro facilitador (conciliador) intervir de forma direta no litígio e propor opções de solução para o conflito. É um método utilizado em conflitos mais restritos e simples.

Entre os métodos de autocomposição, a mediação foi adotada pelo Código de Processo Civil e Lei de Mediação nº 13.140/2015[3]. É a forma de resolver os litígios através do auxílio de um mediador, favorecendo a autonomia das partes em conflito, e estimulando o diálogo a fim de induzi-las a efetivarem uma composição ou acordo. Em regra, é aplicada em conflitos complexos ou multidimensionais.

De acordo com Warat, é um procedimento indisciplinado de auto composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas mais diversas modalidades. É um procedimento que responde a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias que tentam revisitar "psicosemioticamente" os conflitos para "introduzir uma novidade nos mesmos", na busca do entendimento[4].

Dessa forma, conforme o indivíduo foi suprindo cada necessidade, passa a buscar a satisfação da outra, até chegar ao final, na autorrealização: uma pessoa realizada, mesmo que parcialmente, se encontraria no topo desta pirâmide.

Conforme o indivíduo vai buscando realizar cada uma de suas necessidades, vão surgindo obstáculos no caminho, surgindo conflitos, e isso faz parte da dinamicidade da vida e do ser humano desde sempre. O cotidiano está intrinsecamente vinculado aos conflitos: seja o vizinho reclamar de som alto, do tamanho do muro de divisa das casas, a mulher reclamar alimentos ao ex-cônjuge, o proprietário do veículo buscando reparação dos danos sofridos pelo acidente. Com a percepção dos conflitos, os participantes passam a buscar resolução e passam a descrever suas reações, sentimentos vivenciados dentro do conflito e, em muitos casos, as pessoas buscam o judiciário como meio de sanar esses conflitos.

É perceptível que as partes, ao trazerem uma demanda ao judiciário, busquem uma reparação do dano sofrido e, em muitos casos, a decisão proferida na lide processual através do magistrado não irá sanar totalmente o

[1]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125*. 2010. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 26. Mar. 2023.

[2] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2023.

[3] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 29 mar.2023.

[4] WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 75.

objeto da demanda, ainda assim, o conflito entre as partes certamente vai se encontrar presente, independentemente da decisão proferida.

Os meios processuais, a lei positivada e o método do litígio, por exemplo, são claros durante a instauração do processo, mas no âmbito do inconsciente os fatos são de maior complexidade: cada parte possui um ponto de vista sobre o problema ocorrido, há uma interpretação do magistrado em cada caso. Dessa forma, a resolução buscada não é plenamente alcançada, não é satisfatória entre as partes. Observamos isso nas relações de família, nas demandas cíveis, trabalhistas e criminais. Em todas as áreas do direito o inconsciente age. Por isso, tem-se a necessidade de criação dos métodos de autocomposição.

Os meios de autocomposição são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios com objetivo de resolver o conflito das partes e auxiliar no "desafogamento" das demandas do Poder Judiciário.

O atual Código de Processo Civil, no artigo 3º, §1º, 2º e 3º, afirma o seguinte:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º 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.[5]

Conforme a evolução do meio jurídico, os seus efeitos se estenderam também nos meios de autocomposição, sendo criada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a qual institui novas políticas sociais fomentando e incentivando novos meios de solução de conflitos fora do caminho tradicional do processo.

A Resolução 125 do CNJ é um documento que estipula o modo de funcionamento dos métodos de autocomposição, incentivando e obrigando a criação de centros de mediação de conflitos (CEJUSC's), um instrumento estruturado e adequado para receber a demanda social, com a finalidade de possibilitar a realização de audiências e sessões de mediação.

Logo em seu primeiro artigo assegura a todos o direito de solução dos conflitos por meios adequados, estipulando uma política pública de tratamento eficaz, atendendo a natureza e peculiaridade de cada caso, disseminando a cultura da pacificação social e estimulando a prestação de serviço autocompositivo de qualidade.

Inseridos na Resolução 125/10 do CNJ, os artigos 7° e 8º, que versam sobre a extensão e criação e Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos (NUPEMEC) e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadanias (CEJUSCs), são fundamentais para consolidação dos meios de autocomposição, visto que trazem a tangibilidade da estrutura física para os cidadãos que necessitam de tais meios, gerando ainda maior segurança para os indivíduos que necessitam desse apoio.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadanias (CEJUSCs) são estruturas do Poder Judiciário, responsáveis pela realização ou gestão das sessões ou audiências de conciliação, mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

São nesses espaços que a política se desenvolverá através de três setores: (*i*) pré-processual (são tratados os conflitos entre as partes antes de instaurar uma demanda), (*ii*) processual (destinado ao tratamento de conflitos já instaurados, principalmente no atendimento ao art. 334 do CPC e art. 27 da Lei de Mediação) e (*iii*) cidadania (setor responsável pela oferta de serviços de orientação e informação, além de ser responsável por disseminação de projetos sociais).

[5] BRASIL, op. cit., 2015.

Dessa forma, podemos observar que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação, desempenha papel fundamental para difusão, estruturação e instrução dos métodos de resolução de conflitos, abrindo novos meios de abordagens para que haja a redução na excessiva judicialização dos conflitos, fomentando a adoção dos meios autocompositivos por meio de mediadores e conciliadores devidamente capacitados.

Diferenças entre conciliação e mediação

Como referido acima, buscando uma maior efetividade no poder judiciário, a ordem jurídica nacional começa a observar a necessidade de formas de resolução pacífica de litígios e, para tanto, conta com a valiosa ajuda de mediadores e conciliadores.

Acerca do papel desses agentes de pacificação de conflito, entende o Conselho Nacional de Justiça:

> No Brasil, conciliação e mediação são vistos como meios distintos de solução de conflitos. Essa visão decorre, em grande parte, da evolução histórica desses instrumentos entre nós. O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) reafirmou essa diferenciação no artigo 165. Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Já na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º). A outra diferenciação está pautada no tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação. Muitas vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado.[6]

É importante evidenciar a diferenciação da mediação e conciliação, visto que a mediação tem como objetivo, além de resolver a questão da melhor maneira para as partes, manter e preservar os vínculos já existentes, em consequência que tal vínculo continuará existindo após a resolução do conflito, permitindo que as próprias partes estabeleçam entre si formas de diálogo. Em outro sentido, na conciliação, não haverá qualquer vínculo anterior entre as partes, de modo que o vínculo certamente não continuará após a solução do litígio.

Principais dificuldades da conciliação e mediação

Para que se tenha entendimento das dificuldades é necessário reiterar que a mediação ocorre como um procedimento de negociação assistida em que uma pessoa imparcial e capacitada contribui para destravar a comunicação de modo que as pessoas possam atingir resultados proveitosos segundo seus interesses.

Contudo, a formação tradicional dos bacharéis em direito preconiza que as partes devem ser adversárias e deve haver uma solução contenciosa dos conflitos de interesses, como apresenta Leonard Riskin:

> Leornard Riskin expõe o "*Lawyer's Standard Philosophical Map*", pensamento dominante entre os práticos e teóricos do Direito que se assenta em duas premissas principais sobre os litígios: 1. as partes são adversárias e se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro.[7]

Ainda enfatiza a dificuldade de adesão aos meios consensuais:

> a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos, por falta de educação ou de interesse, é um obstáculo considerável; não obstante as escolas de direito e os tribunais se esforcem para promover esses meios, há muitos advogados que nem sequer conhecem a diferença entre mediação e arbitragem.[8]

[6] Sobre conciliação. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/conciliar/perguntas-frequentes/sobre-conciliacao Acesso em: 26 mar. 2023

[7] RISKIN, Leonard 1997 apud TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. *In*: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves. (org.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 125-146. v. 1. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 8 mar. 2023. p. 132.

[8] RISKIN, 1997 apud TARTUCE, op. cit., p. 131.

Portanto, o desconhecimento sobre a necessidade de pensar todos os contornos da relação – incluindo os aspectos inconscientes – faz com que os juristas de modo geral utilizem uma única e natural via de resolução de conflitos.

Há três elementos básicos presentes em todas as disputas: (*i*) os interesses em jogo; (*ii*) os padrões relevantes ou regras de direito que servem como guia; e (*iii*) a relação de poder entre as partes.

Assim, as partes podem escolher focar sua atenção em uma das três seguintes esferas: reconciliar os interesses que permeiam a situação, determinar quem está certo ou determinar quem tem mais poder.

Os interesses são as necessidades, os desejos e os medos ligados à preocupação ou à vontade de alguém e permeiam a "posição", que compreende os itens tangíveis que alguém diz querer. Na famosa obra conjunta com Roger Fisher e Bruce Patton, William Ury mostra que o problema básico em uma negociação não reside em posições conflitantes, mas no conflito entre necessidades, desejos, preocupações e medos das partes[9].

Este entrave se dá pela preponderância da "cultura da sentença", método através do qual as partes envolvidas em um processo atuam em contraposição, disputando posições de vantagens e, geralmente, não entendem os fatos com clareza, apenas pretendem ser julgadas. Aqui, a análise dos fatos foca o passado, e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo.

Diversamente, na lógica consensual (coexistencial/conciliatória) o clima é colaborativo: as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos, ou seja, aprofundar a resolução do conflito, pois a mediação esclarece e amplia a percepção para se criar uma saída, ou seja, mudar o foco de posição para interesses, separar as pessoas do problema, inventar opções para ganho mútuo e utilizar critérios objetivos.

A reconciliação envolve o aprofundamento em preocupações enrijecidas e a busca por soluções criativas, assim como trocas e concessões quando os interesses são opostos. Envolve também lidar com as emoções, sempre presentes em disputas, com papel crucial, admita-se. A melhor forma para reconciliar interesses é a negociação, o ato de comunicar, avançando e retrocedendo, com a intenção de alcançar um acordo, por meio de processos consubstanciados em padrões de comportamento interativos direcionados a resolver uma disputa.

Na mediação, um terceiro assiste as partes de forma a se tornar possível delinear um acordo.

Nem todas as negociações focam em reconciliar interesses. Muitas vezes, as negociações visam determinar quem está certo - como, por exemplo, nos recorrentes casos em que advogados discutem sobre qual dos lados tem maior mérito. Outras negociações focam em poder, como por exemplo, quando as partes trocam ameaças.

A liberdade e a autonomia são valores essenciais à mediação, porém alguns juízes ao encontrarem óbices ao consenso, buscam removê-los fazendo prognósticos ameaçadores.

Essa situação, infelizmente tão recorrente, precisa mudar: compromete negativamente a credibilidade do Poder Judiciário e gera desconfianças em relação à utilidade e à vantagem de se valer dos meios consensuais e, por essa razão, busca-se realizar preferencialmente as audiências de conciliação e mediação nos centros judiciários de solução de conflitos por terceiros imparciais, e ainda que realizadas nos próprios juízos, por conciliares ou mediadores:

[9] FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim:* como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 60.

> Na atividade conciliatória, o juiz não pode ser autor de intimidação, infundindo temor às partes de que preste jurisdição. O consentimento para a celebração dos pactos deve ser, obviamente, livre de vícios. O poder do magistrado não deve ser usado para forçar ou intimidar as partes, sob pena de gravíssimo comprometimento da liberdade negocial dos litigantes e da isenção do julgador.[10]

Dentre os entraves apresentados acima, existem alguns que devem ser revistos com o advento do Código de Processo Civil, entre eles a confidencialidade que precisará ser reforçada e sustentada. Caso alguém busque utilizar indevidamente em juízo informações obtidas em sessões consensuais caberá ao magistrado rechaçar tal atitude (sob pena de desestimular a ida às sessões de auto composição pelo perigo da exposição de pontos desfavoráveis), e a previsão de que o cadastramento como mediador gera óbice à atividade advocatícia no juízo da inscrição.

Conclui-se que a principal vantagem da mediação é o resgate da comunicação, iniciativa que permite a adoção de posturas protagonistas dos participantes em relação ao desfecho dos problemas, por meio de uma solução.

O estabelecimento do diálogo promovido pela mediação potencializa a obtenção de esclarecimentos, a elaboração de ajustes condizentes com a realidade dos envolvidos e o cumprimento voluntário dos acordos consensuais. Portanto, os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma "porta" de recepção de demandas, relacionada ao litígio, mas sim, poderiam direcionar casos para uma variedade de outros processos de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Para além das situações antes apontadas, pondera-se a necessidade de compreensão do fenômeno do conflito segundo aspectos inconscientes, de vez que a análise meramente objetiva das situações conflitivas pode não ser suficiente para a evolução das pesquisas e abordagens em torno dos métodos alternativos de solução de conflitos.

A detecção e a influência de aspectos inconscientes

Um dos aspectos basilares do Direito é exatamente sua fundamentação legal, a "letra da lei", aplicada em igualdade de condições de forma a pautar e orientar as relações sociais.

No entanto, nem sempre se observa que por traz do caráter positivista da lei, existem aspectos importantes a serem levados em consideração. Um deles reside no fato de que o Direito regula as relações entre seres humanos que são dotados de emoções, sentimentos e toda uma carga pessoal de sua própria história que não pode ser ignorada.

E como é possível entender essa relação? É possível afastar ou controlar atos e influências emocionais ou até inconscientes que podem se manifestar não somente nas partes de um conflito judicial, mas também no momento da tomada de decisão por parte de um magistrado? E o papel do mediador e do conciliador? Por serem partes "afastadas" do cerne das discussões, a eles é possível "identificar" quando o inconsciente e as emoções sobrepõem o caráter objetivo da lei?

Como esses fatores podem afetar as relações no judiciário? Será que um litigio se limita à busca das partes pela aplicação da lei, ou sentimentos como a vingança, por exemplo, podem ser a verdadeira causa de uma disputa judicial? É possível confundir justiça com vingança?

Esses e outros questionamentos têm conduzido especialistas na área de psicologia e neurociência e, mais recentemente, na área jurídica, a buscar de forma interdisciplinar entender de modo mais aprofundado a questão do inconsciente e dentro do âmbito judicial.

[10]TARTUCE, Fernanda. *Conciliação e poder judiciário*. 2012. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10. Acesso em: 6 mar. 2023.

A concepção do inconsciente surge, nos estudos psicanalíticos, a partir de 1985, com o entendimento trazido por Freud. Para ele, existiriam manifestações mentais que se dariam fora da consciência e que se seriam retratadas pelos desejos, sonhos, sintomas neuróticos, pulsão e repressão.

Assim, o inconsciente, na releitura de Francisco Rafael Barbosa Caselli sobre os estudos de Freud, seria uma "instância psíquica no interior da qual habitam as representações recalcadas que buscam caminho até o sistema consciente" que se "caracteriza primeiramente por uma polarização entre o pensamento consciente e o pensamento inconsciente"[11].

Sob essa análise é possível dizer que:

> O inconsciente contém a maior parte das pulsões, urgências e instintos. Daí porque motivam grande parte das ações, sentimentos e palavras. Para Freud, a inconsciência somente pode ser provada indiretamente, como nos sonhos, atos falhos e certos tipos de esquecimentos chamados repressão. Processos mentais inconscientes tentam, insistentemente, ingressar na instância psíquica consciente. Memórias indesejáveis disfarçadas dependeriam dessa roupagem para "enganar" um "guardião" entre o pré-consciente e o consciente, memórias essas que, na maioria das vezes, por serem fruto de comportamentos punidos ou interditados, geram repressão.[12]

Nesse aspecto talvez se encontrariam as respostas para as dificuldades em se "perceber" manifestações do inconsciente.

Outra consideração importante a ser observada, é que esse "algo a mais" que pode influenciar os seres humanos e cuja identificação poderia explicar certas decisões e condutas, acabou guiando estudos que buscam entender o funcionamento do cérebro humano e, posteriormente, sua relação com o direito.

Nesse sentido, destaca-se a importância da Neurociência.

O objetivo da neurociência é estudar a relação do sistema nervoso, com as atividades-respostas dos indivíduos, bem como sua participação nas alterações no comportamento e nas emoções humanas.

Segundo esclarece um dos precursores nos estudos da neurociência, professor Antonio Damásio:

> No decorrer das duas últimas décadas, o trabalho em neurociência cognitiva tornou-se especialmente frutífero, pois o desenvolvimento de novas técnicas para observar o cérebro, visando conhecer sua estrutura e função, permite-nos agora associar determinado comportamento que observamos, clinicamente ou em um experimento, não só a um correlato mental presumido desse comportamento, mas também a marcadores específicos de estrutura ou atividade cerebral.[13]

Os estudos e a os caminhos que têm sido percorridos pela Psicologia, Neurociência e Direito, nos conduzem ao entendimento de que sim, o inconsciente tem grande relação e influência nas questões jurídicas desde a motivação da lide até a tomada de decisões pelo juiz.

A questão se concentra em como é possível lidar com tais fatos na prática do dia-a-dia jurídico.

Nesse sentido, o papel dos mediadores e conciliadores se faz fundamental na busca da solução pacífica de um julgamento.

Não são poucas as vezes em que se observa, como exemplo, em uma disputa envolvendo o direito de família, que o ponto central de uma disputa de bens após o término de uma relação matrimonial ou de uma união estável, não é a quem cabe de fato a posse ou propriedade de determinado bem ou então a melhor forma de se decidir uma guarda compartilhada de forma a tornar a separação o menos traumática possível para os filhos. Muito

[11] CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. *Inconsciente e linguagem*: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014. p. 51.
[12] BERTO, Alexandre Fontana. *O inconsciente na relação processual*: reflexões acerca da efetividade do devido processo legal. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24433/1/Alexandre%20Fontana%20Berto.pdf. Acesso em: 4 abr. 2023. p. 18.
[13] DAMÁSIO, Antonio R. *O mistério da consciência:* do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 23.

do que se vê em discussão é o quanto uma ou outra parte se sente ferida, magoada ou ressentida pela dor que a outra lhe causou. É a sensação de que esse sofrimento deve ser "compensado" de alguma forma; e a Justiça acaba sendo vista não como aquela que pode, legalmente, oportunizar uma solução para a celeuma, mas sim como uma via punitiva em que o traído se vinga e o traidor sofre a "pena" pelos seus atos. E esse sentimento de revanche pode obstar que as partes cheguem à uma conciliação amigável.

Vingança e Justiça, então, se misturam e se confundem. E os entes que acompanham esse dilema são os que mais sofrem.

Não diferente é uma disputa na seara trabalhista. Nem sempre as verbas rescisórias ou alguns adicionais não quitados tempestivamente são o problema. As horas extras não adimplidas facilmente perdem seu sentido quando a parte reclamante afirma: "Dei minha vida para essa empresa e é assim que eles me tratam?" Ou então, quando o empregador expressa sua indignação ao afirmar: "Mais do que eu ajudei quando ele(a) precisou? E agora é assim que ele(a) me agradece?"

Esse emaranhado de emoções e sentimentos que às vezes não são observados ou então, apenas ignorados, podem ser a chave na resolução de uma demanda judicial ou, por outra via, o ponto de gatilho para discussões e agressões que podem durar anos.

É nesse momento em que um olhar, de alguém que emocionalmente não está envolvido, faz toda a diferença.

Necessidade de reflexão sobre a relação mediação/conciliação e o inconsciente

O desenvolvimento das formas através das quais se busca a solução dos conflitos engrandeceu a análise através das diversas técnicas aplicadas nos procedimentos voltados à conciliação ou à mediação.

Na mediação, por exemplo, podem ser utilizadas técnicas como, por exemplo, *rapport*, escuta ativa, recontextualização, validação de sentimentos, afago, sessão privada, inversão de papéis, entre outras[14].

Todas as técnicas aplicadas no procedimento de mediação/conciliação são extremamente úteis e claramente devem ser estimuladas.

O que talvez seja necessário ponderar é que, além de tais técnicas, é possível avançar para se ater ao relevante papel que os afetos exercem (interconexão) com a busca da prestação jurisdicional e o elemento satisfação no jurisdicionado.

Ao se pensar sobre a origem do conflito no plano da neuropsicologia humana pode-se observar que o pensamento é fundamentalmente estabelecido a partir de imagens mentais integradas, permeadas e influenciadas por sentimentos e emoções. Neste mesmo plano não é excessivo lembrar que o inconsciente labora de forma intensa na formação do desejo, na construção da cadeia dos significantes e através de outras formas de interferência.

A abordagem do conflito, nessa linha, é multidisciplinar (não estanque) na medida em que diversos elementos mentais e psicológicos originam, atuam e interferem na concepção do conflito.

A imagem mental integrada que principia o pensamento é obtida através dos sentidos. Essas imagens são forjadas pelas memórias (anteriores), constituídas também com a interferência dos sentimentos/emoções e gravadas na memória através da interferência inconsciente.

Essa(s) imagem(s) pode(m) significar o despertar de um conflito quando: (i) deflagra sentimentos ou emoções negativas como, por exemplo, ressentimento, raiva, frustração, falta (do ponto de vista psicanalítico),

[14] NAVARRO, Juliana Melo. *Mediação como método adequado de resolução de disputas aplicado à solução de conflitos familiares e seus reflexos no âmbito do judiciário brasileiro*. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-como-metodo-adequado-de-resolucao-de-disputas-aplicado-a-solucao-de-conflitos-familiares-e-seus-reflexos-no-ambito-do-judiciario-brasileiro/. Acesso em: 3 abr. 2023.

ofensa, humilhação e outros tantos. É possível também incluir nesse rol o desejo inconsciente de que a outra pessoa tenha a mesma forma comportamental de quem deseja do outro uma postura exatamente igual à exigida pelo desejante, o que implica em desconsiderar a singularidade humana e aviva uma pretensão dificilmente alcançada, ou seja, a de que o outro pense e se comporte exatamente igual a quem idealiza.

Como corolário lógico da ofensa advém a necessidade vingança. Aquele que nutre sentimentos negativos – inclusive o núcleo inconsciente a quem a ofensa é primordialmente irracional – vê a necessidade de reparação dessa ofensa, reparação essa que, tendo origem inconsciente, também será guiada por critérios inconscientes (desproporcionais e irracionais).

Nesse cenário entra em cena a linguagem.

A linguagem inconsciente é altamente complexa.

Como o ser desejante – insatisfeito a partir da conduta alheia – se porta para manifestar a falta decorrente das situações acima mencionadas?

Como se dá a notificação – linguagem – dessa insatisfação?

A expressão de insatisfação normalmente é feita através da interferência incontrolável do inconsciente, acompanhado, sem qualquer filtro, de todas as características do pronunciamento inconsciente (fúria, ofensa, descontrole, violência, etc.).

A resposta – e os elementos inconscientes – estimula no outro reações repletas de carga inconsciente na medida em que o outro construirá imagens mentais integradas permeadas por sentimentos e emoções (sobretudo negativos) que culminarão em uma plataforma de insatisfação e necessidade de satisfação.

Dessa nova construção neuropsicológica edificada no outro comumente se colhe a necessidade de pronunciamento deste outro, nos mesmos moldes do insatisfeito original, concebendo uma espécie de círculo incontrolável e inconsciente de insatisfações, ofensas e necessidade de vingança (reparação).

Nota-se, pois, que o plano subjacente aos fatos inclui uma série de eventos inconscientes (não identificáveis objetivamente na relação processual) altamente relevante do ponto de vista multidisciplinar, que permite refletir como a gênese dos conflitos pode ser neuropsicológica (na linha da neuropsicologia humana), série essa que deflagra uma sequência de fatos (estes sim detectáveis objetivamente durante o desenvolvimento da relação processual).

Joel Birman, mesmo tratando de situações diferentes das agora enfrentadas, traz referências psicanalíticas de relevo ao explicar como o corpo e a ação refletem excessos psíquicos:

> Em face do excesso que invade e se alastra sem limites o psíquico procura dele se livrar pela ação para não correr o risco de ficar paralisado pela disseminação da angústia do real. Porque se o excesso não for descartado e descarregado pela ação, o psiquismo procura se desembaraçar daquele pelas vias corporais. Com efeito, o estresse, o pânico e as perturbações psicossomáticas seriam disso as resultantes no registro do corpo, porque o excesso não se esvai pela ação. Seria, então, o excesso no psiquismo que conduziria a essas duas séries e eixos sintomáticos, isto é, as que incidem nos registros do corpo e da ação, na medida em que aquele ficaria retido no corpo quando não pudesse ser eliminado como ação.[15]

A forma de manifestação do inconsciente configura-se através de ações humanas interpretadas nas esferas processuais como fatos.

A narrativa, comprovação e interpretação dos fatos parte de um recorte objetivo nascido de posturas e comportamentos que não levam em consideração a origem neuropsicológica.

[15] BIRMAN, Joel. *O sujeito na contemporaneidade:* espaço, dor e desalento na atualidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2020. p. 96.

A forma de reparação das ofensas que as partes adotaram como premissas fáticas objetivas, no entanto, corresponde às maneiras de obtenção da prestação jurisdicional (condenatórias, declaratórias ou constitutivas), sem levar em consideração que, na origem, a ofensa somente poderá ser efetivamente reparada se – e somente se – houver a reconfiguração das imagens mentais integradas das quais nasceram a insatisfação e os fatos dela decorrentes.

Os fatos – que o processo ingenuamente supõe reproduzir de forma inconcussa – podem significar formas de manifestação inconsciente do ator processual que nada mais representam do que maneiras de manifestação inconsciente decorrentes de uma insatisfação causada pela construção das imagens mentais integradas e os apêndices decorrentes dos significantes e dos desejos humanos.

Impossível não se atinar ao entrelaçamento entre os dois primeiros planos na medida em que os fatos que são ou serão reproduzidos no processo – e que, nessa medida, devem ser considerados para fins de direcionar a conciliação ou a mediação – decorrem da concepção neuropsicológica.

No plano normativo se observa que as aspirações consistem em regular e disciplinar as ações humanas (fatos). Por razões claras, não se mostra objetivamente possível, ao menos no atual estágio de compreensão jurídica dos fatos, que o plano normativo seja capaz de identificar a gênese neuropsicológica dos fatos para fins de abordagem processual ou apreciação judicial, salvo raras exceções como nas hipóteses de alienação parental ou situações semelhantes.

A segregação absoluta dos planos (de um lado o neuropsicológico/fático e, de outro, o normativo) gera a falsa impressão de que o sistema jurídico representaria a infalibilidade da completude, passando a impressão de que todos os conflitos surgidos, ainda que não disciplinados especificamente, poderiam ser apreciados sistematicamente à luz de métodos de suprimento das lacunas na aplicação jurídica.

Mas porque se está a falar em aplicação do direito quando a abordagem principal seria a conciliação e a mediação?

Por que a pretensão da parte, diante da construção neuropsicológica de imagens mentais integradas, sempre terá em vista a punição (reparação da ofensa) e esta reprimenda somente pode ser aplicada se prevista no ordenamento.

Em outros termos, a construção da pretensão pode ter se dado através da ilusão de que os fatos teriam ocorrido da forma como objetivamente se narra e a solução outorgada pela ordem jurídica pode ser igualmente ilusória na medida em que a reprimenda esperada pelo ofendido pode não necessariamente ser aquela que seu inconsciente supõe como justa.

Importa dizer que o plano normativo tende a ser insuficiente tanto para permitir uma compreensão satisfatória e completa do que realmente ocorreu na origem do conflito, quanto ilusória no sentido de impor a *penalidade* que o ofendido deseja.

Por maiores que sejam as tentativas da ordem jurídica e do plano normativo em especializar-se na regulação de condutas, essa tendência pode ser insuficiente porque apenas a correta identificação da gênese do conflito poderia identificar a reparação proporcional e adequada.

Daí se concluir que a satisfação almejada por uma decisão judicial e a ideia de que uma decisão regozijaria a ofensa por teoricamente representar o suprimento da ofensa podem ser ilusórias ao se considerar que o plano normativo se circunscreve aos fatos objetivamente narrados e por deixar de se ater à gênese do conflito jamais será capaz de representar a satisfação que a parte deseja.

Em outros termos, é preciso reposicionar a parte do cenário imaginado (o de que uma sentença a satisfaria) para tentar voltar ao primeiro plano e recapitular os alicerces das imagens mentais integradas que deram origem aos fatos.

Considerações finais

A vida em sociedade desde os primórdios é marcada por conflitos.

Dos mais simples, como a quem cabe a responsabilização pelas perdas em um acidente com automóvel, aos mais complexos como uma demanda criminal ou relações familiares, o que se nota é que as partes da discussão estão sempre buscando que a "justiça seja feita", o que só ocorre quando o "eu" da demanda se sente satisfeito. E em muitas vezes, vingado.

As normas legais foram criadas exatamente para que a vida em sociedade e, por consequência, seus conflitos, pudessem ser regulamentados e, por intermédio daquelas soluções eficazes fossem tomadas.

A ideia de lide está consubstanciada no referencial teórico de Carnelutti[16] segundo o qual lide corresponde ao conflito de interesses representado por uma pretensão resistida, o que pressupõe uma correlação entre a linha processual e o direito material.

O autor Euclides da Cunha, na apresentação de sua obra prima, "Os Sertões", menciona que *"Estamos condenados à civilização"*[17] e, partindo desse raciocínio, o direito é a principal ferramenta para organizar as civilizações, acompanhando, sempre, a evolução da sociedade.

O que se observa, no entanto, é que nem sempre tudo é tão simples e prático. A existência de fatores internos e, por vezes, não percebidos como as motivações conscientes, as emoções e os sentimentos, têm conduzido estudos que buscam a resolução de conflitos de maneira que tais fatores não sejam ignorados.

A mediação e a conciliação foram criadas como uma forma de resolver conflitos com base no entendimento das partes, contando com uma presença neutra, ou seja, não influenciada pelo contexto da celeuma e que, por estar nessas condições, pode analisar o caso sob uma perspectiva mais clara.

O mediador, assim como o conciliador, em que pese sua vertente humana e, por consequência, também permeada de sentimentos e influências inconscientes, uma vez que não figura como parte do "problema", têm frente a si a possibilidade de conduzir as partes em conflito a uma solução mais célere e eficaz.

O que é importante destacar, é que esse olhar atento às particularidades do "outro" e a percepção de que as partes, mais do que apenas atores processuais inanimados de uma relação jurídica, carregam sentimentos e emoções cuja consideração é fundamental para que a conciliação e mediação se desenvolvam de forma completa.

O objetivo do estudo não é, claramente, detalhar ou esgotar os sentimentos e emoções que possam estar presentes em um conflito, mas apenas lançar a ideia de que o direito não pode deixar passar despercebida a presença dos afetos nas relações humanas que eclodem sob a forma de uma relação processual.

Talvez não exista melhor ambiente para se pensar e refletir sobre os delineamentos inconscientes de uma relação processual do que ao se realizar a conciliação ou a mediação, pois que neste momento a identificação, a sensibilidade e o cuidado em lidar com elementos tão caros e nobres para qualquer jurisdicionado pode significar uma reviravolta da forma como se encara o conflito e seus contornos.

[16] CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Wiit Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.
[17] CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Martin Claret, 2016. (Ed. Especial). p. 19.

Referências

BERTO, Alexandre Fontana. *O inconsciente na relação processual*: reflexões acerca da efetividade do devido processo legal. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24433/1/Alexandre%20Fontana%20Berto.pdf. Acesso em: 4 abr. 2023.

BIRMAN, Joel. *O sujeito na contemporaneidade:* espaço, dor e desalento na atualidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 29 mar.2023.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Wiit Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. *Inconsciente e linguagem*: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125*. 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 26. mar. 2023.

CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Martin Claret, 2016. (Ed. Especial).

DAMÁSIO, Antonio R. *O mistério da consciência:* do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim:* como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

NAVARRO, Juliana Melo. *Mediação como método adequado de resolução de disputas aplicado à solução de conflitos familiares e seus reflexos no âmbito do judiciário brasileiro*. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-como-metodo-adequado-de-resolucao-de-disputas-aplicado-a-solucao-de-conflitos-familiares-e-seus-reflexos-no-ambito-do-judiciario-brasileiro/. Acesso em: 3 abr. 2023.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. *In*: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves. (org.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 125-146. v. 1. p. 132. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 8 mar. 2023.

TARTUCE, Fernanda. *Conciliação e poder judiciário*. 2012. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10. Acesso em: 6 mar. 2023.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

CAUMO, Renata. *Mediação e conciliação do Código de Processo Civil*. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73080/mediacao-e-conciliacao-do-codigo-de-processo-civil.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/ Acesso em: 26 mar. 2023.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. *e-parana judiciário: Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*, Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Centro de Documentação, v. 5, n. 10, ago. 2018/jan. 2019.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 20 mar. 2023.

Estado de coisas inconstitucionais na jurisprudência do supremo tribunal federal

MARCOS OLIVEIRA DE MELO
Procurador Federal, Mestre em Teoria Geral do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), pós-graduado em Direito Privado, Direito Processual Civil e Filosofia. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos CNPq-UNIVEM. Professor no Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

ALEX VINICIUS CARNELOSSI
AMABILY RAYANE CORDEIRO SAMPAIO
ANA ALICE VAZ
GABRIELA MARIA PAGLIARINI FERNANDES
RYAN CESAR MARTINS FIRMINO
Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP. Integrantes do grupo de pesquisa Laboratório Jurisprudencial.

Resumo: Os Direitos Fundamentais emergem como um dos temas mais cruciais no estudo teórico do Direito contemporâneo. São um conjunto vital de garantias legais que visam preservar a dignidade humana e a liberdade individual, formalizados na Constituição Federal de 1988 como imperativos para a existência do Estado Democrático de Direito. No presente artigo, buscou-se investigar as frequentemente violações desses direitos pelo Estado, cujas ações ou omissões perpetuam desigualdades e injustiças, por vezes enraizadas na história. Nesse ponto, surge conceito de Estado de Coisas Inconstitucionais, originado na Colômbia em 1997. A metodologia utiliza a revisão bibliográfica aplicada à análise de caso fático como instrumento para identificar, investigar e explorar os problemas estruturais e sistêmicos que obstaculizam a efetiva aplicação e proteção dos Direitos Fundamentais.
Palavras-chave: Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Estado de coisas inconstitucionais. ADPF 347.

Abstract: Fundamental Rights emerge as one of the most crucial topics in the theoretical study of contemporary law. They constitute a vital set of legal guarantees aimed at preserving human dignity and individual freedom, formalized in the 1988 Federal Constitution as imperatives for the existence of the Democratic Rule of Law. In this article, we sought to investigate the frequent violations of these rights by the State, whose actions or omissions perpetuate inequalities and injustices, sometimes rooted in history. At this point, the concept of Unconstitutional State of Affairs arises, originated in Colombia in 1997. The methodology employs bibliographic review applied to the analysis of factual cases as a tool to identify, investigate, and explore the structural and systemic problems that hinder the effective application and protection of Fundamental Rights.
Keywords: Fundamental rights. Judicial activism. Unconstitutional state of affairs. ADPF 347.

Introdução

Os Direitos Fundamentais são um dos mais importantes e relevantes temas contemporâneos para o estudo teórico do Direito. Constituem um conjunto de garantias legais destinadas a proteger a dignidade humana e a liberdade individual. Foram positivados na Constituição Federal de 1988 e são requisitos de existência para o Estado Democrático de Direito.

No entanto, é notório que os Direitos Fundamentais são sistematicamente violados e desrespeitados pelos Estados, cujas ações ou omissões se projetam de modo a perpetuar desigualdades e injustiças, às vezes históricas.

Neste contexto, o conceito de Estado de Coisas Inconstitucionais surgiu na Colômbia em 1997 para identificar, investigar e corrigir problemas estruturais e sistêmicos que impedem a efetiva aplicação e salvaguarda desses direitos.

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais evoluiu a partir de um estudo de caso envolvendo uma crise no sistema prisional colombiano causada por superlotação, falta de saneamento, violência policial e a política criminal inadequada e completamente ineficiente da Colômbia, causadora de sistêmica violação dos Direitos Fundamentais, para uma análise sistêmica-estrutural, observando que não são apenas casos isolados ou pontuais, mas sim resultado de um sistema em desequilíbrio com a constitucionalidade.

É objetivo do presente artigo investigar o advento dessa teoria e suas proposições, compreender o sistema jurídico e político da sociedade e suas instituições garantidoras dos Direitos Fundamentais através desse novo

prisma teórico, e analisar a efetiva positivação normativa fundamentada por essa teoria e solidificada na Constituição Federal de 1988.

Direitos fundamentais

Historicamente os Direitos Fundamentais têm origens com o Direito Natural, se caracterizando por serem direitos históricos, inalienáveis, derivados da própria natureza humana. Tais direitos são, para Norberto Bobbio, universais, e consistem no direito à vida, igualdade, liberdade, propriedade, privacidade, expressão livre do pensamento, entre outros. Entretanto, o mesmo autor observa que a origem do Direito Natural se distingue do Direito positivado, e compreender se essa positivação é necessária para adentrar no cerne da questão que aqui se propõe a discutir[1].

Nas sociedades ocidentais, é possível identificar, através da obra de Noberto Bobbio, que o processo de conceituação e evolução dos Direitos Naturais iniciou com a aceitação dos direitos naturais como direitos do homem, pela comunidade jurídica internacional.

No entanto, a positivação desses direitos só se iniciaria no campo doméstico, com os Estados nacionais e suas legislações próprias. Foi nesse momento que os direitos do homem passaram a ser identificados como Direitos Fundamentais.

Certeiro o escólio de Melo ao afirmar que:

> Com a formação do Estado moderno nos séculos XVIII e XIX, o Estado toma para si o monopólio da produção jurídico, isto é, a exclusividade de criar o Direito ou, mais precisamente, as leis que regerão a sociedade.[2]

Foi com a positivação desses direitos no plano internacional que a nomenclatura "Direitos humanos" foi cunhada conforme veremos a seguir.

Positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 foi fruto de uma evolução da luta por direitos, iniciada com o golpe militar de 1964, passando pela morte de Wladimir Herzog e pelos "anos de chumbo" da ditadura, até o fortalecimento lento e gradual dos movimentos sociais[3].

É na década de 1980 que a luta social ganha presença nas ruas, e os Direitos Humanos ganham popularidade entre as massas.

> Essa transformação da prática dos direitos humanos deu-se, em especial, como decorrência das demandas e pressões dos setores sociais em emergência, fazendo com que a expressão deixasse de se referir à concepção simplesmente burguesa de lei e ordem, tornando-se condutora de mudanças estruturais nas relações de poder.[4]

A demanda popular impôs a necessidade de positivação dos Direitos Fundamentais. O horror vivido durante os "anos de chumbo" deu causa a essa necessidade, tamanho foi o desrespeito e a violação que os Direitos Fundamentais sofreram, em especial o da dignidade da pessoa humana.

[1] BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. Rio de Janeiro. Ed. Elsevier, 2004. p. 10-11.
[2] MELO, Marcos Oliveira de. *Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal:* a ideia de justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 73.
[3] CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais*. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012. p. 31.
[4] Loc. cit.

Com a positivação, os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana ensejaram o dever de ação do Estado na garantia desses direitos, assim como delimitaram o papel do Estado como guardião desses direitos, e não como violador. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

> não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.[5]

Não é de se espantar que a Constituição de 1988 tenha positivado Direitos Fundamentais por conta de seu contexto histórico, mas o esforço de imbuir o Estado, antes violador desses direitos, com o dever de salvaguardá-los foi uma inovação.

A lição de Melo é esclarecedora:

> Entretanto, cabe ao Estado proporcionar condições de desenvolvimento para que o homem aperfeiçoe sua condição de autônomo e alcance o status pleno de dignidade. Esse é o compromisso por ele assumido nos tratados internacionais e em toda a Constituição Federal que posse se chamar de democrática.[6]

É desse dever que as inconstitucionalidades constantes na omissão estatal que a teoria do Estado das Coisas Inconstitucionais advém, e que deve ter seu escopo e aplicação aqui investigados.

A judicialização dos direitos fundamentais pela crise no positivismo jurídico

Entende-se por positivismo jurídico uma limitação das normas ao plano gramatical do código, parte da concepção de que o direito não deve se preocupar com a justiça, mas apenas com a sua aplicação estrita, assim descreve o autor Magalhães Filho:

> A crença de que o Código era a projeção escrita e completa do sistema de regras jurídicas racionais do Direito Natural fez com que se atribuísse ao Código as características antes imputadas ao Direito Natural Racional. Assim a lei codificada era considerada completa, e seu sentido correto seria o literal.[7]

De início, havia a pretensão de se encontrar na lei resposta a todos os conflitos cotidianos, o que de fato funcionou por um tempo, à época em que as relações sociais eram limitadas, sem uma globalização intrínseca.

Contudo, com o passar do tempo, essa visão passou a ser questionada por diversos estudiosos do direito. Uma das principais críticas ao positivismo jurídico é a inobservância ante os valores morais e éticos que permeiam as relações sociais.

Outra crítica é a dificuldade da corrente em lidar com as mudanças sociais e tecnológicas. Como o direito é visto como um conjunto de normas fixas e imutáveis, ele pode se tornar obsoleto diante de novas situações e desafios, o que pode gerar conflitos e injustiças, motivo pelo qual se tem o uso das jurisprudências.

Não podemos negar que há circunstâncias fáticas que não possuem uma só forma de resolução ante o contexto daquela lide, por isso deve haver interpretações de acordo com as situações do caso concreto. Com a pluralidade de hoje, não podemos partir da concepção de uma solução "certa", há várias soluções em que uma será

[5] SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56.
[6] Op. cit., p. 72.
[7] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 49.

mais apta que a outra no caso concreto, revelando diversas variáveis que tornam inaplicável a teoria pura do positivismo.

Kelsen preceitua estas variáveis como "moldura" o "Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível"[8].

Além disso, o positivismo jurídico também tem sido criticado por sua relação com o poder. Como as normas são criadas pelo Estado, há uma tendência de que elas sejam utilizadas para manter a ordem e a dominação da sociedade, sempre agindo em superior qualidade.

Ainda, pode-se dizer que, apesar de muito representativo no papel, o Poder Legislativo não detém de representatividade da sociedade, se valendo mais de interesses pessoais de uma minoria rica para se privilegiarem do que vistoriar e proteger a sociedade de fato, que, no plenário, veem como massa de manobra.

Diante dessas críticas, surgiram diversas correntes de pensamento que propõem uma visão mais ampla e crítica do direito. Dentre elas, podemos destacar o jusnaturalismo, que defende a existência de um direito natural, anterior ao Estado e às normas positivas, por exemplo.

Apesar das críticas, o positivismo jurídico ainda é uma corrente de pensamento influente na teoria do direito, principalmente no contexto da dogmática jurídica. Contudo, a sua crise tem levado a uma reflexão mais profunda sobre a natureza e os limites do direito, contribuindo para o desenvolvimento de novas teorias e perspectivas críticas.

Quando entramos no óbice dos direitos fundamentais, que, diga-se, surgiu após o contexto da Segunda Guerra Mundial com a imediata necessidade de garantia dos direitos básicos do ser humano, não podemos deixar de falar sobre a falha do atendimento destes.

A judicialização dos direitos fundamentais é um processo em que a sociedade necessita recorrer ao Poder Judiciário para conseguir a garantia de prática de seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Este é um fenômeno relativamente recente, e sua origem pode ser atribuída a diversos fatores, incluindo a crescente complexidade do mundo moderno, a evolução do pensamento jurídico e a ampliação dos direitos fundamentais reconhecidos pelos sistemas jurídicos contemporâneos.

Entretanto, o que mais se admite sobre a origem deste processo é que é uma resposta à ineficácia dos mecanismos políticos e administrativos para proteger e promover esses direitos, motivados pela crença de que o Judiciário é um poder independente e imparcial que pode corrigir as injustiças e garantir a realização dos direitos fundamentais.

No Brasil, a judicialização dos direitos fundamentais tem sido objeto de intenso debate entre juristas, acadêmicos, políticos e ativistas. Embora a Constituição brasileira de 1988 tenha reconhecido um amplo conjunto de direitos fundamentais, a sua efetivação tem sido prejudicada por diversos fatores, como a falta de recursos públicos, a corrupção, a ineficiência administrativa e a falta de vontade política. Como resultado, muitos indivíduos e grupos têm recorrido ao Judiciário para obter a proteção e a efetivação de seus direitos.

Pode-se dizer que, por um lado, a judicialização pode ser uma ferramenta importante para garantir a proteção dos direitos fundamentais em sociedades onde os mecanismos políticos e administrativos são ineficazes. Além disso, pode promover a igualdade e a justiça, corrigindo as falhas que resultam da ineficiência dos

[8] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390.

mecanismos políticos e administrativos. Por outro lado, a judicialização pode criar problemas, como o ativismo judicial, a sobrecarga do Poder Judiciário e a judicialização excessiva da política.

Ativismo judicial como forma a dar efetividade aos direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em sua concepção, adotou a teoria de Montesquieu no que se refere à tripartição dos poderes constituintes, sejam eles, o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, sendo devidamente atribuídas funções constitucionais distintas, mas de certo modo, paralelo aos demais poderes e, também, a objetividade ao estrito cumprimento de funções constitucionais, conforme se depreende no Art. 2° da CF/1988[9], tratando-se de uma regra constitucional.

Sob essa ótica, um dos principais debates acerca dos princípios e teorias que trazem fundamento a concepção da carta magna do país são os dilemas a respeito da forma como a jurisprudência constitucional, no aspecto hermenêutico, interpretativo, pode causar influência aos limites estabelecidos na esfera de atuação dos outros poderes da república. São públicas e notórias as últimas decisões jurisprudenciais por parte do Judiciário, acarretando influências diretas e indiretas nos demais poderes constituintes, razão pela qual, a coexistência harmoniosa dos três poderes esteja comprometida.

A *priori*, a análise desses limites se vincula diretamente com a evolução do estado constitucional, é importante trazer às claras que a despeito da constitucionalidade das coisas, o Brasil não segue de maneira eficaz a positivação dos direitos, nesse caso, dando surgimento ao Estado de coisas inconstitucionais.

Para fins de breve elucidação acerca da técnica mencionada, que será aprofundada posteriormente, o Estado de coisas inconstitucionais possui como prisma a violação e a inaplicabilidade dos direitos já positivados, maneira pela qual, percebe-se que os direitos, não obstante a sua positivação, inexistem.

Nesse ponto, cria-se o fenômeno ativismo judicial. Sendo passível de discussão, a transferência desse rótulo para "judicialização". Nesse ponto, é importante destacar que alguns especialistas em direito defendem a ideia do ativismo, para isso fazem diferenciação entre as expressões, qual seja, o ativismo consistiria de forma breve, na postura ativa do judiciário em questões pontuais; já a judicialização é o acúmulo de demandas políticas nas mãos do judiciário.

O protagonismo judicial surgiu na doutrina norte-americana, sendo concebida por Arthur Schlesinger[10] em trabalho doutrinário datado de 1947, cujo título faz referência a Suprema Corte dos Estados Unidos. Sua Doutrina classifica os juízes que compunham o colegiado em juízes ativistas e não ativistas. Isso se dá pelo modo aos quais, os magistrados utilizam seu poder constitucional, sob à ótica da interpretação constitucional, sendo a detentora e "criadora" do tema discutido.

Compreendendo-se as questões relativas à Ciência do Direito e da prática do ativismo judicial, observa-se que há todo um estudo analítico a respeito das decisões judiciais, da criação de normas e da estruturação Jurídica, a dimensão metodológica do ativismo relaciona-se como o modo de interpretar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis, sendo consequência da proliferação da judicialização da política.

Validando o ativismo, segundo o ministro do STF Luís Roberto Barroso em sua fala, o ativismo é:

[9] Art. 2º, CF: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
[10] A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo "ativismo judicial" coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court*, publicado na *Revista Fortune*, v. 35, n. 1, no mês de janeiro de 1947.

> Uma atitude, a seleção de uma maneira, específica e proativa de interpretar a constituição, de modo a expandir o seu sentido e alcance. E que normalmente é instalada, como no caso do Brasil, em situações de encolhimento do poder legislativo, de uma certa dissonância, entre a classe política e a sociedade civil, impedimento que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.[11]

Por fim, feitas as ponderações, descortina-se que o fenômeno discorrido ao percalço desse tópico é certamente uma figura emblemática no cenário institucional, convalidado pelos juristas, como consequência da inércia dos outros poderes, ou, até mesmo, o efeito abrangente que a Hermenêutica constitucional permite e legitima.

O conceito de estado de coisas inconstitucionais na corte colombiana

No final dos anos 1980 e início dos anos 1990, vários países da América Latina redigiram novas Cartas Magnas, com o intuito de restabelecer a democracia, positivando os direitos fundamentais e sociais, bem como criando e fortalecendo cortes constitucionais. Nesse contexto, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. Tendo como destaque a Colômbia, considerada uma das cortes mais ativistas do mundo.

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) surgiu na Colômbia, posteriormente a criação de sua Constituição Federal de 1991, com forte apelo social. Em suma, trata-se da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais com potencialidade de congestionamento do poder judiciário em decorrência da prolongada omissão das autoridades públicas.

A Colômbia é um país latino-americano, historicamente marcado por anos de colonização, assim como o Brasil. Estas sociedades possuem como herança a desigualdade social, interesses particulares dos governantes em detrimento do interesse geral e a ineficiência dos Poderes Públicos em implementar políticas públicas efetivas e de qualidade.

Em virtude dos problemas enfrentados pela sociedade colombiana, a tentativa de solucionar as questões específicas e massivas é a adoção de medidas complexas e remédios estruturais por uma pluralidade de órgãos e autoridades públicas. Ademais, o controle judicial se justifica diante da omissão do poder executivo e legislativo, atuando em situações excepcionais.

Nesse contexto, o poder judiciário colombiano tem a missão multidimensional de defender a supremacia da Constituição dentro do sistema de fontes do direito, exercer o controle concreto de constitucionalidade, toda vez que deve proteger os direitos humanos consagrados na Constituição e proteger os direitos humanos contemplados na Convenção Americana de Direitos Humanos, reparando integralmente as vítimas por responsabilidade internacional do Estado[12].

Ademais, a Corte irá tentar reverter quadros massivos de transgressão de direitos fundamentais com suas próprias mãos, em face a omissão dos demais poderes competentes. Isto posto, iremos abordar neste artigo uma sentença que declara o primeiro ECI.

Em 06 de novembro de 1997, foi declarado pela primeira vez na Corte Colombiana o ECI, na *Sentencia de Unificacion 559*, em virtude da omissão dos municípios de María La Baja e Zambrano, localizados na zona costeira norte do país, de filiar seus Docentes Municipais no *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisteri*, embora estivessem sendo feitos descontos nos salários para vincular a este benefício previsto em lei específica.

[11] BARROSO, Luís Roberto. *La dignidade de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo.* Bogotá: Universidad del Externado. 2014. p. 533.
[12] GONÇALVES, Cristiane Lopes. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo supremo tribunal federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira.* Brasília, DF: Centro Universitário de Brasília Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, 2018.

Os autores da ação são os professores de dois municípios do Departamento de Bolívar não filiados ao respectivo Fundo. Em suas alegações iniciais argumentaram que o direito à vida e à saúde, ou seja, direitos fundamentais previstos na Constituição, estavam sendo violados em virtude da negligência do serviço de segurança social.

Em primeira e segunda instância, os tribunais não reconheceram uma ameaça real ou iminente, como também a tutela não é o mecanismo ideal para alcançar a filiação desejada. No entanto, as decisões judiciais entenderam que a Administração Pública como empregadora assume a todos os riscos pertinentes a previdência social e caso se omita da prestação social, estará sujeita as ações judiciais cabíveis.

A SU-559 busca encontrar os reais motivos para não haver a efetivação dos direitos presentes no Documento Supremo, e apresenta dados não somente dos municípios em questão, mas apresenta dados de toda a nação e é percebido que a falha estatal é corriqueira. Com a apuração dos dados, conclui-se que a distribuição de recursos é desigual entre as secretarias para seus municípios, levando municípios pequenos e remotos, com grandes necessidades, acabando por fazer esforços superiores aos das capitais departamentais.

Assim restou consignado no corpo da decisão:

> De acordo com os estudos realizados, a principal causa da distribuição desigual do dinheiro dos localizados deve-se ao fato de que a distribuição destes é feita com base no corpo docente em vigor em 1993 - ano em que foi editada a Lei 60, que estabeleceu o procedimento para a distribuição da posição fiscal e das participações na renda corrente da Nação -, e não de acordo com as necessidades de cada departamento ou município. A distribuição geográfica dos professores não responde às necessidades do serviço educativo. Portanto, observa-se que elas estão concentradas em áreas urbanas, e dentro destas nas maiores capitais municipais, tudo em detrimento das áreas rurais e dos municípios mais pobres.[13]

Nesta sentença, a Corte assume de forma inovadora seu dever de colaborar de maneira harmônica com o restante de órgãos do Estado para realização de seus fins, bem como tomou uma decisão que não se limitou apenas às partes do processo, levando em consideração a complexidade do caso.

A luz do que precede, o Tribunal Constitucional fez suas considerações, quais sejam: a) declarou o estado de coisa inconstitucional; b) determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem o estado de coisa inconstitucional em prazo razoável; c) despachou que fosse enviada cópia do presente acórdão ao Ministro da Educação, ao Ministro das Finanças e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento e aos restantes membros do CONPES Social, Governadores e Assembleias Departamentais, Prefeitos e Câmaras Municipais; d) revogou as decisões proferidas pelo Segundo Tribunal Penal do Circuito de Cartagena e pelo Tribunal Cível do Circuito de Carmen de Bolívar; e) em 1º de janeiro de 1998, avançar e concluir o processo de filiação dos atores ao mencionado *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisteri*; f) Ordenou que enviassem cópia do mesmo ao Procurador-Geral da Nação, à Ouvidoria e à Controladoria-Geral da República.

Portanto, a SU em questão é de elementar importância, pois foi possível resolver os problemas de um grupo indeterminado e amplo de docentes, promovendo uniformidade nas decisões e respaldo social, demonstrando capacidade e eficiência na resolução de um conflito complexo, mediante uma única ação de tutela.

Aplicação do estado de coisas inconstitucionais no Supremo Tribunal Federal – ADPF 347

O julgamento da referida ADPF ocorreu no dia 27/08/2015. O Relator Ministro Marco Aurélio trouxe seu magistério ao registrar que o Estado de coisas inconstitucional se caracteriza pela violação massiva de direitos humanos, pela inércia prolongada das autoridades e pela solução que envolve medidas complexas de diversos

[13] CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559*. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 11 fev. 2016.

órgãos e que na casuística, estariam preenchidos os requisitos de violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Assim, continua o relator, reconhecendo a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, concluindo que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, dispondo que a situação ao qual o preso é exposto configura tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. Nesse sentido, reconhece que o sistema carcerário brasileiro se enquadra na denominação de "estado de coisas inconstitucional", não servindo à ressocialização dos presos, pelo contrário, aumenta a criminalidade.

Quanto a responsabilidade do Poder Público, dispõe o relator:

> A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. Importante identificar qual papel pode o Supremo desempenhar para viabilizar esse novo arranjo.[14]

Assim, defende um papel ativo do STF, devendo este agir em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional, para tanto aponta ações como: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

Por fim, o Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Conclusão

A temática dos direitos fundamentais tem sido objeto de análise e debate em diversas áreas do conhecimento, não só no direito, mas também em campos como a filosofia, a sociologia, a ciência política e a economia.

Isso porque a efetiva proteção e promoção desses direitos é condição indispensável para a construção de sociedades livres, justas e igualitárias. No entanto, a garantia desses direitos enfrenta diversos desafios e obstáculos, que vão desde a falta de vontade política por parte das autoridades até a resistência social em reconhecer e respeitar a diversidade e a dignidade humana.

Diante dessa situação complexa e multifacetada, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais surge como uma abordagem inovadora e promissora para enfrentar problemas estruturais e sistêmicos que impedem a efetividade dos Direitos Fundamentais.

A premissa básica dessa teoria é que não basta garantir a proteção dos direitos individuais, mas também as condições materiais e institucionais para o exercício prático desses direitos. A Teoria propõe, assim, uma mudança de perspectiva para analisar e enfrentar os problemas jurídicos e sociais, focando não apenas nas violações individuais, mas também nas violações estruturais e sistêmicas dos Direitos Fundamentais.

[14] BRASIL. Superior Tribunal Federal. *ADPF 347.* Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347. Distrito Federal, 9 set. 2015. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 20 abr. 2023.

Nesse sentido, é certo afirmar que a aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais vem a permitir uma análise mais profunda, crítica e abrangente dos problemas enfrentados pela realidade brasileira, como a violência policial, a superlotação carcerária, a falta de acesso à saúde e à educação de qualidade, a discriminação racial e de gênero, entre outros, não apenas por não se limitar às violações individuais, mas também por investigar as causas estruturais e sistêmicas dessas violações.

Em última análise, observa-se que o estudo da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais pode ajudar a desenvolver políticas públicas e soluções institucionais que abordem essas causas estruturais e sistêmicas, em vez de se limitar a medidas paliativas e pontuais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *La dignidade de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo.* Bogotá: Universidad del Externado, 2014.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *ADPF 347.* Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347. Distrito Federal, 9 set. 2015. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 20 abr. 2023

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais*. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº 559 de 1997*. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 23 de abr. 2023.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo supremo tribunal federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira.* Brasília, DF: Centro Universitário de Brasília Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELO, Marcos Oliveira de. *Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal:* a ideia de justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

Obras consultadas

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo*: efetividade da Constituição ou ativismo judicial. Interpretação constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 85-118.

ASSIS, Luís Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho.* 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL PARALELO. *Como o ativismo judicial impacta a política brasileira*? Disponível em: https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/ativismo-judicial?utm_medium=%2Fartigos%2Fativismo-judicial#. Acesso em: 27 abr. 2023.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. *As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional*: o império dos homens sobre o direito. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 60, p. 59-117, 2016.

CLÍNICA UERJ DIREITOS. *ADPF 347.* Julgamento 27 ago. 2015. YouTube, 29 ago. 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_4PAIFC5RlA&t=4112s. Acesso em: 20 de abr. 2023.

FREITAS, Daniel Castanha de; CABRAL, Flávio Garcia; APONTE, William Ivan Gallo. Estado de coisas inconstitucional: ativismo judicial na corte constitucional da Colômbia e a migração de ideias constitucionais para o STF. *Revista Direito UFMS*, v. 7, n. 1, p. 31-52, 2021.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2016.

MAURÍCIO, Jeissiely Luzia. *O ativismo judicial praticado no Brasil*. Anápolis: Faculdade Raízes, 2018.

PORFIRIO, Francisco. "Montesquieu". Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/montesquieu.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

A aranha vive do que tece (e o advogado também): o sistema brasileiro de precedentes judiciais e (in)aplicação do tema 1076/STJ

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA
Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela mesma instituição. Professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

Resumo: a finalidade deste artigo científico é analisar o impacto do Tema 1076/STJ e a resistência dos tribunais em aplicar a tese jurídica resultante, dentro de uma perspectiva sistemática brasileira de precedentes vinculantes. É certo que o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o advento do atual CPC, moldou um sistema de precedentes vinculantes, os quais devem ser observados pelo julgador ao proferir a decisão. De outro lado, o CPC também trouxe novos contornos quanto a fixação de honorários sucumbenciais, tendo, como regra, a aplicação de percentuais e, como exceção, a apreciação equitativa (fixação em valor certo). A tese fixada no Tema 1076/STJ, ratifica o quanto estabelecido pelo CPC, vedando a aplicação equitativa nas hipóteses em que os valores da causa, do proveito econômico obtido pelo vencedor ou da condenação forem elevados. Todavia, há resistência dos tribunais quanto a aplicação da tese, especialmente na situação vedada pelo Tema 1076/STJ, não se coadunando com o sistema de precedentes vinculantes estabelecidos pelo CPC.
Palavras-chave: Precedentes vinculantes. Honorários sucumbenciais. Tema 1076/STJ.

Abstract: the purpose of this scientific article is to analyze the impact of Theme 1076/STJ and the courts' resistance to applying the resulting legal thesis, within a Brazilian systematic perspective of binding precedents. It is true that the Brazilian legal system, especially with the advent of the current CPC, has shaped a system of binding precedents, which must be observed by the judge when issuing the decision. On the other hand, the CPC also brought new contours regarding the setting of fees for loss of suit, with, as a rule, the application of percentages and, as an exception, the equitable assessment (setting in a certain amount). The thesis resulting from Theme 1076/STJ ratifies what was established by the CPC, prohibiting the equitable application in cases where the values of the cause, of the economic benefit obtained by the winner or of the conviction are high. However, there is resistance from the courts regarding the application of the thesis, especially in the situation prohibited by Theme 1076/STJ, not being consistent with the system of binding precedents established by the CPC.
Keywords: Binding precedent. Succumbential advocative hours. Theme 1076/STJ

Introdução

Este artigo científico tem como finalidade a análise do sistema brasileiro de precedentes vinculantes e a situação específica do Tema 1076, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e seu impacto após fixação da tese jurídica ali fixada.

Sem a pretensão de esgotar todos os temas diante da finalidade deste trabalho, no primeiro tópico serão abordados aspectos importantes a respeito do sistema brasileiro de precedentes, como a análise do artigo 927, do CPC, a vinculação, os elementos *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por fim, a dinâmica de aplicação do precedente, sobretudo no que tange à distinção e superação.

No segundo tópico serão abordados aspectos gerais a respeito dos honorários de sucumbência e os critérios estabelecidos pelo CPC no artigo 85 para a sua fixação (em regra, em percentuais e, como exceção, por apreciação equitativa).

No terceiro e último tópico tratará especificamente sobre o Tema 1076/STJ, que deu origem a precedente vinculante cuja tese jurídica determina que os honorários advocatícios de sucumbência devem ser fixados, em regra, de acordo com os parâmetros estabelecidos nos §§2º e 3º, do artigo 85, do Código de Processo Civil (CPC) e, como exceção, pela apreciação equitativa, tão somente nas hipóteses previstas no §8º, do artigo citado, vedada tal apreciação nas situações em que os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. Nesse tópico serão apresentados os impactos do Tema 1076/STJ e a resistência dos Tribunais em aplicar a tese jurídica firmada nas situações em que a aplicação dos critérios estabelecidos nos §§2º e 3º, do CPC, resulta em elevado valor, situação que não se enquadra na tese supracitada.

Considerações sobre o sistema brasileiro de precedentes

Ao iniciar o capítulo sobre "direito jurisprudencial", Arruda Alvim afirma que "de todas as modificações trazidas pelo CPC/2015, talvez a mais significativa e com maior impacto no cotidiano forense seja a aposta feita no chamado *direito jurisprudencial*"[1].

O Código de Processo Civil (CPC) vigente traz roupagem diferente ao chamado "direito jurisprudencial", dando-lhe maior destaque e importância no sistema jurídico. Vem do artigo 926, o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la "estável, íntegra e coerente". Ademais, certas teses jurídicas, firmadas em "padrões decisórios" ou em "enunciados de súmulas" devem ser observadas pelo julgador ao proferir decisão judicial (CPC, art. 927) e delas somente podendo se "esquivar" quando houver distinção com o caso *sub judice* (CPC, art. 489, §1º, VI).

É certo que esse movimento de destaque ao direito jurisprudencial há muito tem se intensificado. Ao longo da história, ganhou novos contornos de acordo com a técnica processual vigente à época.

Pode-se citar, como exemplo, os assentos de decisões do Supremo Tribunal de Justiça, previstos no Decreto 758, de 25 de novembro de 1850, que, por força de alteração promovida pelo Decreto 6.142, de 10 de março de 1876, "seriam de observância obrigatória até que fossem derrogados pelo Poder Legislativo"[2].

Outro exemplo é a criação, na década de 1960, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de enunciados de súmulas de sua jurisprudência dominante, de autoria do então Ministro Victor Nunes Leal, os quais nasceram "da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante"[3] e a finalidade era a de adotar um método de trabalho que permitisse o seu julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios"[4].

Mais recentemente, pode-se citar, ainda, a previsão da "súmula vinculante", por ocasião da Emenda Constitucional 45/2004, cuja observância se dá perante os órgãos da administração pública e não somente no âmbito do Poder Judiciário, nos termos do artigo 103-A, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Vale citar, ainda, as alterações promovidas pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008 ao CPC/73, que implantaram a sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, mantidos pelo atual CPC, cuja tese jurídica formada por ocasião desses padrões decisórios deve ser aplicada pelos julgadores.

Como se pode notar, a história revela importantes passos que o ordenamento jurídico brasileiro deu em direção à valoração da jurisprudência. O CPC vigente traz contornos sistemáticos às teses jurídicas firmadas em precedentes vinculantes e enunciados de súmulas. E assim o faz não apenas indicando que os julgadores deverão observá-las, mas determinando consequências importantes sobre certas situações processuais, do começo ao final do processo.

Ao receber a inicial, em casos em que há dispensa de fase instrutória, o juiz, verificando que o pedido é fundamentado contra ***(i)*** enunciado de súmula do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou de tribunal de justiça sobre direito local, bem como ***(ii)*** acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (RE repetitivos e REsp repetitivos) e ***(iii)*** acórdão proferido em incidente de demandas repetitivas (IRDR) ou assunção de competência (IAC), poderá indeferir liminarmente o pedido (análise de mérito), sem a necessidade de citar o réu, nos termos do artigo 332, do CPC.

[1] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1615. (grifo nosso).
[2] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério:* formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2018. p. 118.
[3] LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 1-20, 1981. p. 14.
[4] Ibid., p. 15.

O juiz poderá conceder tutela provisória de evidência liminarmente, se as alegações estiveram comprovadas documentalmente e havendo tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (CPC, art. 311 e parágrafo único).

O relator, ao receber o recurso, poderá negar-lhe provimento (análise de mérito) se contrário a súmula do STF, STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos ou em entendimento firmado em IRDR ou IAC (CPC, art. 932, IV). Do contrário, se a decisão recorrida estiver contrária a tese jurídica contida nos enunciados de súmula ou oriunda dos padrões decisórios citados, após apresentadas as contrarrazões, o relator poderá, em decisão monocrática, dar provimento ao recurso (CPC, art. 932, V).

A remessa necessária é dispensada quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em IRDR ou IAC, bem como entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (CPC, art. 496, §4º).

O Presidente ou vice-presidente do tribunal poderá negar seguimento ***(i)*** ao Recurso Extraordinário (RE) que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral caso tal recurso seja interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento da Suprema Corte exarado no regime de repercussão geral (CPC, art. 1.030, I), bem como ***(ii)*** ao RE ou a REsp interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (CPC, art. 1.030, II). Contra tais decisões monocráticas, o recurso cabível é o agravo interno (CPC, art. 1.030, §2º), que será julgado pelo próprio tribunal, sequer subindo o recurso aos citados Tribunais Superiores.

É cabível o recurso de embargos de divergência (novidade do atual CPC), cujas hipóteses de cabimento são contra ***(i)*** acórdão proferido em julgamento de Recurso Extraordinário (RE) ou Recurso Especial (REsp) que divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo ambos os acórdãos de mérito (CPC, art. 1.043, I) ou um de mérito e o outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (CPC, art. 1.043, II).

São diversas as passagens constantes no atual CPC que revelam a importância do direito jurisprudencial, conforme afirmado no primeiro parágrafo deste tópico. E diversas são as razões para se adotar uma sistemática que privilegia a observância de teses jurídicas consolidadas em enunciado de súmula da jurisprudência dominante de um tribunal ou em certos padrões decisórios positivados em lei.

Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni, cita ao menos oito razões que justificam a implementação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico: ***(i)*** segurança jurídica; ***(ii)*** igualdade; ***(iii)*** coerência da ordem jurídica; ***(iv)*** controle do poder do juiz e a garantia da imparcialidade; ***(v)*** possibilidade de orientação jurídica; ***(vi)*** definição de expectativas; ***(vii)*** desestímulo à litigância; ***(viii)*** favorecimento de acordos; ***(ix)*** despersonalização das demandas e maior facilidade da aceitação da decisão; ***(x)*** racionalização do duplo grau de jurisdição; ***(xi)*** razoável duração do processo; ***(xii)*** economia processual e de despesas; e, ***(xiii)*** maior eficiência do Poder Judiciário[5].

A força vinculante dos provimentos jurisdicionais arrolados no artigo 927, do CPC

O precedente judicial brasileiro pode ter duas espécies de "força": obrigatória ou persuasiva, a depender de qual técnica de julgamento que foi utilizada para proferir a decisão judicial ou se há enunciado de súmula a respeito da jurisprudência dominante de determinado tribunal.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Segundo Cristiane Druve Tavares Fagundes, afirmar que uma decisão judicial é vinculante "é concluir a regra jurídica dela extraível como de obrigatória observância, em casos similares, por aqueles juízes que estiverem subordinados ao respectivo órgão prolator"[6]. Todavia, segundo a autora, como não há uma tradição brasileira a respeito do manuseio dos precedentes, o legislador criou um modelo simplificado, prevendo, de antemão, "o que é vinculante ou não para os juízes das causas vindouras"[7].

Assim, a lei estabelece se um precedente tem força obrigatória ou não, a depender do modo pelo qual o julgado foi proferido, bem como quais motivos determinantes consubstanciados nas decisões que dão suporte ao enunciado de súmula são vinculantes ou não, tendo em vista que súmulas não são precedentes, mas têm seu nascedouro da jurisprudência dominante do tribunal, que é formada pelos precedentes.

Posto isso, resta saber: quais são os provimentos jurisdicionais previstos no CPC que têm força vinculante?

Há ao menos quatro correntes de pensamento que podem ser resumidas da seguinte maneira: ***(i)*** todos os provimentos judiciais previstos no artigo 927, do CPC, são vinculantes[8]; ***(ii)*** o artigo 927, do CPC, é inconstitucional[9]; ***(iii)*** somente os pronunciamentos judiciais proferidos pelas Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) são vinculantes[10]; e ***(iv)*** nem todos os provimentos previstos no artigo 927, do CPC, possuem força obrigatória vinculante, podendo se extrair, de uma análise do sistema, certos "graus" ou certas categorias de "obrigatoriedade" (forte, média e fraca), que são medidas de acordo com o cabimento da reclamação contra decisão que deixa de aplicar o provimento jurisdicional. Noutras palavras, para essa última corrente, o critério objetivo para determinar qual o grau é a existência de instrumentos processuais "que autorizam o tribunal cujo precedente foi desrespeitado a impor o seu entendimento *per saltum*, ou seja, sem a necessidade de manejo de recursos"[11].

Em suma, o precedente vinculante é aquele que deve ser aplicado pelo julgador no caso concreto, ao passo que o precedente persuasivo não tem o condão de obrigá-lo. Ademais, percebe-se que, no Brasil, ao menos do ponto de vista dos que sustentam a obrigatoriedade dos precedentes qualificados listados no artigo 927, estes "nascem" com força obrigatória, quando formados a partir de técnicas de julgamento como no caso do IRDR, IAC, RE e REsp repetitivos ou no julgamento de órgão especial.

O que vincula no precedente? Especificamente sobre o REsp repetitivo

Este artigo científico tem como objetivo a análise da aplicação do TEMA 1076/STJ, resultado de julgamento realizado pela sistemática de recurso especial repetitivo. Nesse ponto, importante esclarecer qual o elemento vinculante de acórdãos preferidos em tal sistemática.

Os casos repetitivos são processados para gerenciar litígios em massa. De maneira bem resumida, especificamente sobre o REsp repetitivo, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento (CPC, art. 1.036): o presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou tribunal regional federal realizará a seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia.

---

[6] FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes:* a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. Londrina: Thoth, 2021. p. 162.
[7] Ibid., p. 162
[8] Cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 188; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 2. p. 571; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte *et al*. *Comentários ao CPC de 2015*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1334; ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 396; NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes:* mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 262.
[9] Cf. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. [e-book]; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2. p. 382; ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 351-377, jul. 2015. p. 361.
[10] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 645.
[11] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Precedentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 325.

Posteriormente, ***(i)*** haverá o encaminhamento de tais recursos ao STJ (CPC, art. 1.036, §1) e ***(ii)*** o relator, no tribunal superior, verificando a existência do pressuposto do artigo 1.036, proferirá decisão de afetação, indicando, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento e suspenderá os processos pendentes que versem sobre a questão (CPC, art. 1.037, I e II). Realizado o julgamento, será editada uma tese jurídica, aplicável aos casos presentes (sobrestados) e futuros.

Segundo Teresa Arruda Alvim, as teses jurídicas resultantes da técnica de julgamento em comento normalmente são mais fechadas, o que significa dizer que são "correspondentes à interpretação de hipóteses tipificadas, de maneira a solucionar o problema do enquadramento da hipótese fática ao texto legal"[12]. Ademais, segundo a autora, tais teses jurídicas descrevem "a situação fática e a regra jurídica a ela correspondente. Com isso, por causa do enquadramento da situação concreta na hipótese fática descrita na tese jurídica, o precedente será a base de todas as decisões do Judiciário em casos iguais"[13].

Demonstrada a forma de julgamento do recurso especial repetitivo, bem como feitas as considerações acerca da tese jurídica nele formulada, adentra-se à questão formulada neste tópico: qual elemento vinculante de tal acórdão, a *ratio decidendi* ou a tese jurídica?

Teresa Arruda Alvim sustenta que o precedente firmado no regime de repetitivos pode vincular tanto pela tese quanto pela *ratio*: em casos idênticos (ou, também, os chamados casos "binários", aqueles que comportam uma única resposta – sim ou não) o julgador deverá se orientar pela tese. Já no que tange aos casos não binários ou casos análogos, o precedente vinculará pela sua *ratio*[14]. Nessa segunda situação, encontrar a *ratio* é tarefa interpretativa do próximo julgador, posto que ela não está destacada na decisão.

Cabe apontar que o julgamento de recurso especial repetitivo se dá num contexto de litígio em massa. A *ratio decidendi* é mais ampla, com potencial de generalizar-se, o que não atenderia aos fins de julgamento para solucionar questões em massa. Assim, litígios em massa pressupõem uma quantidade enorme de processos, situação a qual torna-se impossível a identificação, caso a caso, da aplicação da mesma *ratio* (que é mais vasta, ampla, com potencial de generalizar-se). De outro lado, é possível a suspensão de casos idênticos para, da decisão proferida, seja aplicada a mesma tese. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes também aponta para o efeito vinculante das teses jurídicas firmadas em casos repetitivos[15].

Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni sustentam que há relação de continente e conteúdo entre a *ratio* e a *tese*. A tese estipula a hipótese de incidência da *ratio*, de modo que considera-se obrigatório o precedente "quando a circunstância fática do caso submetido a julgamento se inclua na hipótese de incidência definida no precedente (= tese jurídica), permitindo, com isso, simplificar o gerenciamento dos litígios de massa"[16]. Mais adiante, sustentam que "o respeito ao precedente não se limita à tese jurídica. Os contornos da tese jurídica têm sentido unicamente para efeito do regime do julgamento de casos repetitivos"[17]. Por fim, concluem que:

> o ideal é que a tese jurídica seja formulada de molde a representar o conteúdo parcial da própria *ratio decidendi*, uma hipótese de incidência, permitindo que a decisão seja concretizada para o caso do recurso afetado e de todos os demais que tenham tido seus procedimentos suspensos, de antemão, porque tratam de questão jurídica idêntica.[18]

Assim, *ratio* e tese jurídica são conteúdos diferentes do precedente firmado em recurso repetitivo. O ideal

[12] ALVIM, Teresa Arruda. *Agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021. p. 175.
[13] Ibid., p. 176.
[14] ALVIM, Teresa Arruda. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 257.
[15] MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamentos de casos repetitivos:* critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedentes. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 209.
[16] ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*, v. 296, p. 200. out. 2019. [e-book].
[17] Ibid., p. 12
[18] Ibid., p. 11

é que essa técnica de julgamento seja utilizada nos chamados "casos binários". Além disso, o elemento vinculante pode ser a *tese* para os casos idênticos, ao passo que para os casos semelhantes, o elemento vinculante passa a ser a *ratio decidendi*.

Dinâmica de aplicação do precedente: distinção e superação

O precedente judicial vinculante deve ser aplicado, conforme apontado acima. Porém, sua incidência só tem razão nos casos similares. Havendo peculiaridades no caso *sub judice* capazes de afastar da mesma hipótese fática assentada no precedente vinculante, o julgador não adotará a tese jurídica ali firmada. Trata-se, nesse ponto, da compreensão da chamada "distinção" (*distinguishing*).

Nesse ponto, segundo Neil Andrews, o "*distinguishing*" é uma "técnica típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela"[19].

Dessa forma, conforme mencionado, o precedente judicial vinculante não será aplicado na medida em que há distinção no caso concreto em relação ao caso que formou tal precedente vinculante.

Assim, para que um precedente judicial não incida no caso concreto, este deverá conter peculiaridades, singularidades, elementos que o afastam do precedente vinculante. Nesse ponto, a legislação determina que o julgador, ao fundamentar a decisão judicial a qual deixará de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, deverá demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (CPC, art. 489, §1º, VI).

Como apontado acima, não apenas a distinção do caso concreto com o precedente judicial autoriza o juiz a não adotá-lo. A superação é outro fator que afasta a incidência do precedente judicial no caso concreto.

A superação consiste na perda da força vinculante do precedente. E isso decorre do fato de que "o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência"[20]. Nesse ponto, O Enunciado 332, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) elenca alguns motivos para a modificação/superação do precedente: "entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida"[21].

O atual CPC não apresenta os caminhos para que haja a superação do precedente, apenas acenando para essa possibilidade. Ademais, os parágrafos 2º a 4º, do artigo 927, apresentam algumas regras acerca da superação do precedente.

A primeira (CPC, art. 927, §2º), consiste na possibilidade de audiências públicas ou participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Já a segunda (CPC, art. 927, §3º), determina que na hipótese de alteração da jurisprudência dominante da Suprema Corte e demais tribunais superiores, ou, ainda, daquela oriunda de casos repetitivos, poderá haver a "modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Por fim, a terceira regra (CPC, art. 927, §4º), dispõe que a modificação do enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese firmada em casos repetitivos "observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

[19] ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.
[20] MARINONI, op. cit., p. 255.
[21] ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado 332. p. 44. Disponível em: https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf. Acesso em: 8 jun. 2023.

Feitas as breves considerações acerca do sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, o próximo tópico cuidará sobre os honorários advocatícios sucumbenciais e as regras sobre eles previstas no CPC.

Honorários advocatícios sucumbenciais

No âmbito do direito processual civil, o processo começa por iniciativa da parte (CPC, art. 2º), cujo ato inaugural é a petição inicial, que veicula uma demanda, na qual alguém pretende que outrem se sujeite ao seu interesse. Salvo exceções, o processo é o método de resolução de conflitos através do qual um terceiro não interessado, imparcial, com poder decisório, irá resolver o litígio. Nesse tipo de método, há "vencedor" e "vencido". Ao vencido, a legislação impõe o chamado "ônus da sucumbência", devendo arcar com custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais.

Os honorários de sucumbência, portanto, de ordinário, entende-se pela "condenação imposta ao vencido na causa a pagar determinada quantia, fixada nos termos da legislação processual civil, ao advogado do vencedor"[22].

Importante destacar que, atualmente, é pacífico que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado da parte vencedora (EAOAB, art. 23 e CPC, art. 85, *caput*). E isso porque na origem, segundo Clito Fornaciari Júnior, tais honorários:

> foram imaginados como uma forma de afastar o risco de a reparação feita à parte vencedora na causa, mas que necessitou promover a ação para ver reconhecido seu direito, não ser completa, de modo que não ficaria indene. Isso efetivamente aconteceria se ela tivesse que pagar as custas do processo e os honorários advocatícios do profissional que contratou para buscar o reconhecimento de seu direito. Para evitar, então, que a necessidade de ir à Justiça representasse uma perda mesmo com o resultado favorável estabeleceu-se não só o dever do vencido arcar com as custas e despesas do processo, mas também com os honorários de advogado da parte contrária.[23]

> Aspectos como pessoalidade, inexistência de perdas de prazos processuais, apuro técnico no trato das questões jurídicas atreladas à temática *sub judice*, volume do trabalho exigido para o patrocínio dos interesses de seu cliente conforme a dimensão da controvérsia, amplitude da instrução probatória empreendida, com consequente exigência de maior labor por parte do advogado e a inerente necessidade de maior aprofundamento na defesa de seu patrocinado são parâmetros de aferição do zelo profissional e do trabalho expendidos pelo profissional da advocacia.[24]

Já os critérios elencados nos itens ***(ii)*** e ***(iii)*** parecem mais objetivos. É certo que o advogado terá maior carga de trabalho quando a sua atuação for distante do local de sua sede. Por outro lado, a complexidade da causa também deve influenciar ao serem fixados os honorários de sucumbência, tendo em vista que causas mais complexas demandam maior grau de atuação do advogado[25].

Diferentemente dos critérios acima, o §3º, do artigo 85, do CPC, que a fixação dos honorários de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública for parte, o juiz observará os critérios previstos nos incisos I a IV, do §2º, do mesmo artigo e os seguintes percentuais: ***(i)*** 10% a 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; ***(ii)*** 8% a 10% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 salários-mínimos; ***(iii)*** 5% a 8% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 salários-mínimos até 20.000 salários-mínimos; ***(iv)*** 3% a 5% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 salários-mínimos até 100.000 salários-mínimos; e, ***(v)*** 1% a 3% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 salários-mínimos.

[22] MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Honorários advocatícios:* sucumbenciais e por arbitramento. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [e-book]. p. RB-1.4
[23] FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Notas de processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2022. p. 43.
[24] Op. cit., p. 43.
[25] MELLO, op. cit. p. RB-2.13

Assim, nos casos envolvendo a Fazenda Pública, as regras para fixação são diferentes. E isso porque, quanto maior o valor da condenação ou o proveito econômico obtido, menor é o percentual a ser fixado. Além disso, diferentemente do que determina o §2º supracitado, aqui os percentuais variam entre 1% a 20%, a depender da "faixa" do valor da condenação ou do proveito econômico obtido.

Um dos grandes méritos do dispositivo acima, segundo Rogerio Licastro Torres de Mello, além da aplicação indistinta, isto é, a regra é aplicada quando a Fazenda Pública é vencida ou sagra-se vencedora da demanda, foi a "objetivação da base da fixação de honorária sucumbencial nas causas em que o Poder Público for parte"[26].

Os §§4º a 6º-A, do artigo 85, do CPC, completam a regra acima. O §4º apresenta quatro regras elencadas nos incisos I a IV, sobre as previsões do §3º. O salário-mínimo a ser considerado é aquele vigente na data da prolação da sentença líquida ou na data da decisão de liquidação (§4º, IV). Já os percentuais previstos no §3º devem ser aplicados, desde logo, quando a sentença for líquida, caso contrário, a definição do percentual correrá quando liquidado o julgado (§4º, I e II). Caso não haja condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, dar-se-á a condenação em honorários sucumbenciais sobre o valor atualizado da causa (§4º, III).

Se o valor da condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou, ainda, o valor da causa for superior ao previsto no artigo 85, §3º, I (200 salários-mínimos), a fixação do percentual da verba honorária "deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente" (CPC, art. 85, §5º).

Já o §6º, do artigo 85, do CPC, dispõe que são aplicados os limites e critérios previstos nos §§2º e 3º, do mesmo artigo, independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, "inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito". O §8º, do artigo 85, do CPC, traz a regra de fixação de honorários sucumbenciais por equidade: "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º".

Causas de proveito econômico inestimável (ou indeterminável) segundo Yussef Said Cahali, são aquelas que "não encerram um conteúdo econômico, não se traduzem em dinheiro, apontando-se geralmente a doutrina como sendo as causas relativas ao estado civil e à capacidade jurídica das pessoas"[27]. Ademais, para Luiz Dellore *et al.*, o termo "inestimável" deve ser entendido como valor "muito baixo"[28].

No ano de 2022 entrou em vigor a Lei 14.365/2022, que acrescentou dois parágrafos ao artigo 85, do CPC: os §§6º-A e 8º-A. O primeiro dispositivo determina que, para fins de fixação de honorários advocatícios nos termos dos §§2º e 3º, quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa foi líquido ou liquidável, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no §8º deste artigo.

O §8º-A busca trazer um parâmetro objetivo quando da fixação equitativa dos honorários sucumbenciais: o juiz "deverá observar os valores recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil a título de honorários advocatícios ou o limite mínimo de 10% (dez por cento) estabelecido no § 2º deste artigo, aplicando-se o que for maior".

[26] Ibid., p. RB-2.14
[27] CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 480.
[28] DELLORE, Luiz *et al. Comentários ao CPC de 2015*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 143.

Pela interpretação dos dispositivos acima, fica claro que a regra para fixação dos honorários sucumbenciais é a aplicação de percentuais sobre a condenação, o proveito econômico obtido pelo vencedor ou pelo valor da causa atualizado.

Nesse sentido, o Enunciado 6 da Jornada CEJ/CJF traz a seguinte redação: "a fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no §8º do art. 85 do CPC".

Conforme doutrina Humberto Theodoro Jr: os limites de 10% a 20% não se aplicarão quando a causa for de valor inestimável, muito baixo, ou quando o proveito econômico for irrisório e "apenas nessas hipóteses, o juiz fixará os honorários por apreciação equitativa, observando os critérios estabelecidos no §2º do art. 85. Isso se dará para evitar o aviltamento da verba honorária"[29].

Para Araken de Assis:

> Da análise dos elementos de incidência do art. 85, §8º, verifica-se o cabimento do juízo de equidade em duas situações: (a) inestimável ou irrisório o proveito econômico ou (b) muito baixo o valor da causa. Fora daí, portanto, aplicar-se-á o art. 85, §2º, ou, no caso da Fazenda Pública, as regras particulares (art. 85, §3º). Esses elementos de incidência revelam, ademais, o propósito latente da regra. Não se presta o juízo de equidade para reduzir os honorários, como acontece no caso da desapropriação (infra, 733), mas para aumentá-los, toda vez que a base de cálculo implique em verba pequena e incompatível com o exercício da profissão.[30]

Vale ressaltar, ainda, que a fixação por apreciação equitativa é exceção e só tem lugar nas demandas de baixo valor, seja do proveito econômico, seja da causa. Do contrário (valor elevado) tal critério não é aplicável.

Nesse sentido, segundo Luiz Dellore *et al.*, a apreciação equitativa para fixação da verba honorária sucumbencial não deve ser realizada caso o resultado da fixação pelos critérios dos §§2º e 3º, do artigo 85, do CPC leve a uma quantia muito elevada, pois, "a opção do legislador foi clara, o presente parágrafo foi inserido com a finalidade de afastar as condenações em valores irrisórios"[31]. Também nesse sentido, Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O texto normativo não autoriza o juiz ou tribunal a fixar honorários sucumbenciais por equidade, quando a causa for de valor muito alto. A *ratio essendi* do dispositivo é dar ao juiz ou tribunal a possibilidade de *não aviltar* os honorários advocatícios de sucumbência e não o contrário. Para as causas que tenham valores muito altos e vultosos, o sistema determina que se faça a fixação dos honorários nos padrões fixados pelo CPC 85 § 2.º – mínimo de 10% e máximo de 20% – nas causas entre particulares e pelo CPC 85 §§ 3.º, 4.º e 5.º, quando uma das partes for a Fazenda Pública. Esta é a regra geral, de comando imperativo.[32]

Assim, em suma, os critérios previstos no artigo 85, §§2º e 3º, do CPC, são os que devem ser observados, em regra, pelo julgador, quando da fixação dos honorários de sucumbência. A apreciação equitativa é exceção e só tem lugar nas hipóteses previstas no §8º, do artigo 85, estando fora de sua incidência as situações em que da aplicação dos critérios dos §§2º e §3º resultem em valor elevado.

Tema 1076/STJ: formação de precedente vinculante e os critérios para fixação dos honorários sucumbenciais

A fixação dos honorários advocatícios de sucumbência sempre foi tormentosa no âmbito forense. Apesar de ser clara a *ratio legis* do artigo 85, §§2º, 3º e 8º, do CPC, no sentido de que a regra é a fixação da verba honorária

[29] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 316.
[30] ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. t. 1 - parte geral: institutos fundamentais. p. 438.
[31] Op. cit., p. 143.
[32] Op. cit.

em percentual sobre a condenação, proveito econômico obtido pelo vencedor ou valor atualizado da causa e apreciação equitativa ser exceção, aplicável apenas quando o valor do proveito econômico for irrisório ou inestimável (= causas não têm expressão econômica) ou o valor da causa for muito baixo.

E isso importa concluir que, em demandas cujo valor da condenação ou do proveito econômico obtido pelo vencedor ou, ainda, do valor da causa sejam elevados, devem ser levados em consideração os critérios para aplicação de percentuais.

Porém, não é o que ocorre na prática, o que ensejou debate no âmbito do STJ. Destaca-se que a Segunda Seção do Tribunal Superior, em 13/02/2019, ao julgar o REsp 1.746.072, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no Informativo de Jurisprudência 0645 em 26/04/2019, definiu que "o juízo de equidade na fixação dos honorários advocatícios somente pode ser utilizado de forma subsidiária, quando não presente qualquer hipótese prevista no §2º do art. 85, do CPC".

Mais recentemente, em 16/03/2022, o STJ, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, cujos recursos selecionados e representativos da controvérsia foram o REsp 1.850.512, REsp 1.877.883 e REsp 1.906.618, manteve o entendimento supra. Na ocasião, a questão submetida consistiu na "definição do alcance da norma inserta no §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados". Por 7 votos a 5, foi firmada a seguinte tese (Tema 1076):

> i) *A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC* - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.
>
> ii) *Apenas* se admite arbitramento de honorários por *equidade* quando, havendo ou não condenação: (a) o *proveito econômico* obtido pelo vencedor for *inestimável ou irrisório*; ou (b) o *valor da causa for muito baixo*.[33] (Grifo nosso)

A tese é clara: a verba honorária sucumbencial somente deve ser fixada por apreciação equitativa quando o valor da causa for muito baixo ou o valor da condenação ou do proveito econômico for inestimável ou irrisório, sendo expressamente vedada tal forma de fixação em se tratando de valores elevados.

O pós-tema 1076/STJ: (in)aplicabilidade e afronta ao sistema de precedentes

Firmada a tese, a expectativa era de que os tribunais a adotassem. Afinal, trata-se de precedente vinculante (CPC, art. 927, III). Ademais, a citada tese não comporta outra interpretação a não ser a de que a fixação de honorários por apreciação equitativa (CPC, art. 85, §8º) é uma exceção. Repita-se: a tese expressamente proíbe a fixação da verba sucumbencial por equidade quando os valores da condenação, da causa ou do proveito econômico obtido pelo vencedor forem elevados.

Apesar de que muitos julgadores têm aplicado o Tema 1076/STJ, não raro, juízes fixam os honorários sucumbenciais por apreciação equitativa, sobretudo quando resultarem em "elevado valor".

Chama a atenção uma decisão proferida em 04/05/2022, nos autos da apelação nº 1.0000.22.035971-5/001, em trâmite perante a 20ª Câmara Cível do pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deixou de aplicar o tema 1076/STJ ao caso concreto, considerando, num dos fundamentos, que o precedente firmado pelo STJ foi construído em placar apertado (7x5) e, por isso, não se trataria de tese vinculante.

Segundo se extrai do aresto acima, antes do Tema 1076/STJ, havia, no próprio Tribunal Superior, decisões que autorizavam a fixação de honorários sucumbenciais por apreciação equitativa. Além disso, a decisão que originou tal Tema contou com sete votos favoráveis contra cinco. Tais situações, segundo consta no julgado

[33] Grifo nosso.

supracitado, demonstrava que a questão não estaria "amadurecida" na Corte Superior:

> Depreende-se que o tema não se encontra satisfatoriamente amadurecido sequer no âmbito do Superior Tribunal, conclusão que se extrai da própria notícia que informa que a Corte Superior do STJ decidiu por 07 votos a 05, ou seja, por voto de apenas um ministro não houve empate na deliberação. Nesse cenário, afigura-nos temerário receber o referido "decisum" com credenciais de precedente obrigatório e vinculante, o que desvelaria verdadeira ofensa ao princípio da segurança jurídica, posto que não existe pacificação do entendimento jurisprudencial sobre a matéria. Observa-se no ordenamento jurídico pátrio.

Em matéria elaborada por Danilo Vital e Tiago Angelo, no portal "*Conjur*", após a fixação do Tema 1076/STJ, ao menos em seis situações, tribunais se recusaram a aplicar a tese definida pela Corte Superior, sendo elas: ***(i)*** Ações sobre direito à saúde; ***(ii)*** Ações de revisão de contrato bancário; ***(iii)*** Hipótese de cancelamento da dívida ativa; ***(iv)*** Quando a decisão apenas exclui uma das partes do polo passivo da ação, sem discutir a existência do débito ou valores; ***(v)*** Caso de discussão de cotas de empresa em recuperação judicial; e, ***(vi)*** Homologação de sentença estrangeira[34].

Outra forma de afastar a incidência do Tema 1076/STJ consiste na observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: afasta-se a tese jurídica sob o fundamento de que a causa é de baixa complexidade ou que a fixação de elevado valor da verba honorária gera o "enriquecimento ilícito".

Um mês depois da fixação da tese, em 19 de abril de 2022, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não aplicou o Tema 1076/STJ na apelação nº 1048912-07.2020.8.26.0100. Trata-se de ação com pedidos declaratório e condenatório, cuja pretensão era a anulação de cláusula contratual e recebimento da quantia de R$5.831.173,06. Desse valor, a parte contrária, em contestação, entendeu como devidos R$ 2.015.055,75, remanescendo, como controverso, R$ 3.816.117,31. O juiz determinou o levantamento do valor depositado pela parte requerida e julgou improcedente os pedidos, condenando a parte autora em verba honorária sucumbencial equivalente a 10% sobre o valor da causa que, à época do recurso, era de R$ 638.802,63.

O Tribunal Paulista julgou parcialmente provido o recurso de apelação, fixando o valor dos honorários sucumbenciais em valor fixo (R$100.000,00), com base no artigo 85, §8º, do CPC, sob o fundamento de que comporta enquadrar ao conceito de "inestimável" as "demandas em que o valor da causa for excessivo, já que, se assim não se entendesse, poderia haver enriquecimento sem causa do advogado vencedor".

Ademais, o acórdão, mesmo reconhecendo a existência do Tema 1076/STJ, fazendo menção expressa, decidiu afastá-lo, sob o fundamento de que "a análise sistêmica de nosso ordenamento jurídico não admite a violação a princípios basilares de Direito, em especial a repulsão ao enriquecimento ilícito" razão pela qual "a diretriz sumulada deve ser modulada quando sua aplicação implicar em ruida do arcabouço legal".

Embora discutível que o pedido poderia ser julgado parcialmente procedente, diante do reconhecimento de parte do pedido, impondo-se, o que importaria em distribuir, de forma proporcional, o ônus da sucumbência (CPC, art. 86). Independentemente disso, o Tema 1076/STJ deveria ser observado no caso concreto, aplicando-se os critérios previstos no artigo 85, §2º, do CPC e fixação entre 10% a 20%, seja da causa ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora, tendo em vista que é vedada a apreciação equitativa nos casos em que a verba honorária resulte em valor elevado.

O afastamento do Tema 1076/STJ é mais frequente nas demandas em que envolve a Fazenda Pública. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pode-se citar as Apelações nºs. 1014030-97.2019.8.26.0053, julgada em 07/06/2023 e 1504159-06.2019.8.26.0014, julgada em 06/06/2023, bem como no Agravo de Instrumento nº 2057481-18.2022.8.26.0000, julgado em 23/11/2022.

[34] VITAL, Danilo; ANGELO, Tiago. *Tribunais estabelecem 6 hipóteses de distinguishing para tese dos honorários.* Conjur, 20 jan. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-20/tribunais-estabelecem-distinguishing-tese-honorarios. Acesso em: 10 jun. 2023.

Na apelação nº 1014030-97.2019.8.26.0053, cuja demanda versava sobre anulação de débito fiscal contra a Fazenda Pública Estadual, atribuiu-se à causa o valor de R$3.481.181,40. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a ilegalidade da cobrança, determinando o recálculo da CDA objeto do litígio, com aplicação da taxa SELIC, resultando em proveito econômico de R$2.829.552.63 à parte autora.

O juiz fixou os honorários sucumbenciais em R$10.000,00, com fundamento no artigo 85, §8º, do CPC, diante da "pequena complexidade e o tempo de tramitação do feito", que não "justificam a fixação do valor dessa verba pelo critério do §3º". Interposto recurso de apelação, o Tribunal manteve a sentença. Foi interposto Recurso Especial e o presidente do Tribunal de Justiça paulista sobrestou o feito para julgamento do tema 1046/STJ (cancelado diante da fixação do Tema 1076/STJ que versava sobre questão idêntica).

Fixada a tese no Tema 1076/STJ, foi proferido novo acórdão, em juízo de retratação, para readequação do julgado e, ainda assim, o Tribunal de Justiça manteve os honorários fixados por apreciação equitativa, sob o fundamento de que a fixação com base no artigo 85, §§3º e 5º, do CPC "resultaria em valor excessivo e desproporcional ao tempo exigido, ao trabalho realizado e à natureza da causa, de modo a restar justificado o arbitramento da verba honorária por apreciação equitativa".

No âmbito do STJ, mesmo após a fixação da tese, houve um movimento para "revê-la". Em sessão realizada em 13 de dezembro de 2022, a 3ª Turma afetou à Corte Especial dois recursos (REsp nº 1.743.330 e REsp nº 1.824.564) que envolviam a fixação de honorários de elevado valor. Segundo declarou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva à época, o propósito da afetação foi o de que seja levado ao conhecimento da Corte Especial do Tribunal Superior "para que possíveis distinções quanto à aplicação de honorários de sucumbência na forma do artigo 85 do Código de Processo Civil sejam feitas de maneira uniforme, estável e coerente, para evitar a desuniformidade"[35]. Dois meses depois, em fevereiro deste ano, a Terceira Turma do STJ decidiu "desafetar" os dois recursos citados.

Em 11 de abril deste ano de 2023, a Terceira Turma do STJ manifestou, por ocasião do julgamento do citado REsp nº 1.743.330, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no sentido de não há se falar em distinção em relação ao Tema 1076 "pela injustiça, pela desproporcionalidade, pela irrazoabilidade, pela falta de equidade, ou pela existência de outros julgados do Supremo Tribunal Federal que não se coadunariam com o precedente", mas, sim, poderiam configurar a superação do precedente vinculante.

Ademais, ficou decidido no julgado acima que o artigo 85, §§2º e 3º, do CPC, aplicado, de forma literal, pelos órgãos fracionários da Corte Superior até que ***(i)*** não sobrevenha modificação desse entendimento pelo STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários 1.412.073, 1.412.074 e 1.412.069 ou ***(ii)*** enquanto não houver a superação do precedente vinculante formado no citado Tema 1076.

Em decisão proferida pelo Presidente do STJ, em 08/11/2022, nos Recursos Especiais 1.850.512 e 1.906.618 (selecionados como representativos da controvérsia para a formação do precedente vinculante pela Corte Superior), o citado apelo extraordinário foi admitido, assim consignando:

> O STF, por meio de ofício encaminhado a todos os tribunais, recomendou que, nos feitos representativos de controvérsia, ainda que se vislumbre questão infraconstitucional, o recurso extraordinário seja admitido de forma a permitir o pronunciamento da Suprema Corte sobre a existência, ou não, de matéria constitucional no caso e, eventualmente, de repercussão geral.
> Assim, diante da relevância da matéria debatida e considerando que o aresto recorrido foi proferido sob o rito do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, entende-se ser o caso de remessa do apelo extremo ao Pretório Excelso, na qualidade de representativo de controvérsia.

[35] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-dez-15/afetacao-casos-honorarios-distincoes-ministro. Acesso em: 9 jun. 2023.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria é tratada no RE 1.412.069 (Tema 1255). Discute-se a "possibilidade da fixação dos honorários por apreciação equitativa (artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil) quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem exorbitantes". Em votação plenária apertada (6x5), a Suprema Corte decidiu que há questão constitucional a ser apreciada no RE, dotada de repercussão geral.

Consta no "título do tema", logo acima da Manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, a seguinte ementa:

> Direito Processual. Honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública. Elevado valor da condenação, da causa ou do proveito econômico. Controvérsia sobre a fixação de honorários pelo método da equidade. Alegada inconstitucionalidade da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça aos §§3º e 8º do art. 85 do Código de Processo Civil. Debate de âmbito constitucional. Possível ofensa à isonomia (art. 5º, caput, da CF), ao devido processo legal (art. 5º, XXXIV, da CF) e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Repercussão geral reconhecida.[36]

Ademais, conforme manifestou o Ministro supracitado, "de fato, em se tratando de valores expressivos de dinheiro público, é preciso avaliar se a opção do legislador, segundo a visão que lhe conferiu o STJ, passa no teste de constitucionalidade".

Assim, o quadro delineado até o momento sobre o qual a Suprema Corte se debruçará refere-se à possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais por apreciação equitativa, nos casos em que o valor da causa ou o proveito econômico forem exorbitantes, quando a vencida for a Fazenda Pública.

De todo modo, a resistência à aplicação da tese firmada no Tema 1076/STJ configura flagrante afronta ao sistema brasileiro de precedentes judiciais e à justa remuneração do advogado.

O atual CPC apostou no direito jurisprudencial, com vistas a garantir, em última análise, segurança ao sistema jurídico brasileiro. Os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926). Ademais, ao implementar um sistema de precedentes vinculantes, estes deverão ser aplicados pelos julgadores, exceto quando houver distinção entre o caso *sub judice* com o precedente ou se houver superação.

No caso do Tema 1076/STJ, resta claro que, apesar da continuação da discussão no âmbito da Suprema Corte (julgamento acerca da constitucionalidade a respeito da Fazenda Pública), a tese jurídica firmada pela Corte Superior deve ser observada e aplicada nos casos concretos, inclusive nas situações em que o resultado da verba honorária quando da aplicação dos critérios previstos no artigo 85, §§2º e 3º resultarem em valor elevado. A tese é clara nesse sentido.

O comportamento dos tribunais ao recusarem-se a aplicar o Tema 1076/STJ, além de aviltar a própria legislação (CPC, art. 85, §§2º, 3º e 8º), posto que a fixação de honorários sucumbenciais por apreciação equitativa é aplicável de maneira restritiva, também torna o sistema de precedentes vinculantes inoperante quanto a questão aqui debatida.

Ao implementar um sistema de precedentes vinculantes, o Estado almeja a segurança jurídica, isonomia, coerência e controle do poder do juiz. Deixar de aplicar um precedente vinculante por não concordar com a tese, achá-la "injusta" ou dar interpretação distorcida, fugindo à hipótese da distinção (CPC, art. 489, §1º, VI), tal como demonstrado no tópico anterior, é aviltar tal sistema precedentalista.

No atual cenário processual não há espaço para que um precedente vinculante (ou obrigatório) não seja aplicado pela conveniência do julgador. No caso em análise, não deve o julgador deixar de seguir os critérios dos

[36] Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=10439024. Acesso em: 10 jun. 2023.

§§2º e 3º, do artigo 85, do CPC, ao fixar a verba honorária, quando o resultado significar "valor elevado". Há vedação expressa na tese.

O advogado que atuou na causa e conseguiu, pelo seu trabalho, resultado favorável, não pode ficar à mercê do que o juiz "acha" ou não da tese fixada (se é injusta, se não concorda). Além de ferir o sistema de precedentes, a não aplicação do Tema 1076/STJ em casos que resultarem e quantia elevada da verba sucumbencial é, no mínimo, desmerecer todo o trabalho do advogado e a sua justa remuneração.

Além disso, a verba sucumbencial, é bom ressalvar, visa, também, sancionar a parte derrotada que deu causa à existência da demanda. Deixar de seguir os critérios legais e fixados pela Corte Superior em precedente vinculante é estimular o litígio.

E mesmo na hipótese a qual a Suprema Corte está a se debruçar: apreciação equitativa para fixação de honorários sucumbenciais em causas nas quais a Fazenda Pública for vencida, para evitar condená-la em grande valor. Se ao particular é aplicável os critérios em percentuais, ainda quando resultar em grande valor, para a Fazenda Pública também deve ser. É certo que a Fazenda Pública goza de situações favoráveis em relação aos particulares na relação processual e, em relação à fixação de honorários sucumbenciais o legislador tratou de estabelecer percentuais menores quanto maior o valor da condenação ou do proveito econômico (CPC, art. 85, §3º, I a V).

A Fazenda Pública já goza de tratamento diferenciado, portanto. Possibilitar a aplicação do §8º, do artigo 85, do CPC, para reduzir ainda mais o valor da verba honorária sucumbencial é ferir de morte o princípio da isonomia.

Rogerio Licastro Torres de Mello faz duras críticas à interpretação diversa daquela estampada do CPC acerca da fixação dos honorários sucumbenciais, especialmente quando o julgador deixa de seguir os critérios dos §§2º, 3º e 8º, do artigo 85, do CPC, quando a verba honorária resultar em quantia vultuosa, para aplicar a apreciação por equidade. Segundo o autor:

> Em termos de estado democrático de direito, não soa bem, para dizer o mínimo, tentar na prática forense, com a "caneta individual", aplicando-se a apreciação equitativa como regra fosse, obviar o que a "caneta coletiva", após o devido processo legislativo, verdadeiramente definiu como sendo lei (honorários fixados em percentuais de 10% a 20%, sendo subsidiária a apreciação equitativa, e devendo esta ser utilizada para majorar honorários, não para reduzi-los, como acima expusemos).[37]

Pode-se acrescentar, ainda, que, em termos de estado democrático de direito, também não soa bem, para dizer o mínimo, tentar na prática forense, com a "caneta individual", aplicando-se apreciação equitativa como regra fosse obviar o que uma Corte Superior em sede de recurso especial repetitivo: a apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

CONCLUSÃO

Se o século XX foi palco da discussão acerca da titularidade da verba honorária sucumbencial, atualmente, neste século XXI, o debate está centrado nos critérios para fixação de seu valor e, como visto, não era para ser assim.

O CPC trouxe critérios claros, sem deixar quaisquer dúvidas: a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve ser feita, em regra, de acordo com as previsões do artigo 85, §§2º e 3º, a depender de qual parte está litigando. A exceção, prevista no §8º, do mesmo artigo 85, que trata da apreciação equitativa, tem lugar só e somente só nas situações em que inestimável ou irrisório o proveito econômico ou for muito baixo o valor da causa.

[37] Op. cit.

Não há espaço para apreciação equitativa quando elevado o valor da verba honorária. Essa a *ratio legis*.

De outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro apostou no direito jurisprudencial. O atual CPC positivou um sistema de precedentes moldado para a sua realidade, visando trazer segurança jurídica, coerência, isonomia, limitar o poder do juiz e garantir sua imparcialidade, dentre objetivos.

Dentro desse contexto precedentalista, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, firmando precedente vinculante do qual os juízes devem observar (CPC, art. 927, III), firmou tese a respeito da fixação dos honorários de sucumbência, deixando claro que o critério da apreciação equitativa (CPC, art. 85, §8º) *não é permitida* quando os *valores da condenação*, da *causa* ou o *proveito econômico* da demanda *forem elevados*.

Porém, mesmo assim, como demonstrado no corpo deste trabalho, julgadores deixam de aplicar a tese fixada pelo Tribunal Superior, sob diversas justificativas que não se encaixam nas possibilidades de distinção (CPC, art. 489, §1º, VI). Mesmo o STJ deixando claro que motivos como irrazoabilidade e desproporcionalidade não ensejam distinção do caso *sub judice* com o precedente vinculante formado, ainda assim os julgadores utilizam tais argumentos, ferindo de morte, em última análise, tanto a lei quanto o sistema de precedentes vinculantes.

Precedentes não são aplicáveis pela conveniência, mas, sim, quando houver distinção ou superação, o que claramente não é o caso do Tema 1076. Infelizmente, ao assim agir, não somente o sistema de precedentes é aviltado quando o julgador deixa de fixar os parâmetros do artigo 85, §§2º ou 3º, do CPC, por entender que resultará em valor elevado, mas, também, a justa remuneração do advogado.

Como lembra Gilberto Gil em "*Oriente*", "*Se oriente, rapaz, pela constatação de que a aranha vive do que tece. Vê se não se esquece. Pela simples razão de que tudo merece consideração*". Muitos advogados vivem somente da advocacia e necessitam, para sobreviver, dos honorários pelo trabalho realizado diante da vitória em demanda judicial, que, na maioria das vezes, tramitou por anos perante o órgão jurisdicional. Goste ou não, há lei e há precedente vinculante a respeito dos critérios de fixação da verba honorária sucumbencial.

O mínimo que se espera é que aquele que tem o "poder da caneta" aplique a lei e respeite o sistema de precedentes vinculantes, se orientando pelo fato de que os advogados vivem do seu trabalho e que esse trabalho merece "consideração".

Referências

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 351-377, jul. 2015.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALVIM, Teresa Arruda. *Agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021.

ALVIM, Teresa Arruda. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: *Revista de Processo*, v. 296, p. 183-204, out. 2019. [e-book].

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. t. 1 - parte geral: institutos fundamentais.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério:* formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2018.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELLORE, Luiz *et al*. *Comentários ao CPC de 2015*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 2.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado 332. Disponível em: https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf. Acesso em: 8 jun. 2023.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes:* a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. Londrina: Thoth, 2021.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Notas de processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2022.

LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 1-20, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Honorários advocatícios:* sucumbenciais e por arbitramento. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [e-book].

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamentos de casos repetitivos:* critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedentes. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. [e-book].

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes:* mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte *et al*. *Comentários ao CPC de 2015*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

VITAL, Danilo; ANGELO, Tiago. *Tribunais estabelecem 6 hipóteses de* distinguishing *para tese dos honorários.* Conjur, 20 jan. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-20/tribunais-estabelecem-distinguishing-tese-honorarios. Acesso em: 10 jun. 2023.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes:* teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

As implicações jurídicas da violência obstétrica no Brasil

Márcia Maria Menin
Mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Camila Lemos Puydinger
Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de análise a violência obstétrica sob a ótica dos direitos da personalidade, bem como, realiza uma abordagem jurídica no âmbito da responsabilidade civil, penal e daquela decorrente da ética médica. Além disso, apesar de a violência obstétrica não ser submetida a nenhuma regulamentação específica, essa prática pode ser prevenida e punida através das diversas legislações vigentes. O trabalho analisa a evolução histórica da busca pelo parto humanizado e, ademais, aborda diversas práticas que são consideradas formas corriqueiras de violência obstétrica, sem se olvidar de apontar os dispositivos legais doordenamento jurídico que auxiliam na prevenção e na punição da violência obstétrica. A metodologia do trabalho se deu pelo método dedutivo, por meio do qual foi possível analisar o ordenamento jurídico brasileiro, bem como artigos científicos e obras escritas acerca do tema. Além disso, houve uso do método histórico, visto que se analisou a evolução do parto e a luta pelo parto humanizado.Assim, o trabalho visa demonstrar as esferas jurídicas nas quais a violência obstétrica gera implicações, demonstrar como a prática pode ser prevenida e punida, bem como, analisar de que modo tal prática viola os direitos da personalidade da mulher.
Palavras-chave: Violência obstétrica. Parto humanizado. Direito da personalidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present work has as object of analysis the obstetric violence from the perspective of personality rights, as well as, performs a legal approach in the context of civil liability, criminal and that arising from medical ethics. In addition, although obstetric violence is not subject to any specific regulation, this practice can be prevented and punished through the various laws in force. The work analyzes the historical evolution of the search for humanized childbirth and, in addition, addresses several practices that are considered common forms of obstetric violence, without forgetting to point out the legal provisions of the legal system that assist in the prevention and punishment of obstetric violence. The methodology of the work was based on the deductive method, through which it was possible to analyze the Brazilian legal system, as well as scientific articles and works written on the subject. In addition, the historical method was used, since the evolution of childbirth and the struggle for humanized childbirth were analyzed. Thus, the work aims to demonstrate the legal spheres in which obstetric violence generates implications, to demonstrate how the practice can be prevented and punished, as well as to analyze how such practice violates the rights of the woman's personality.
Keywords: Obstetric violence. Humanized childbirth. Personality law. Civil responsibility.

Introdução

A violência obstétrica é um assunto importante a ser analisado, uma vez que desde o século XIX, quando o parto deixou de ser um evento biológico para ser uma prática médica, as mulheres sofrem violência no momento do parto e a luta para que se alcance um parto humanizado tem sido constante. O presente artigo tem o intuito de comprovar que a violência não é tão somente um erro de procedimento médico, mas ato atentatório que viola a dignidade da mulher, causando-lhe ofensa aos seus direitos da personalidade.

A violência obstétrica é todo ato praticado contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, é qualquer ato violento cometido durante o período da assistênciaobstétrica, podendo ocorrer durante o pré-natal, durante o parto e durante o período dopuerpério, sendo um tipo de violência institucional e de gênero.

Além disso, realiza-se uma abordagem jurídica no âmbito da responsabilidade civil, penal e daquela decorrente da ética médica, sendo imprescindível essa discussão no âmbito jurídico, para demonstrar suas implicações e mudar o paradigma atual. Assim, a problemática deste trabalho está nas repercussões da violência obstétrica e na sua ofensa aos direitos da personalidade da mulher.

Violência obstétrica: conceitos e caracterizações gerais

Antes de adentrar ao conceito de violência obstétrica, é necessário explicar o conceito de violência em si. Segundo o relatório mundial sobre violência e saúde, a Organização Mundial da Saúde define a violência da seguinte forma[1]:

[1] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: OMS, 2002. p. 5.

> O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

Conceituada a violência, cumpre salientar que uma de suas formas é a violência obstétrica, que é todo ato violento praticado contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, durante o período da assistência obstétrica (pré-natal, parto e puerpério), afetando seus direitos sexuais e reprodutivos. Além disso, é um tipo de violência institucional e de gênero, vez que muitas vezes é decorrente das próprias normas do local e somente a mulher pode sofrer esse tipo de violência.

A Rede Parto do Princípio, composta por mulheres que "trabalham voluntariamente na divulgação de informações sobre gestação, parto e nascimento baseadas em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde"[2], em 2012, elaborou um dossiê chamado "*Parirás com dor*" para a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência Contra as Mulheres, e referido dossiê dispõe acerca do conceito de violência obstétrica para a legislação Argentina e Venezuelana[3]:

> A legislação argentina e a venezuelana são bastante parecidas no que tange à definiçãofactual de violência obstétrica: a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde, que se expressa em um trato desumanizador e abuso da medicalização e patologização dos processos naturais. No caso da lei venezuelana, complementa-se o conceito com as consequências ou causalidades: trazendo consigo a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Ademais, referido documento também conceitua os atos caracterizadores da violência obstétrica como[4]:

> São todos aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis.

Assim, evidentemente que a violência cometida durante o período obstétrico é uma violência contra a mulher, que gera a perda de sua autonomia, tornando precária a tomada de decisão por parte da mulher em relação ao seu próprio parto e lhe causando diversos danos físicos e/ou psicológicos, podendo ser cometida por qualquer pessoa que tenha algum papel desempenhado no período da assistência obstétrica.

Quanto ao termo "violência obstétrica", este foi criado recentemente, por volta do anode 2000, no entanto, a violência obstétrica está presente na vida das mulheres há muito mais tempo[5]:

> Por exemplo, no final da década de 1950, narrativas de violência no parto romperam a barreira do silêncio nos EUA, quando a Ladies Home Journal, uma revista para donas de casa, publicou a matéria "Crueldade nas Maternidades". O texto descrevia como tortura o tratamento recebido pelas parturientes, submetidas ao sono crepuscular (twilight sleep, uma combinação de morfina e escopolamina), que produzia sedação profunda, não raramente acompanhada de agitação psicomotora e eventuais alucinações. Os profissionais colocavam algemas e amarras nos pés e mãos das pacientes para que elas não caíssem do leito e com frequência as mulheres no pós-parto tinham hematomas pelo corpo e lesões nos pulsos. A matéria relata ainda as lesões decorrentes dos fórceps usados de rotina nos primeiros partos, em mulheres desacordadas. Ela teve grande repercussão, comum a inundação de cartas à revista e a outros meios, com depoimentos semelhantes, motivando importantes mudanças nas rotinas de assistência e a criação da Sociedade Americana de Psico-profilaxia em Obstetrícia.

Conforme expresso no artigo "Violência Obstétrica: ofensa à dignidade humana"[6], a violência obstétrica "resulta em uma relação hierárquica na qual as pacientes são vistas e tratadas como objetos de intervenção profissional, deixando de lado sua autonomia de decidir os procedimentos aos quais querem ser submetidas."

---

[2] REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. *Violência obstétrica*: "Parirás comDor". Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf.Acesso em: 1 set. 2020. p. 36-37.
[3] Loc. cit.
[4] Ibid., p. 60.
[5] DINIZ, Simone Grilo *et al*. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growthand Development*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 377-384, 2015.
[6] PEREIRA, Jessica Souza *et al.* Violência obstétrica: ofensa à dignidade humana. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*, v. 15, p. 103-108, 2016. Disponível em: http://www.mastereditora.com.br/periodico/20160604_094136.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

Toda mulher, durante o período obstétrico, tem direito a ter acompanhante, direito a informação, ao atendimento digno, direito de se movimentar e ficar na posição mais confortável, direito a anestesia, direito ao atendimento respeitoso, direito ao atendimento baseado em evidência científica, direito de não ser enganada e, havendo violação de qualquer desses direitos, estará configurada a violência obstétrica.

Destaca-se que no Brasil não há nenhuma lei que regulamente a violência obstétrica, no entanto, existem diversos dispositivos e diplomas legais que podem e devem ser usados para os casos de violência obstétrica, visando prevenir, coibir a sua prática e punir os agressores.

A violência obstétrica pode ser realizada de diversas maneiras, podendo ser física, sexual, verbal, material, psicológica, institucional, midiática e pode ocorrer também pornegligência. Destaca-se que, inclusive, qualquer intervenção que seja realizada sendo desnecessária ou sem autorização da mulher também é considerada como uma forma de violência.

A violência ocorre por negligência quando há omissão do profissional de saúde no momento em que deveria agir para evitar que algo ocorresse, mas ao invés disso, mantém-se inerte, bem como quando se deixa de prestar atendimento à mulher, independente do motivo. A violência física é aquela que ocorre quando é realizado algum ato direto na mulher, uma ação efetiva contra o seu corpo, causando-lhe dor e sofrimento físico, como ocorre nos seguintes exemplos: ***(i)*** a "manobra de Kristeller", que é quando o profissional fica pressionando a barriga da mulher na hora do parto, no intuito de "empurrar" a criança, sendo referido movimento desnecessário e causador de intensas dores na mulher, podendo causar hematomas e fraturas; ***(ii)*** a episiotomia, que é a realização de um corte na região da vagina, visando "aumentar" o canal e facilitar o parto normal e ***(iii)*** a imobilização da mulher.

A violência sexual é aquela que atinge a intimidade física da mulher, violando sua integridade sexual, e referida violência pode ser cometida através de exame de toque vaginal invasivo, exames de mamilos repetitivos sem necessidade e também com a episiotomia acima mencionada, que por ser feito na área genital, também se enquadra nessa forma de violência.

A violência verbal é aquela proveniente de palavras ofensivas proferidas durante o atendimento, inclusive em relação ao tom de voz usado, caso o profissional fale muito alto ou de forma grosseira, bem como com proferimentos de frases corriqueiramente usadas, como "na hora de fazer não sentiu dor", "para de gritar", "não está doendo tanto assim".

A violência pode ser também de caráter material, que é caracterizada pelo *Dossiê parirás com dor* como sendo[7]:

> Ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica. Exemplos: cobranças indevidas por planos e profissionais de saúde, indução à contratação de plano de saúde na modalidade privativa, sob argumentação de ser a única alternativa que viabilize o acompanhante.

A violência psicológica é a ação verbal que cause uma dor emocional na mulher, um sofrimento psicológico, sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, medo, entre outros danos psicológicos.

A violência institucional é proveniente de atos justificados pela própria organização e pelas normas do hospital público ou particular, dificultando ou impedindo o acesso aos direitos das mulheres. Caso haja imposição de algo, sem qualquer embasamento científico, simplesmente por ser regulamento do hospital, é ato de violência. A negativa de acompanhante para a mulher no período obstétrico também caracteriza violência institucional.

A violência também pode ser midiática, ocorrendo quando o profissional faz uso dos meios de comunicação para proliferar o desrespeito aos direitos das mulheres, fazendo ofensas, proferindo xingamentos via internet.

[7] REDE PARTO DO PRINCÍPIO, op. cit., p. 61.

Assim, nota-se que a violência obstétrica pode ser realizada das mais diversas formas, e todas elas podem causar grandes danos às mulheres, sejam danos físicos ou danos psicológicos, sendo possível, ainda, que em um único ato cometido contra a mulher, seja caracterizada mais de uma dessas formas de violência acima mencionadas.

A busca pelo parto humanizado no Brasil

A busca pelo parto humanizado tem como fundamento a luta pelos direitos da mulher, sendo que em 1950 houve o movimento de usuárias pela Reforma do Parto; em 1960 e 1970 foram criados centros de saúde feministas e os Coletivos de Saúde das Mulheres; após propuseram uma assistência baseada em direitos[8]; em 1979 foi criada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, para combater a discriminação contra as mulheres.

Segundo o Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento[9]:

> Já nos anos 80, os movimentos de mulheres no Brasil reivindicavam um programa de saúde da mulher que contemplasse suas necessidades de saúde de forma integral e nãorestrito exclusivamente às dimensões de concepção e contracepção. O PAISM, Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher, lançado em 1983, propunha-se a atender às necessidades de saúde das mulheres durante seu ciclo vital, dando atenção a todos os aspectos da saúde sexual e reprodutiva.

A mulher, quando foi perdendo sua capacidade de decisão no momento do parto, passoua buscar pela humanização e "é nesse contexto de desapropriação da mulher, do seu protagonismo no momento do parto, que surge a necessidade de humanizar este momento"[10].

No "Caderno Humaniza SUS" consta que[11]:

> No Brasil, já nas décadas de 1970 e 1980, inicia-se a mobilização dos movimentos de mulheres em torno de temas que afetam sua saúde, entre eles a gestação e o parto. Uma conquista é a instituição da Área Técnica de Saúde da Mulher no MS, como prioridade individualizada.

Foi criada, em 1993, uma organização chamada Rede pela Humanização do Parto e Nascimento, cujo principal objetivo é a "divulgação de assistência e cuidados perinatais com base em evidências científicas", além de que, "promove e reivindica a prática do atendimento humanizado ao parto/nascimento em todas as suas etapas, a partir do protagonismo da mulher, da unidade Mãe Bebê e da medicina baseada em evidências científicas"[12].

Há também a Rede Parto do Princípio, composta por mulheres usuárias do sistema de saúde brasileiro que lutam pela autonomia das mulheres[13], e a Artemis, que conforme destaca Julia Campos Leite[14]:

> A Artemis é uma organização comprometida com a prevenção e erradicação de todasas formas de violência contra as mulheres. Para tanto, baseia-se na promoção da autonomia feminina e na garantia dos direitos das mulheres, além de trabalhar para a implementação de políticas e serviços que visem à uma sociedade mais justa e igualitária.

---

[8] DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de ummovimento. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 out. 2020.

[9] PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento*. Plataforma de Cairo. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 27 out. 2020. p. 35.

[10] SANTOS, Rafaella Ayanne Alves dos; MELO, Monica Cecília Pimentel de Melo; CRUZ, Daniel Dias. Trajetória de humanização do parto no Brasil a partir de uma revisão integrativa da literatura. *Caderno de Culturae Ciência*, Universidade Regional do Cariri – URCA, ano 9, v.13, n. 2, mar. 2015. Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/TRAJET%C3%93RIA-DE- HUMANIZA%C3%87%C3%83O-DO-PARTO-NO-BRASIL-A-DE-Santos-Melo/0c62fc93aabaa2bb92d2a9cb61c52547194389eb. Acesso em: 29 out. 2020.

[11] RATTNER, Daphne *et al*. Os movimentos sociais na humanização do parto e do nascimento no Brasil. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. *Humanização do parto e do nascimento*. Brasília, DF, 2014. v. 4. p. 109-132. (Cadernos HumanizaSUS). Disponível em: http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Cadernos-HumanizaSUS-v.-4_-Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-parto-e-do-nascimento-Movimentos-Sociais.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

[12] REDE PELA HUMANIZAÇÃO DO PARTO E NASCIMENTO (Rehuma). *Nossa história.* Disponível em: http://rehuna.org.br/nossa-historia/. Acesso em: 29 out. 2020.

[13] PARTO DO PRINCÍPIO. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. *Quem somos*. Disponível em: https://www.partodoprincipio.com.br/sobre. Acesso em: 29 out. 2020.

[14] LEITE, Júlia Campos. *Abordagem jurídica da violência obstétrica*. 2016. 108f. Trabalho de Conclusão deCurso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 2016.

Como visto, a luta das mulheres pela humanização do parto é antiga e está presente ainda nos dias atuais, pois mesmo com os avanços na garantia de seus direitos, ainda é muito frequente a violência e continua havendo uma grande repulsa ao parto humanizado, tanto é verdade que, segundo notícia publicada na *Folha de São Paulo*, o Brasil é o segundo país com maior quantidade de cesáreas e apenas de 10 a 15% se referem a quantidade de cesáreas que são realmente por motivos médicos[15].

No final do século XIX, no Brasil, o parto era realizado por parteiras, somente ficavam presentes mulheres, quase sempre era em ambiente doméstico. Era praticamente inadmissível que um homem fizesse parte de tal momento, ante a exposição que tinha da mulher e o parto realizado "fora" de casa era considerado anormal, além de ser um procedimento que não tinha importância para a medicina. Posteriormente, foram surgindo as casas de maternidade, que eram os locais onde as parteiras passaram a realizar seu trabalho. Com o passar do tempo, houve uma valorização da saúde da criança e também o parto passou a ser introduzido dentro dos hospitais, de modo que, no século XX tornou-se hospitalizado, passando a ter uso de medicamentos também.

De acordo com Nathalie Leister[16]:

> entre 1930 e 1940 houve um aumento considerável de 14 hospitais no Rio de Janeiro.Já em São Paulo, o crescimento dos partos hospitalares foi de 5% para 29,5%, enquanto que os nascimentos em domicílio sofreram uma queda de 25% em 15 anos (1930-1945).

Assim, nota-se que o parto domiciliar foi sofrendo uma queda, ao passo que o parto hospitalar sofreu uma crescente nos números e após a Segunda Guerra Mundial passou a ter uma predominância no Brasil do parto nos ambientes hospitalares.

O parto, no século XX, passou a ser considerado como um momento de dor e sofrimentopelo qual a mulher deveria passar e, para que pudessem esquecer esse momento tão doloroso, havia mulheres que passaram pelo parto completamente sedadas. Segundo Carmem Simone Grilo Diniz[17]:

> Durante várias décadas do século 20, muitas mulheres de classe média e alta no mundoindustrializado deram à luz inconscientes. O parto sob sedação total ("sono crepuscular", ou *twilight sleep*) começou a ser usado na Europa e nos Estados Unidosnos anos 10, e fez muito sucesso entre os médicos e parturientes das elites. Envolvia uma injeção de morfina no início do trabalho de parto e, em seguida, uma dose de umamnésico chamado escopolamina, assim a mulher sentia a dor, mas não tinha qualquerlembrança consciente do que havia acontecido.

Na segunda metade do século XX, a mulher passou a ter que passar pelo momento do parto imobilizada, com as pernas levantadas e abertas, além de estar na presença de pessoas desconhecidas e longe de seus entes e agora, conscientes.

No Brasil, o movimento pela humanização do parto começou por volta do ano de 1970, quando passou a implementar meios que pudessem garantir às mulheres um parto humanizado. Em 1994 foi criada a primeira maternidade pública humanizada, no Rio de Janeiro, chamada Leila Diniz. Em 1998 houve a criação do Prêmio Galba Araujo para Maternidades Humanizadas, sendo que seria premiada quem aderisse às recomendações da OMS e foram propostas Casas de Parto, cujo projeto encontra óbice dos médicos. Mas enfim, o que é parto humanizado?

De acordo com a notícia de Leticia Feitosa veiculada no *site* "Jornalismonic", o parto humanizado é "um procedimento que tende a respeitar o *processo natural do nascimento* e a manter o *mínimo de intervenções médicas*

[15] FEREY, Marie-Pierre; PELEGRI, Anna. Brasil é o segundo país com maior taxa de cesáreas do mundo. *Folha de São Paulo*, 12 out. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/10/brasil-e-o-segundo-pais-com-maior-taxa-de-cesareas-do-mundo.shtml. Acesso em: 27 out. 2020.
[16] LEISTER, Nathalie. *Transformações no modelo assistencial ao parto*: história oral de mulheres que deram à luz nas décadas de 1940 a 1980. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 14.
[17] Op. cit., p 628.

ou condutas que podem comprometer a vida do bebê e da mãe”[18]. A equipe Multimídia do Ministério da Saúde, no mês de março de 2018, realizou entrevistas com especialistas acerca de temas de interesse feminino, e em reportagem publicada por Erika Braz, a médica Renata Reis afirmou: “São três pilares no parto humanizado: autonomia das mulheres, equipe multiprofissional e evidências científicas”[19].

Segundo Leticia Feitosa, o parto humanizado não é simplesmente um parto normal, mas sim é o parto que “respeita a vontade da mulher”, sendo esta a protagonista[20] e, na produção “as faces da violência obstétrica”, o Grupo Jornalismo Digital, do Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Informação (PPGCOM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no tema “parto mais humano”[21], expressou que humanizar é um exercício de um direito, “é a possibilidade da gestante fazer escolhas conscientes sobre o nascimento do seu bebê”.

Desse modo, a mulher deve ter em mãos o protagonismo no momento do parto – com ressalvas dos casos de risco à saúde e à vida da gestante e da criança –, para que possa desfrutar do parto da melhor maneira possível, tendo boas experiências.

A violência obstétrica como forma de violação aos direitos da personalidade e a caracterização da responsabilidade civil

Com o advento da Revolução Francesa, em 1789, houve uma diminuição do poder Estatal na esfera privada dos indivíduos, concedendo, assim, uma maior liberdade ao ser humano. No entanto, essa grande liberdade do homem não foi benéfica e após a revolução industrial, a liberdade fora usada de maneira prejudicial, lesando inúmeras pessoas e causando uma extrema desigualdade e nesse contexto[22]:

> Juristas corajosos passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores a própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.

Assim nasceram os direitos da personalidade, que são direitos fundamentais inerentes ao próprio ser humano, gozando de proteção contra o próprio homem, ou seja, no campo do direito privado. A personalidade possui dois aspectos, o subjetivo e o objetivo, sendo que o primeiro é a capacidade de ser titular de direito e o segundo é representado pelas características que são protegidas pelo ordenamento jurídico (direitos da personalidade).

Maria Helena Diniz, citada por Flavio Tartuce, acerca dos direitos da personalidade, afirma que[23]:

> São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Assim, os direitos da personalidade são aqueles intrínsecos ao próprio ser humano, englobando os direitos morais e físicos e sem esses direitos, não haveria “pessoa humana”. Referidos direitos visam tutelar a vida, a

[18] FEITOSA, Letícia. *A busca pelo parto humanizado e seus benefícios.* Jornalismonic, 2017. Disponível em: http://portaldonic.com.br/jornalismo/2017/02/09/a-busca-pelo-parto-humanizado-e-seus-beneficios/#:~:text=In%C3%BAmeras%20m%C3%A3es%20est%C3%A3o%20optando%20pelo,do%20beb%C3%AA%20e%20da%20m%C3%A3e. Acesso em: 1 set. 2020. (grifo do autor).

[19] BRAZ, Erika. *Parto humanizado e violência obstétrica* - informação para garantia dos direitos. Blog daSaúde. Ministério da Saúde, 22 mar. 2018. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=53272&catid=579&Itemid=5 0218. Acesso em: 29 out. 2020.

[20] Op. cit.

[21] GRUPO DE JORNALISMO DIGITAL. *As faces da violência obstétrica*. Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.ufrgs.br/jordi/172-violenciaobstetrica/parto-mais-humano/. Acesso em: 24 jun. 2020.

[22] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 4.

[23] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Lei de Introdução e parte geral. 12. ed. São Paulo: Forense, 2016. v. 1. p. 146.

integridade física, psíquica, a intimidade e a honra, segundo o artigo "Os direitos da personalidade e a sua tutela positiva: uma visão da proteção da autonomia privada no direito brasileiro"[24].

Os direitos da personalidade são aqueles protegidos no âmbito das relações privadas, incorporados no Código Civil de 2002, e expressos nos artigos 11 ao 21, sendo rol exemplificativo, não excluindo demais direitos, devendo ser interpretados de acordo com o disposto na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III. Ademais, os direitos da personalidade são inatos, ilimitados, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

São inatos porque são inerentes ao ser humano desde o nascimento, ilimitados porque não existe um número delimitado desses direitos, absolutos porque possuem eficácia contra todos, intransmissíveis porque não podem ser objetos de cessão gratuita nem onerosa e são indisponíveis, pois em regra, não podem ser transmitidos, com a exceção dos direitos da personalidade relacionados aos direitos subjetivos de patrimônio. São irrenunciáveis, uma vezque não podem ser renunciados pelo seu titular, imprescritíveis porque não há um prazoestabelecido para que possam ser exercidos e para adquiri-los não é necessário o decurso do tempo e são impenhoráveis porque não podem ser objetos de penhora ou constrição através de processos judiciais.

Ainda, cumpre salientar que referidos direitos somente são extintos com a morte do serhumano e, mesmo com a ocorrência da morte, ainda perduram alguns direitos. Ademais, os direitos da personalidade são de natureza de ordem pública e quando são ameaçados ou violados, é possível que se exija a cessação dessa ameaça, além de ser possível cominar outras sanções, conforme preceitua o artigo 12 do Código Civil, gozando, portanto, de proteção civil.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X dispõe que são invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"[25].

Dentro do âmbito dos direitos da personalidade, existem os seguintes direitos: direito aopróprio corpo, ao nome, a honra, a imagem e a privacidade. No entanto, o rol não é taxativo e outras manifestações também ensejam a necessidade de proteção. Assim, a principal característica dos direitos da personalidade é a proteção da dignidade da pessoa humana e a violência obstétrica é uma forma de violação aos direitos da personalidade da mulher.

O artigo 15 do Código Civil é expresso ao determinar que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica",tutelando o direito ao próprio corpo. Assim, quando a mulher é vítima de violência obstétrica pela situação de ser forçada ou induzida pelo médico a realizar determinado procedimento, estátendo mais um direito da personalidade violado. A mulher deve ter o poder de escolha no momento do parto, bem como durante a gravidez e o puerpério, salvo casos de gravidade, no qual o médico deve agir amparado em embasamento científico.

Em relação a sua honra, Adriano de Cupis, citado por Andrea Neves Gonzaga Marques,menciona que "a honra é a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva)"[26] e, a agressão física e psicológica geram ofensa a honra subjetiva da mulher, considerando que todo o sofrimento causado reflete no seu próprio sentimento.

---

[24] SENGIK, Kenza Borges; RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. *Os direitos da personalidade e a sua tutelapositiva*: uma visão da proteção da autonomia privada no direito brasileiro. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=228b25587479f2fc#:~:text=O%20reconhecimento%20da%20tutela%20positiva,digno%20dos%20direitos%20da%20personalidade. Acesso em: 13 set. 2020.

[25] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

[26] MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Direito à honra*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2010. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e- entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20honra%2C%20%C3%A0,(inciso%20X%2C%20do%20art. Acesso em: 30 out. 2020.

No momento do parto a mulher está em uma condição extremamente vulnerável e, apóso nascimento da criança, a situação de vulnerabilidade se torna ainda maior, visto que inicia o puerpério, e ainda assim sofre com o cometimento de violência obstétrica contra si, gerando um conceito de que o parto é sinônimo de dor, dor física e dor psicológica.

Segundo a Organização Mundial da Saúde[27]:

> No mundo inteiro, muitas mulheres experimentam abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a assistência ao parto nas instituições de saúde. Isso representa uma violação da confiança entre as mulheres e suas equipes de saúde, e pode ser também um poderoso desestímulo para as mulheres procurarem e usarem osserviços de assistência obstétrica. Embora o desrespeito e os maus-tratos possam ocorrer em qualquer momento da gravidez, no parto e no período pós-parto, as mulheres ficam especialmente vulneráveis durante o parto. Tais práticas podem ter consequências adversas diretas para a mãe e a criança.

É claro, portanto, que os direitos da personalidade necessitam de proteção, uma vez que,ao serem violados, haverá agressão àquilo que é intrínseco no ser humano, gerando o dever de indenizar o dano material e moral.

Especificamente no caso da violência obstétrica, nota-se que se trata sim de uma violação aos direitos da personalidade da mulher, pois, resta indubitável que referida violência ofende o direito ao próprio corpo, a honra, e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Assim, conclui-se com o brilhante entendimento[28]:

> Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o queequivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São essesos chamados "direitos essenciais" com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.

Desse modo, quando a mulher é vítima de violência obstétrica, tem o direito a honra, direito ao próprio corpo e, consequentemente, a sua dignidade violada, sendo estes, direitos dapersonalidade, que são essenciais a sua própria existência e essência, sem os quais, sequer existiria.

Existem dois diplomas legais que servem para fundamentar a responsabilidade civil: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, não podendo o primeiro ser analisado de maneira isolada, pois o disposto neste diploma legal não exclui os direitos decorrentes de Tratados, Convenções, bem como do Código Civil, conforme preceitua o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Há uma teoria conhecida como "teoria do diálogo das fontes" que, conforme ensina Flavio Tartuce[29], "a essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem, supostamenteporque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam". No caso da violência obstétrica, aplica-se a teoria do diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, havendo o diálogo da complementaridade, uma vez que ambas as leis podem ser aplicadas ao caso.

Para que haja responsabilidade civil subjetiva é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos: ato ilícito, dano, culpa e nexo de causalidade. Se a responsabilidade civil for objetiva, não há necessidade de comprovação da culpa, bastando o preenchimento dos demais requisitos. Assim, ausente um dos requisitos, não estará caracterizada a responsabilidade civil.

O ato ilícito é conceituado por Maria Helena Diniz, citada por Jessica Detânico Correa: "ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a protegerinteresses alheios; é o que viola

---

[27] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratosdurante o parto em instituições de saúde*. Suíça, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessioni d=AAA974741A952A060C743E409E640759?sequence=3. Acesso em: 19 out. 2020.

[28] FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais ea subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

[29] TARTUCE, Flávio. *Em que consiste a teoria do diálogo das fontes?* Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820130/em-que-consiste-a-teoria-do-dialogo-das-fontes. Acesso em: 17 ago. 2020.

direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão”[30]. O nexo de causalidade é conceituado como sendo o “liame naturalístico-jurídicoexistente entre determinado dano e uma dada conduta ilícita que permite considerar esta como causa daquele efeito lesivo”[31].

Por fim, outro requisito essencial para que haja responsabilidade civil é o dano, que é aefetiva lesão a algo ou alguém, causando prejuízos. O termo dano não foi conceituadoexpressamente no Código Civil, ficando como um termo aberto, destacando-se, portanto, o conceito trazido por Christiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Neto, “lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”[32]. Assim, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho, o dano “encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida”[33].

Desse modo, presentes os requisitos acima mencionados, estará caracterizada a responsabilidade civil, sendo que no caso de responsabilidade objetiva, não haverá necessidade de comprovação de culpa.

O artigo 186 do Código Civil determina que aquele que violar direito e causar dano, ainda que exclusivamente moral, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência, comete ato ilícito. Também, o artigo 927 do Código Civil determina que quem causar dano, por ato ilícito,é obrigado a repará-lo. E quanto ao valor dessa indenização, este deve ser medido pela extensãodo dano, conforme artigo 944 do Código Civil.

Ainda, cumpre destacar que havendo lesão ou outra ofensa à saúde, “o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucroscessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, conforme artigo 949 do Código Civil e, referido artigo é aplicável aos casos em que, no exercício da atividade profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia, o agente causar a morte do paciente, agravar o mal, causar lesão ou torná-lo inabilitado para o trabalho, conforme disposto no artigo 951 do mesmo diploma legal.

E ainda, em caso de injúria, difamação ou calúnia, a indenização consistirá na reparaçãodo dano que delas resultar ao ofendido, nos termos do artigo 953 do Código Civil.

Assim, quando há a prática da violência obstétrica, há um ato ilícito que gera dano na mulher, podendo ser físico, sexual ou psicológico e, muitas vezes, há dano causado também à criança, havendo nexo de causalidade entre o ato e o dano, de modo que, estão presentes todos os requisitos para caracterização da responsabilidade civil, havendo o dever de indenizar. É certo que a violência também causa dano moral, pois gera dor, sofrimento, transtorno para a mulher, fazendo com que o momento do parto seja um momento doloroso, na maioria das vezes.

A indenização deve ter o escopo de reparar todos os danos morais sofridos pela mulher, bem como de ressarcir os danos materiais e os lucros cessantes, se for o caso, não restando dúvidas de que ao cometer a violência obstétrica há uma ofensa direta aos direitos da personalidade da mulher.

Além das disposições do Código Civil, há também a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, a mulher, no momento que está no hospital ou em qualquer outro local de atendimento à saúde, está na condição de consumidora, pois irá adquirir e/ou utilizar um produto e/ou serviço, sendo a destinatária final, enquadrando-se, assim, no conceito descrito no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Da mesma forma, o local no qual a mulher se encontra para buscar o atendimento é o fornecedor de serviço e o médico que presta a assistência é um prestador de serviço em nome do estabelecimento, nos termos do

[30] CORREA, Jessica Detânico. *A responsabilidade civil do médico na violência obstétrica*. 2019. Trabalhode Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá-SC, 2019. p. 40.

[31] SANTANA, Felipe de Carvalho. Nexo de causalidade: suas implicações na responsabilidade civil extracontratual e a teoria acolhida pelo direito brasileiro. *Revista Unifacs*, n. 196, p. 1-43, out. 2016. Disponívelem: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4586/3004. Acesso em: 4 nov. 2020. p. 2.

[32] FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil*.Responsabilidade Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. v. 3. p. 271.

[33] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, o serviço é "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração".

O Código de Defesa do Consumidor expressa alguns princípios que devem ser considerados quando está presente a relação de consumo: ***(i)*** o princípio do protecionismo do consumidor (artigo 1º, Código de Defesa do Consumidor), pois o Código é uma norma de caráter cogente, que não pode ser afastada pelas partes, sob pena de nulidade absoluta, devendo todas as proteções dispostas no Código de Defesa do Consumidor serem reconhecidas de ofício pelo Juiz, em eventualprocesso judicial e ***(ii)*** o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que dispõe que o consumidor é a parte mais fraca na relação consumerista, gozando de maior proteção. Referido princípio tem presunção absoluta, uma vez que não se admite prova em contrário.

Ainda, o código define quais são os direitos básicos do consumidor, sendo que o artigo 6º, inciso I, expressamente determina que um deles é "a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos". Evidentemente que a mulher quando é submetida à violência obstétrica tem seu direito básico de consumidora violado, vez que não está havendo preservação da saúde, segurança e muitas vezes, sequer da vida.

No mesmo artigo, o inciso III determina que o consumidor tem direito de ter informação clara sobre os produtos e serviços, de modo que a mulher tem o direito de ter informações necessárias para escolher e planejar como será sua gestação e o momento do parto, salvo casos de gravidade e risco de vida.

Ademais, o artigo 6, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, garante que o consumidor tenha "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,coletivos e difusos".

Não restam dúvidas, portanto, de que a relação entre médico e paciente é uma relação de consumo e o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Terceira Turma, já proferiu decisãonesse sentido (Resp 731.078)[34]:

> RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.
>
> I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.
>
> II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissionalliberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, queé especial em relação às normas contidas no Código Civil.
>
> Recurso especial não conhecido.

Por fim, é evidente que a relação entre médico e paciente é regida pelo códigoconsumerista e que há responsabilidade civil quando o médico causar dano, no entanto, a dúvidaque surge é: a responsabilidade será objetiva ou subjetiva? E a responsabilidade do hospital? Há responsabilidade solidária entre o médico e o hospital?

Na relação entre o médico e a paciente há uma obrigação. Segundo Hildegard TaggeselGiostri, "pode-se entender que obrigação é vínculo; é um algo que passa a existir, temporariamente, ligando alguém a outrem"[35]. A obrigação pode ser de meio ou de resultado, sendo que a primeira é quando o médico tem o dever de empregar todas as formas possíveis para se obter um resultado, não tendo, portando, a obrigação de alcançá-lo. Já a obrigação de resultado é aquela na qual o médico efetivamente tem odever de se alcançar o resultado almejado.

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 731.078-SP*. Relator: Min. Castro Filho, julgado em 13 dez. 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=2052286&tipo=5&nreg=200500360432&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060213&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 21 ago. 2020.

[35] GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR, n. 1, p. 35-50, jan. 2013. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/3/3. Acesso em: 20 out. 2020.

Assim, nesse caso, a obrigação do médico é considerada obrigação de meio – *devendo empregar todos os meios necessários para se chegar ao resultado, mesmo que não tenha obrigação de efetivamente alcançá-lo* – e para que seja caracterizada a sua responsabilidade civil, é necessário que haja comprovação de sua culpa, seja ela através de imprudência, negligência ouimperícia, conforme artigo 14, parágrafo 4º do CDC. E, se o dano é ocasionado em um estabelecimento hospitalar, este terá responsabilidade objetiva pelos danos, sem a necessidade de comprovação de culpa.

Assim, conclui-se que tanto o médico quanto os estabelecimentos hospitalares possuem responsabilidade civil e devem reparar todos os danos ocasionados na mulher, no entanto, em relação à responsabilidade do médico, esta é subjetiva, sendo necessário que se comprove a culpa do profissional liberal para que o hospital possa ser responsabilizadoobjetivamente, sendo referida responsabilidade solidária.

Outras implicações jurídicas da violencia obstétrica

Além das implicações da violência obstétrica no âmbito do direito consumerista, a violência obstétrica pode gerar implicações jurídicas em diversos âmbitos do direito, conformeserá relacionado.

A violência obstétrica reflete no âmbito do direito penal, podendo cominar em diversaspenas para aqueles que a praticam, como será demonstrado. O médico tem o dever de atender a mulher que precisa de assistência médica obstétrica e, caso deixe de atendê-la e por esse motivo a mulher vem a perder a vida, poderá haver responsabilização pelo crime de homicídio doloso, justamente pelo fato de que o médico tinha a obrigação de atender a mulher e ao deixar de fazê-la, assume o risco pela consequência morte. O crime de homicídio doloso está tipificado no artigo 121 do Código Penal, com pena de reclusão de seis a vinte anos.

Ademais, pode haver caracterização do crime de feminicídio também, se a falta de atendimento que ocasionou a morte for fundamentada no simples fato do paciente ser uma mulher, tornando-se um crime qualificado, acarretando uma pena de reclusão de doze a trinta anos.

Sendo a violência obstétrica realizada de forma física, pode caracterizar o crime tipificado no artigo 129, do Código Penal, qual seja, a lesão corporal, cuja pena é de detenção de três meses a um ano e, se resultar em "incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias", "perigo de vida", "debilidade permanente de membro, sentido ou função" ou "aceleração de parto", será caracterizada uma lesão corporal de natureza grave, podendo gerar uma penalidade de reclusão de um a cinco anos (artigo 129, parágrafo primeiro, do Código Penal).

Além disso, se resultar "incapacidade permanente para o trabalho", "enfermidadeincurável", "perda ou inutilização do membro, sentido ou função", "deformidade permanente"ou "aborto", estará caracterizada a lesão corporal de natureza gravíssima, que possui pena de reclusão de dois a oito anos, nos termos do disposto no parágrafo 2º do artigo 129, do Código Penal.

Ainda, caso a violência obstétrica seja cometida através de omissão, poderá ser tipificada como crime de omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal), cominando em uma pena de detenção de um a seis meses ou multa. Caso a omissão resulte lesão corporal de natureza grave, a pena aumenta metade e se resultar morte, é triplicada, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

Também podem ser aplicadas as penas referentes ao crime de maus tratos, pois a mulher no período obstétrico está sob vigilância dos profissionais da saúde, para fins de tratamento, e com a prática da violência, a mulher é privada dos cuidados indispensáveis e sua vida e saúde são postas em perigo, aplicando-se, assim, o artigo 136 do Código Penal (pena de detenção de dois meses a um ano, ou multa).Se resultar lesão corporal grave ou morte, a pena passa a ser de reclusão de um a quatro anos para o primeiro caso e reclusão de quatro a doze anos para o segundo.

Se a violência obstétrica for praticada de forma psicológica, pode ser caracterizado o crime de injúria, disposto no artigo 140 do Código Penal, que prevê pena de detenção de um a seis meses. Pode ser também enquadrada no crime de constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal), uma vez que os atos que geram a violência obstétrica constrangema mulher e lhe reduzem a capacidade de resistência, pois a mulher está em situação vulnerável. Referido crime possui pena de detenção de três meses a um ano, ou multa. A pena pode ser aumentada em caso de execução do crime com a presença de mais de três pessoas, assim, certamente referida causa de aumento de pena pode ser usada para quando a mulher estiver em algum procedimento médico – *durante o período no qual pode ser realizada a violência obstétrica, ou seja, pré-natal, parto ou puerpério* – e houver mais de três profissionais, sendo médicos, enfermeiros, anestesistas, por exemplo (art. 146, §1º, CP). Além do mais, importante salientar que além dessa pena, serão aplicadas as penas correspondentes à violência praticada, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo.

Destaca-se que somente não será considerado crime de constrangimento ilegal, se a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento da mulher, for justificada por iminente perigo de vida, caso contrário, poderá ser aplicada referida pena.

Ainda, a violência obstétrica pode caracterizar o crime de violência arbitrária (artigo 322 do Código Penal), visto que a violência é praticada no exercício da função, o que pode ocasionar pena de detenção de seis meses a três anos, bem como a pena correspondente a da violência.

A violência obstétrica também pode gerar implicações no âmbito da responsabilidade administrativa, devendo ser observado, para tanto, o Código de Ética Médica. O "Capítulo 1" do Código de Ética Médica versa sobre os princípios fundamentais que regem a medicina, sendo que o princípio contido no item "I" é que a medicina deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza. E também, no item "VI" estabelece que o médico deve ter respeito pelo ser humano e deve atuar em seu benefício.

A violência obstétrica é uma forma de discriminação, realizada através de atos nocivos à mulher no periodo obstétrico e por se tratar de violência de gênero, uma vez que somente a mulher pode ser vítima, é um caso de discriminação, contrariando expressamente a forma como deve ser exercida a medicina e, consequentemente, contrariando os princípios do Código que rege a medicina.

Além disso, a violência obstétrica também contraria o artigo 1º, que trata sobre a responsabilidade do profissional, vedando que o médico cause danos ao paciente, seja por ação ou omissão, determinando que a responsabilidade do médico é pessoal. Também o artigo 23, que versa sobre os direitos humanos, determina que ao médico, é vedado "tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto". Ou seja, é evidente que a violência obstétrica também ofende o artigo 23 do Código de Ética Médica, vez que há um tratamento sem civilidade à mulher, discriminando-a, o que gera a responsabilidade pessoal do médico.

Enfim, o artigo 24 também determina que o médico não pode deixar de garantir ao paciente o direito de decidir livremente e também não pode exercer sua autoridade para limitar o paciente. Referida disposição é contrariada quando o médico informa, por exemplo, que a cesárea é a maneira mais adequada para realizar o parto, mesmo não o sendo, fazendo com que sua autoridade convença a mulher disso, e também, muitas vezes a cesárea é imposta ao paciente.

Também é vedado ao médico deixar de denunciar, praticar, ser conivente com quem realiza, fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimento que facilite a "prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis", nos termos do artigo 25 do Código.

O artigo 28, parágrafo único, determina que caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e a saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, ele estará obrigadoa denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina. Caso assim não o faça, também estará contrariando a Ética Médica.

Quanto a responsabilidade, o princípio contido no item "XIX" determina que o médicoserá responsável pelos atos resultantes de relação particular de confiança, em caráter pessoal e,nas disposições gerais, o item II determina que os médicos que cometerem faltas graves e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ouà sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

Assim, o médico que contrariar o disposto no Código de Ética Médico, poderá, além de ser responsabilizado pessoalmente, ter suspenso o exercício profissional.

A violência obstétrica pode gerar implicações também no âmbito da Responsabilidade Sanitária, visto que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editou a Resoluçãonº 36 de 2008, que dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Em referida Resolução, no tópico 3, que trata das definições, o subtópico 3.4 versa sobre "Humanização da atenção e gestão da saúde", que expressamente determina:

> Valorização da dimensão subjetiva e social, em todas as práticas de atenção e de gestão da saúde, fortalecendo o compromisso com os direitos do cidadão, destacandose o respeito às questões de gênero, etnia, raça, orientação sexual e às populações específicas, garantindo o acesso dos usuários às informações sobre saúde, inclusive sobre os profissionais que cuidam de sua saúde, respeitando o direito a acompanhamento de pessoas de sua rede social (de livre escolha), e a valorização dotrabalho e dos trabalhadores.

O item acima transcrito é claro ao dispor que deve haver respeito às questões de gênero, além da necessidade de ter garantia de acesso às informações sobre saúde, garantindo, assim, expressamente, que haja um atendimento humanizado do paciente.

O item 4 trata sobre as condições organizacionais e o item 4.5 determina que a direçãoe o responsável técnico do Serviço de Atenção Obstétrica devem planejar, implantar e garantir a qualidade dos processos e a continuidade da assistência. Certamente quando há ocorrência de violência obstétrica, há patente violação dessa disposição, visto que não há garantia daqualidade do atendimento.

O item 6 trata acerca dos recursos humanos e o item 6.1 determina que deve haver equipe dimensionada qualitativamente e quando um profissional pratica violência obstétrica, não está sendo um profissional qualificado de acordo com a resolução 36/2008. E, o item 6.6 "a" determina que o Serviço de Atenção Obstétrica e Neonatal devem ter profissionaiscapacitados e responsáveis pelo "atendimento humanizado e seguro às mulheres", o que não ocorre quando há violência obstétrica.

O item 9 trata sobre processos operacionais assistenciais, dispondo no item 9.2 que o serviço deve promover ações de humanização da atenção à saúde. O item 9.5 trata sobre o que deve ser garantido na recepção a mulher, e o item 9.5.2 tem-se que deve ser garantido o "atendimento e orientação clara sobre sua condição e procedimentos a serem realizados". O item 9.6 trata sobre a assistência ao trabalho de parto e o 9.7 trata sobre a assistência no parto e no pós-parto, e no item 9.6.6 e 9.7.1 tem-se a determinação de que deve ser garantido a mulher as condições de escolha das diversas posições no trabalho de parto, desde que não hajaimpedimento clínico. E ainda, o item 9.8 discorre sobre os cuidados necessários para com a mulher no momento do puerpério.

Assim, quando a mulher é submetida às práticas da violência obstétrica, todos esses dispositivos da Resolução da ANVISA são descumpridos, devendo haver punição no âmbito sanitário.

Dessa forma, ficou evidente que a violência obstétrica gera implicações no direito penal, na ética médica e no âmbito sanitário, de modo que, ao serem descumpridos os dispositivos legais, deve haver a responsabilização dos profissionais e estabelecimentos responsáveis em todos os âmbitos, de acordo com cada caso específico.

Conclusão

Como visto no presente trabalho, a violência obstétrica é todo ato violento cometido contra a mulher durante a assistência obstétrica, pondedo ser caracterizada de diversas formas, que está presente na vida da mulher há muito tempo e, mesmo com alguns avanços em relação ao tema, referida violência ainda é muito recorrente nos dias de hoje.

A mulher travou uma luta para que o parto humanizado fosse considerado um direito, e este vai muito além de um parto normal, sendo um procedimento natural, com o mínimo de intervenções possíveis, tendo a mulher como a protagonista. Restou indubitável que o parto humanizado é um direito da mulher e que deve ser respeitado, havendo, no Brasil legislações que regulamentam referido parto, bem como diversos programas, como o Programa de Humanização do Parto e Nascimento, o Centro de Parto Normal e a Rede Cegonha.

Cumpre ressaltar, por fim, que no momento do parto há uma gama de direitos presentes e que devem ser respeitados e, ainda assim, nesse momento ocorre um dos tipos de violência mais revoltantes: a violência obstétrica.

Também foi possível verificar que a violência obstétrica possui repercussões emdiversos âmbitos do direito e, para sua punição, é necessário analisar caso a caso e punir devidamente o agressor. Ficou comprovado que a relação entre a mulher e o médico configura uma relação consumo e, quando a paciente é vítima da violência obstétrica, deve haver responsabilização tanto do médico, de maneira subjetiva, como do hospital, de maneira objetiva, estando presentes os requisitos para caracterização da responsabilidade civil, havendo o dever de indenizar.

Destaca-se, por fim, que a violência obstétrica é uma forma de violência que atinge a mulher em um dos momentos no qual está mais vulnerável e, também, em um dos momentos de grande importância na sua vida, fazendo com que um momento tão significativo se torne ummomento de dor e sofrimento e, ao invés de guardar boas recordações, a mulher guarda sofrimentos, irritações e direitos violados. É dever do Estado e da população desmistificar o "tabu" de que parto é sinônimo de dor, devendo, cada vez mais, ser implantados meios para queo parto humanizado seja a regra, e não a exceção, como ocorre atualmente.

Assim, conclui-se que quando a mulher sofre a violência obstétrica, viola-se expressamente o seu direito ao próprio corpo, a sua integridade física e psíquica, a sua honra e a sua dignidade, de modo que há uma violação expressa de seus direitos da personalidade, direitos estes que são intrínsecos e essenciais para todo o ser humano e que, sem eles, sequer oindivíduo poderia ser chamado de "pessoa humana".

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 731.078-SP*. Relator: Min. Castro Filho, julgado em 13 dez. 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=2052286&tipo=5&nreg=200500360432&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060213&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRAZ, Erika. *Parto humanizado e violência obstétrica* - informação para garantia dos direitos. Blog daSaúde. Ministério da Saúde, 22 mar. 2018. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=53272&catid=579&Itemid=50218. Acesso em: 29 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORREA, Jessica Detânico. *A responsabilidade civil do médico na violência obstétrica*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá-SC, 2019.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de ummovimento. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 10, n. 3, p. 627-637, set. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 out. 2020.

DINIZ, Simone Grilo *et al*. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growthand Development*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 377-384, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil.*Responsabilidade Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. v. 3.

FEITOSA, Letícia. *A busca pelo parto humanizado e seus benefícios*. Jornalismonic, 2017. Disponível em: http://portaldonic.com.br/jornalismo/2017/02/09/a-busca-pelo-parto-humanizado-e-seus-beneficios/#:~:text=In%C3%BAmeras%20m%C3%A3es%20est%C3%A3o%20optando%20pelo,do%20beb%C3%AA%20e%20da%20m%C3%A3e. Acesso em: 1 set. 2020.

FEREY, Marie-Pierre; PELEGRI, Anna. Brasil é o segundo país com maior taxa de cesáreas do mundo. *Folha de São Paulo*, 12 out. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/10/brasil-e-o-segundo-pais-com-maior-taxa-de-cesareas-do-mundo.shtml. Acesso em: 27 out. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais ea subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR, n. 1, p. 35-50, jan. 2013. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/3/3. Acesso em: 20 out. 2020.

GRUPO DE JORNALISMO DIGITAL. *As faces da violência obstétrica*. Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.ufrgs.br/jordi/172-violenciaobstetrica/parto-mais-humano/. Acesso em: 24 jun. 2020.

LEISTER, Nathalie. *Transformações no modelo assistencial ao parto*: história oral de mulheres que deram à luz nas décadas de 1940 a 1980. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

LEITE, Júlia Campos. *Abordagem jurídica da violência obstétrica*. 2016. 108f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 2016.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Direito à honra*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2010. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e- entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20honra%2C%20%C3%A0,(inciso%20X%2C%20do%20art. Acesso em: 30 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratosdurante o parto em instituições de saúde*. Suíça, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=AAA974741A952A060C743E409E640759?sequence=3. Acesso em: 19 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: OMS, 2002.

PARTO DO PRINCÍPIO. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. *Quem somos*. Disponível em: https://www.partodoprincipio.com.br/sobre. Acesso em: 29 out. 2020.

PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento*. Plataforma de Cairo. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

PEREIRA, Jessica Souza *et al*. Violência obstétrica: ofensa à dignidade humana. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*, v. 15, p. 103-108, 2016. Disponível em: http://www.mastereditora.com.br/periodico/20160604_094136.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

RATTNER, Daphne *et al*. Os movimentos sociais na humanização do parto e do nascimento no Brasil. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. *Humanização do parto e do nascimento*. Brasília, DF, 2014. v. 4. p. 109-132. (Cadernos HumanizaSUS). Disponível em: http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Cadernos-HumanizaSUS-v.-4_-Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-parto-e-do-nascimento-Movimentos-Sociais.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. *Violência obstétrica*: "Parirás comDor". Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf.Acesso em: 1 set. 2020.

REDE PELA HUMANIZAÇÃO DO PARTO E NASCIMENTO (Rehuma). *Nossa história*. Disponível em: http://rehuna.org.br/nossa-historia/. Acesso em: 29 out. 2020.

SANTANA, Felipe de Carvalho. Nexo de causalidade: suas implicações na responsabilidade civil extracontratual e a teoria acolhida pelo direito brasileiro. *Revista Unifacs*, n. 196, p. 1-43, out. 2016. Disponívelem: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4586/3004. Acesso em: 4 nov. 2020.

SANTOS, Rafaella Ayanne Alves dos; MELO, Monica Cecília Pimentel de Melo; CRUZ, Daniel Dias. Trajetória de humanização do parto no Brasil a partir de uma revisão integrativa da literatura. *Caderno de Culturae Ciência*, Universidade Regional do Cariri – URCA, ano 9, v.13, n. 2, mar. 2015. Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/TRAJET%C3%93RIA-DE-HUMANIZA%C3%87%C3%83O-DO-PARTO-NO-BRASIL-A-DE-Santos-Melo/0c62fc93aabaa2bb92d2a9cb61c52547194389eb. Acesso em: 29 out. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SENGIK, Kenza Borges; RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. *Os direitos da personalidade e a sua tutelapositiva*: uma visão da proteção da autonomia privadano direito brasileiro. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=228b25587479f2fc#:~:text=O%20reconhecimento%20da%20tutela%20positiva,digno%20dos%20direitos%20da%20personalidade. Acesso em: 13 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 12. ed. São Paulo: Forense, 2016. v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Em que consiste a teoria do diálogo das fontes?* Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820130/em-que-consiste-a-teoria-do- dialogo-das-fontes. Acesso em: 17 ago. 2020.

Obra consultada

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS). *Rede Cegonha*. Disponível em: https://aps.saude.gov.br/ape/cegonha. Acesso em: 26 out. 2020.

Ensino domiciliar: panorama jurídico de sua implementação no Brasil[1]

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA
Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Contato: anapaula.polacchini@unifipa.edu.br

LARISSA PEDRASOLI
LUIZ HENRIQUE RAMOS DE LIMA
MATHEUS MENDES MARQUES
THAMY DE FÁTIMA SEGUNDO
Advogados. Graduados em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GABRIELA DA SILVA RINALDI
GIULIANA VALÉRIO
HELENA ARAÚJO LÚCIO ALMEIDA
INGRID VITORIA DE QUEIROZ
ISADORA GABRIEL FERNANDES
MARIA CLARA TINTI CREPALDI
MONIELLI PERES
NATHAN HENRICK DE MORAIS
Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Este artigo analisa a possibilidade jurídica de implementação da educação domiciliar no Brasil, também denominada *homeschoolling*. O projeto de lei 3.179/12 da Câmara dos Deputados, atualmente em tramitação no Senado Federal, trata da regulamentação do tema, estabelece a educação domiciliar como uma possibilidade de ensino e retira a obrigatoriedade da educação básica escolar. O mencionado projeto substitui dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) (LDB) e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei 8.069/90). A Constituição Federal (CRFB) não trata expressamente do tema, mas estabelece dispositivos a ele aplicáveis, tais como os artigos 205 a 209 e 227. Assim considerando, esta pesquisa promove uma análise jurídica da educação domiciliar para tratar da sua constitucionalidade. Para tanto aborda a legislação aplicável, que inclui os dispositivos acima citados, bem como artigos do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) (CP), a Convenção sobre os Direitos da Criança e outros tratados internacionais, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (Recurso Extraordinário 888.815/RS, 2018).
Palavras-chave: Direito à educação. Obrigatoriedade do ensino formal. Ensino domiciliar.

Abstract: This article analyzes the legal possibility of implementing home education in Brazil, also known as homeschooling. A Bill (3.179/12) of the Chamber of Deputies is currently being discussed in the Federal Senate. It deals with the regulation of the subject, establishes home education as a teaching possibility and removes the obligation of basic school education. The aforementioned project replaces provisions of the National Education Guidelines and Bases Law (Law 9.394/96) (LDB) and amends the Child and Adolescent Statute (ECA) (Law 8.069/90). The Federal Constitution (CRFB) does not expressly deal with the subject, but establishes provisions applicable to it, such as articles 205 to 209 and 227. Thus, this research promotes a legal analysis of home education to address its constitutionality. It analyzes the applicable legislation, which includes the provisions mentioned above, as well as articles of the Penal Code (Decree-Law 2.848/40) (CP), the Convention on the Rights of the Child and other international treaties, as well as the decision of the Supreme Federal Court on the matter (Extraordinary Appeal 888.815/RS, 2018).
Keywords: Right to education. Mandatory formal education. Homeschooling.

Introdução

O debate sobre a educação domiciliar tem por pressuposto legal a confirmação ou não da premissa da obrigatoriedade da educação básica escolar, vale dizer, essa dimensão do tema, que se volta para a discussão de sua legalidade, deve verificar se o processo formativo de crianças e adolescentes a ser realizado por suas famílias, em ambiente domiciliar, ao invés de ser conduzido no ambiente escolar, é ou não constitucional/legal.

A educação em ambiente familiar é denominada *homeschoolling* e atualmente é admitida em pelo menos 63 países[2]. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 888.815 no Supremo Tribunal Federal (STF),

[1] Este artigo é baseado na pesquisa "O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil e a efetivação da doutrina da proteção integral por via de políticas públicas" (PESQDIR20221006).
[2] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Educação domiciliar [recurso eletrônico]*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014. 81p. (Série comissões em ação n. 31). p. 35.

proveniente do Rio Grande do Sul, em 2018, o ministro Luis Roberto Barroso, então relator do caso que discutia a temática, definiu o termo *homeschoolling* como a

> prática pela qual os pais ou responsáveis assumem a responsabilidade pela escolarização formal da criança e deixam, portanto, de delegá-la às instituições formais de ensino. As aulas podem ser ministradas pelos próprios pais ou podem ser ministradas por professores particulares contratados pelos pais. De todo modo, a principal característica é que a direção e responsabilidade pelo ensino é assumida pelos pais que optam por fazê-lo no domicílio.[3]

A educação escolar oferecida por instituição de ensino tem previsão constitucional (CF, artigos 206, IV e 208, I), sendo que a indagação sobre a constitucionalidade e legalidade da prática domiciliar exige uma análise do sistema jurídico brasileiro, tendo por referência as normas constitucionais aplicáveis, demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro e o contexto em que estão inseridas. Nesse sentido, remete a vários aspectos fundamentais do debate e que merecem ser abordados à luz da hermenêutica jurídica.

Esses aspectos incluem questões associadas à educação, aos direitos e papel dos envolvidos, ao contexto social e demandam uma análise que supera a análise textual da norma, pensando-se também a partir de seu contexto e finalidade.

Famílias ao redor do mundo têm alegado o direito de decidir pela educação domiciliar, enquanto o ensino escolar mobiliza uma série de direitos da criança e do adolescente, dentre os quais a convivência comunitária e os fatores de socialização contidos na escola. O debate ainda levanta se a questão versa sobre direito subjetivo.

Tramita no Senado Federal o projeto de lei 1338/2022[4], que busca regulamentar a matéria, tendo sido enviado àquela Casa após aprovação, por maioria, na Câmara dos Deputados do projeto 3.179/2012 e apensos.

Em 2018, o STF julgou por maioria o recurso extraordinário 888.815 do Rio Grande do Sul e sua repercussão geral, o que constituiu o tema 822 e estabeleceu a "possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no artigo 205 da Constituição Federal"[5].

O cerne da discussão no STF residiu na verificação se a iniciativa poderia ser proibida pelo Estado ou reconhecida como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação[6].

Este artigo tem por objetivo promover um panorama jurídico da discussão sobre a constitucionalidade/legalidade do ensino domiciliar no Brasil, tendo por referência o direito à educação, a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. Para tanto, procura descrever o estado da arte do ensino domiciliar no Brasil e dos projetos que tramitam para sua regulamentação; identificar a legislação aplicável e compreendê-la à luz dos mencionados princípios que regem a temática; e analisar os mencionados projetos, o entendimento do STF e os argumentos favoráveis e contrários à educação domiciliar e os princípios aplicáveis à luz da doutrina da proteção integral.

Quanto ao direito à educação de crianças e adolescentes, considera o processo histórico que culminou no seu reconhecimento como direito social de dever do Estado (CF, artigo 6º). A pesquisa considera o método dedutivo para identificar e descrever a legislação aplicável e analítico para compreender a legislação a partir dos princípios adotados pelo Brasil no âmbito dos direitos da infância e juventude, bem como do disposto no artigo 6º do ECA. A legislação analisada inclui a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional sobre Direitos

[3]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 888.815 RS.* 2018a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204. Acesso em: 28 mar. 2023. p. 13.
[4] BRASIL. Senado Federal. *PL 1338/2022*. Altera as Leis nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF, 2022a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153194. Acesso em: 28 mar. 2023.
[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 822.* 2015. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=822. Acesso em: 5 abr. 2023.
[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018a, p. 3.

Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Constituição Federal, a LDB, o ECA e o Código Penal e o tema 822 do STF (RE 888.815/RS).

A doutrina da proteção integral

A Constituição Federal confere expresso e especial amparo aos direitos da criança e adolescente, seja reconhecendo essa proteção como direito social (artigo 6º), seja ao fixar seus direitos fundamentais e delimitar a solidariedade na prioridade e proteção por dever do Estado, da família e da sociedade (artigo 227).

Já garantidos pelo texto constitucional, pelo regime de princípios adotado pelo Brasil e pelos tratados de que participa, os direitos humanos fundamentais são destinados a todos os seres humanos (CF, artigo 5º, § 1º; CIDH, artigo 1º).

O texto constitucional, ao reservar dispositivos específicos para proteção expressa a determinados grupos, dentre os quais, às crianças e adolescentes, reforça a necessidade de especial proteção e promoção aos mencionados grupos. Trata-se de uma opção do legislador de conferir status constitucional expresso aos direitos desses grupos e instituir sistemas especiais de proteção.

A Assembleia Geral da ONU aprovou, em 1989, Convenção dos Direitos da Criança[7]. Esse tratado constitui a base fundamental de um sistema internacional de proteção integral à crianças e adolescentes. Em 1990, na esteira do disposto na Constituição de 1988, o Brasil passava a adotar mencionada Convenção.

Ao regulamentar o artigo 227, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, lei 8.069/1990)[8] adotou formalmente a doutrina da proteção integral, entendida como a compreensão da condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento, independente de exposição a situação de risco ou de conflito com a lei[9], superando a doutrina da situação irregular do menor anteriormente vigente.

A doutrina menorista, estabelecida no início do século XX, e em especial em 1927 pelo Código Mello Mattos (Decreto 17.943-A), subdividia-os nas categorias de delinquentes e de abandonados. Em ambos os casos a criança e o adolescente tinham suas vulnerabilidades expostas a partir da relação e condição das suas famílias. Nesses casos, como pessoas desprovidas de cidadania, crianças e adolescentes seriam submetidos à assistência e proteção estatal[10]. Essa proteção implicava na seguinte conduta do Estado: recolher e internar[11].

Esse sistema de proteção legal tinha embutido uma "proposta de defesa da sociedade – defesa contra a proliferação de vagabundos e criminosos, contra a instauração da indisciplina e da desordem"[12]. Tratava-se de sistemas de contenção de menores[13], e não no investimento na educação, como indicavam as experiências internacionais da época.

No dizer de Castro e Macedo trata-se do contexto de um país responsável por violações de direitos, a partir de ausências estatais e fragilidades democráticas e que impactou significativamente em vários setores da sociedade, dentre os quais as políticas para crianças e adolescentes[14].

A resposta histórica e normativa se efetivou com um arcabouço jurídico construído (e conquistado) a partir do final da década de 1980. O caminho para a democratização do país permitiu o debate público das necessidades da infância e juventude e dos deveres estatais. Esse arcabouço, em conjunto com princípios e objetivos nele

[7] BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.
[8] BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 jan. 2023.
[9] ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 72.
[10] Id., p. 40.
[11] RIZZINI, Irene. *O século perdido:* raízes históricas das políticas públicas para a infância do Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 132.
[12] Id., p. 132
[13] A lei 4.242/1921 passava a incluir a recuperação de menores no orçamento público. In: RIZZINI, op. cit., p. 142.
[14] CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. *Revista Direito e Práxis* [online], v. 10, n. 2, p. 1214-1238, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40670. Acesso em: 12 abr. 2022. p. 1217.

previstos e com a atuação, articulação e integração de diversos agentes, resulta no denominado Sistema de Garantia de Direitos que consagra a doutrina da proteção integral.

Portanto, essa doutrina da proteção integral se dá apenas no final do século XX. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 em seu artigo 3º institui o princípio do melhor interesse da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, lei 8.069/1990)[15] consagrou esse fundamento e ainda considerou que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento que merecem respeito. Esse reconhecimento normativo ordena que a condição de objeto seja superada.

Os direitos da criança e do adolescente são de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, tal como preconiza o artigo 227 da CF. Todos os envolvidos recebem deveres legais.

Tem-se aí os pilares normativos de proteção da infância e juventude no Brasil: a proteção integral, o melhor interesse da criança e sua condição de pessoas em desenvolvimento, garantindo-se sua condição de sujeito. Essa referência é axiológica, normativa e hermenêutica.

O artigo 6º do ECA determina que a interpretação da lei deverá levar em consideração os fins sociais aos quais a própria lei se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A doutrina destaca que a interpretação do melhor interesse da criança e do adolescente deve ter por referência um "sistema lógico e coerente", a unidade das normas aplicáveis e a construção de sua "progressiva autonomia", a fim de se evitar a subjetividade do intérprete[16].

Tanto a doutrina da proteção integral, quanto o princípio do melhor interesse "devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente"[17].

Diversas normas primárias foram editadas ao longo da década de 1990 para tratar especificamente de direitos também tratados no ECA. Em conjunto compõem o arcabouço normativo do Sistema de Garantia de Direitos.

A educação é tal como a proteção da infância e juventude, direito social previsto expressamente no artigo 6º da CF. Desenvolvimento, cidadania e trabalho são almejados pelo processo educacional, tal como estabelecem os artigos 205 e seguintes da CF. A lei de diretrizes e bases da educação (lei 9.394/1996, LDB) regulamenta os artigos 205 e seguintes da CF e também integra o Sistema de Garantia de Direitos na temática que abrange.

Sobre a educação

A educação é compreendida por Ferreira como "o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social"[18].

Nesse sentido, tem-se na educação um amplo processo formativo de pessoas e cidadãos, sua preparação para o trabalho, sua formação para a sociedade, tendo em vista tanto a sua socialização, transformação social quanto a sua contribuição para a própria sociedade.

No início do século a educação se via como "antídoto à ociosidade e criminalidade e não como instrumento que possibilitasse melhores chances de igualdade social"[19]. À época da implantação do Código de Menores,

[15] Op. cit.
[16] ZAPATER, op. cit., p. 75.
[17] ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente:* doutrina e jurisprudência. 19. ed. Salvador: Juspodvm, 2021. p. 24. (Conforme Novo CPC).
[18] FERREIRA, Aurélio apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 107.
[19] RIZZINI, op. cit., p. 144.

movimentavam-se grupos em defesa de educação pública, quase inexistente. O modelo de educação que se primava até então era para moldar minimamente para o trabalho[20].

A educação formal, por sua vez, foi objeto de reivindicações historicamente datadas do século XVI por Lutero durante o movimento da Reforma Protestante, as quais buscavam transferir o monopólio da educação formal da Igreja Católica para o Estado, delimitando, ainda, o caráter obrigatório e universal daquela[21].

No Brasil instrução estatal gratuita teve previsão na Constituição de 1824, artigo 179, XXXII. A Constituição de 1891 não tratou do tema, que voltou a ser incluído na norma de 1934.

Desde 1988, como direito social de segunda geração, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, a educação é dever do Estado que deve oferecer ensino formal obrigatório, universal e gratuito (CF, artigo 208, I; ECA, artigo 54, I). São direitos fundamentais de segunda dimensão conferidos individualmente para uma vida digna e para uma sociedade mais justa. Nesse momento, o Estado, diferentemente do que acontecia com os direitos de primeira dimensão, assumiu uma *dimensão positiva*, no intuito de propiciar justiça social. "Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado[22]". Pérez Luño para tratar dos direitos fundamentais argumenta que:

> Os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos de ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias de interesses individuais.[23]

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC) aborda a temática dos direitos sociais e dispõe que "é essencial mostrar que a capacidade da família para desempenhar plenamente suas responsabilidades e funções é fortemente interligada ao seu acesso aos direitos universais de saúde, educação e demais direitos sociais"[24].

Atualmente, educação é dever do Estado e da família (CF, art. 205). Indaga-se então sobre os níveis e espécies de responsabilidades. Cabe ao Estado a efetivação do direito, tal como aponta o artigo 208 da Constituição Federal e o artigo 54 do ECA. Ao tratar da educação como direito, o ministro Fux o descreveu como

> direito social da maior relevância, é dotado de dimensão subjetiva e objetiva. A função metaindividual da educação demonstra sua importância para a construção de um Brasil mais desenvolvido e democrático. Pelos benefícios difusos, a sociedade tem o dever e o direito de que as crianças se insiram no ambiente escolar.[25]

Ao tratar desse direito, o ministro Fux destaca também o direito de estar em ambiente escolar.

O artigo 205 trata da educação. Para Silva[26], o artigo citado prevê três objetivos básicos: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, cuja prática só se realizará num sistema educacional democrático, no qual a educação formal concretizará o direito de ensino.

A análise da cidadania das crianças e adolescentes deve ser estudada por uma perspectiva sociedade-Estado através do tempo, observando, ainda, que os governos autoritários anteriores ao advento da CF/88 violaram direitos e liberdades individuais da população em geral.

---

[20] Id., p. 146.
[21] BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Estado e educação em Martinho Lutero: a origem do direito à educação. *Cadernos de pesquisa*, v. 41, n. 144, p. 866-885, set./dez, 2011. p. 870. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0100-15742011000300012. Acesso em: 18 jul. 2022.
[22] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1998. p. 49.
[23] Apud SARLET, op. cit., p. 140.
[24]CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Conanda; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p. 28.
[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018a, p. 119.
[26] SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Como se mostrou, verifica-se que no final do século XX e começo do século XXI as crianças e os adolescentes passaram de personagens sociais de pequena importância para um grupo de pessoas que detêm direitos, como o direito a educação, e estes devem ser garantidos por via de regulamentação específica e políticas públicas.

A competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação é privativa da União (CF, artigo 22, XXIV), sendo competência concorrente da União, estados e DF legislar sobre educação (CF, artigo 24). Cabe ainda aos municípios suplementar a legislação da União e dos Estados, no que couber (CF, artigo, 30, II). dentre as competências materiais, o artigo 23 atribui à todos os entes a competência comum para proporcionar a educação.

Nesse sentido, a LDB estabelece em seu artigo 1º a abrangência do direito a educação que envolve desde processos formativos na vida familiar até a integração do indivíduo na sociedade.

A educação envolve processos formativos em diversos níveis. Dispõe o artigo 1º da LDB que esses se "desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais".

E, juntamente ao seu artigo 2º estabelece que a educação é um dever da família e do Estado que detém por finalidade o pleno desenvolvimento e o exercício da cidadania. Isto é, a educação envolve âmbitos diversos da vida dos educandos, de forma a prepará-los para a convivência social oferecendo, ainda, habilidades para além de conteúdo programático escolar ao passo que busca assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente e sua inserção social eficaz.

As normas internacionais aplicáveis envolvem a Declaração Universal de Direitos humanos (DUDH), que, por mais que delimite a prioridade na escolha do gênero do ensino para os pais ou responsáveis, como em seu artigo 26, III, apresenta, ainda, a proteção do maior interesse da criança e do adolescente, o que, na legislação interna possui prioridade, visto que, ao não matricularem seus filhos na rede regular de ensino, os pais praticam o crime de abandono intelectual do artigo 246 do CP. O ECA dispõe expressamente sobre o direito à educação nos artigos 53 a 59.

Dentre as garantias previstas no artigo 208, como se afirmou, estão a "educação básica obrigatória e gratuita". Ao fixar essas garantias, a Constituição traça o panorama do dever estatal, mas não institui expressamente a obrigatoriedade do ensino escolar ou a possibilidade do ensino domiciliar. Esse também foi o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 888.815/RS.

A educação básica envolve o ensino infantil, fundamental e médio. As etapas da educação básica possuem objetivos que transitam no âmbito da sociabilidade. Por sua vez, o §1º do artigo 1º da LDB prescreve que a educação escolar se desenvolve predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

Da leitura dos dispositivos tanto poderia se entender que o ensino deve se dar em instituições próprias e que a educação escolar se desenvolve predominantemente por via do ensino como etapa que sucede o início da formação e socialização promovidos pela família, acrescendo aspectos diversos à esse processo conduzido pela família.

A educação domiciliar

A Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), instituição sem fins econômicos, foi fundada em 2010 no Brasil. Ela tem atuado na promoção e acompanhamento da proposta de ensino domiciliar. Associações da mesma natureza têm sido criadas para atuação nos estados-membros.

A perspectiva da ANED é a de que, ao possibilitar o ensino domiciliar, os pais ou responsáveis detêm autonomia e a responsabilidade para transferir conhecimentos aos seus filhos de acordo com os próprios e

possibilita o afastamento de situações escolares agressivas ou limitadoras, bem como da suposta ineficácia de educar que as escolas públicas e privadas podem possuir. Trabalham na dimensão da liberdade da família e dos direitos individuais[27].

A outra perspectiva argumenta que a escola presenta as experiências, contatos e trocas realizadas em ambiente escolar, seja através da grade curricular, seja através da comunicação com a diversidade presente em cada discente, docente ou qualquer componente das unidades escolares, promovendo o que, para Delors[28] traduz-se nos quatro pilares da educação: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser.

O projeto de lei 3.179/2012, de autoria do deputado Lincoln Portela (PR/MG), pretende regulamentar a prática do ensino domiciliar no Brasil. O projeto original propunha a inclusão do §3º no artigo 23 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, lei 9.304/1996:

> §3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

A proposta contempla:

- a educação básica familiar como faculdade dos sistemas de ensino;
- caso permitido pelos sistemas a fixação da responsabilidade de pais ou tutores;
- a exigência de articulação, supervisão e avaliação periódica pelos órgãos de controle;
- oferta nas condições estabelecidas em condições gerais pela União e normas locais.

O projeto foi apresentado, segundo sua própria justificativa, para incluir uma alternativa à educação escolar, por decisão da família, em oferecer a educação básica no ambiente domiciliar. O projeto fora proposto após a rejeição de outras propostas de igual natureza. O autor do projeto, ao expor os motivos da proposta, justificara que a oferta domiciliar deve ser permitida pela legislação inspirando-se na liberdade. Ainda destaca que desde que se tenha a garantia de "sua qualidade e o devido acompanhamento pelo Poder Público certificador"[29].

Tendo tramitado de 2012 a 2014, foi arquivado e retornou à tramitação em 2015, tendo sido rejeitado, apensado a duas outras propostas PL 3261/2015 e 10185/2021, com substitutivo e recentemente reunido ao PL 2.401/2019 (do executivo), com outros apensamentos. Com conturbada tramitação, foi instituída comissão especial para apreciação. Ao final, submetido às comissões permanentes e encaminhado para votação em Plenário. Com a apreciação do parecer da relatora, Luisa Canziani (PSD/PR), o projeto foi aprovado em 19/05/2022 e enviado ao Senado.

Ao longo da tramitação, tendo em vista os substitutivos e sua apreciação, o projeto, além da alteração proposta no artigo 23 da LDB, também incluiu mudanças na mesma lei e no ECA. Basicamente o projeto passou estabelecer que a execução da educação básica passa a ser em instituição de ensino ou domiciliar.

Os demais dispositivos tratam da inclusão da educação domiciliar como alternativa e apontam diretrizes para sua execução. Estabelecem que deve ser desenvolvida predominantemente instituições próprias (§1º do artigo 1º da LDB).

O artigo 5º da LDB trata do direito de acesso à educação. O projeto aprovado inclui dispositivo no artigo 5º da LDB que passa para estabelecer que cabe ao poder público "adequado desenvolvimento da aprendizagem do

[27] BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Homeschooling no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização? *Educação & Sociedade,* Campinas, v. 37, n. 134, p.153-168, jan./mar. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/ES0101-73302016157215. Acesso em: 18 out. 2022. p. 157.

[28] DELORS, Jacques *et al*. *Educação*: *um tesouro a descobrir:* relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre a educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 2006.

[29] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3179/2012.* Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328. Acesso em: 18 jul. 2022. p. 2.

estudante" no caso da educação domiciliar. O projeto cria a figura da instituição de ensino credenciada. O §4º do artigo 23 do mencionado projeto define o dever do Conselho Nacional de Educação de editar as diretrizes nacionais que sirvam de referência para os sistemas de ensino que deverão adotar providências para viabilizar a sua oferta.

O texto do §3º do projeto aprovado foi modificado e ampliou a esfera decisória da família, dispensando a adoção da prática pelos sistemas de ensino. A faculdade antes concedida aos sistemas de ensino (locais e regionais) modificou-se para ser de "livre escolha" das famílias.

O projeto define diretrizes e deveres para:

- instituição de ensino credenciada;
- órgão competente do sistema de ensino;
- famílias.

O projeto passou também condicionar a prática a famílias ou responsáveis que não tenham condenação criminal em alguns tipos penais e exige que um dos envolvidos no processo (pais, responsáveis ou preceptores) tenha nível superior ou técnico.

À família ou responsável, o projeto atribui o dever de matrícula em instituição credenciada e exige que esses apresentem documentação da escolaridade da criança/adolescente, certidões criminais negativas e vinculação às instituições de ensino cadastradas. A proposta aprovada ainda define as situações em que a família/responsável perde o exercício do direito à opção pela educação domiciliar.

A instituição de ensino credenciada caberá matricular o aluno, indicar docente tutor com dever de acompanhamento do estudante e família, manter cadastro atualizado, realizar avaliações anuais de aprendizagem e participação do estudante e realizar encontros semestrais com as famílias optantes do sistema. No caso do estudante com deficiência a avaliação passa a ser semestral por equipe multiprofissional e interdisciplinar da rede ou da instituição de ensino em que estiver matriculado.

Por fim o projeto afasta a incidência do tipo penal "abandono intelectual" previsto no artigo 246 do Código Penal, aos pais ou responsáveis que façam a opção pelo ensino domiciliar.

Foi realizada audiência pública do projeto na Câmara dos Deputados (sugestão n. 60, de 2013), com catorze manifestações (ANED, Defensoria Pública da União, advogados, sociólogo, pedagoga, jornalista).

O representante da ANED afirmou durante sua manifestação que seria preciso " 'desescolarizar' a nossa mente. Está no inconsciente coletivo a questão de que a escola faz parte da nossa sociedade [...]"[30], afirmando que a educação não se limitaria a ela. Em seguida tece críticas quanto ao modelo educacional brasileiro e sua execução e faz a defesa do ensino domiciliar. Outros debatedores indicaram resultados positivos nos países em que a prática é admitida, tratando-se de um movimento global em ascensão[31].

Apontaram o problema da defesa do ensino domiciliar em oposição à escola e não em complementação à ela[32]. Ao longo da audiência foram delineados problemas enfrentados pelas duas perspectivas. No caso do ensino domiciliar destacaram a dificuldade de fiscalização, alteridade, interação social, limites na atuação parental, seja no processo, seja nas relações de convivência das crianças e adolescentes. Já na educação escolar, a dificuldade da gestão democrática, estrutura, formação docente, suporte estatal para as famílias, violência.

Recebido no Senado, o projeto passou a tramitação com requerimento para realização de Audiência Pública, tendo sido realizadas três audiências desde então.

[30] BRASIL, op. cit., 2014, p. 22.
[31] Id., p. 35 e 41.
[32] Id., p. 31.

O projeto recebeu manifestação de diversos municípios do Brasil por via de moções, requerimentos, ofícios (Projeto 1338/2022), inclusão de *amicus curiae* e atualmente encontra-se com a relatora do projeto. Se aprovado no Senado, segue para sanção ou veto presidencial.

Recurso extraordinário 88815 e a repercussão geral

O Recurso extraordinário 88815 foi *leading case* do ensino domiciliar no STF. O caso se deu no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, tendo sido submetido ao STF por via de Recurso Extraordinário. Originariamente tratava de Mandado de Segurança impetrado em face de decisão da Secretária Municipal de Educação do município de Canela, estado do Rio Grande de Sul, que "recomendou imediata matrícula na rede regular de ensino".

Os pais de uma criança pretendiam educar a filha em regime domiciliar e apresentaram a solicitação na mencionada secretaria. O Tribunal entendeu pela impossibilidade da oferta domiciliar.

Argumentaram que o sentido de educar não se restringe à instrução formal e que fundamentaram nos "princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição". O relatório sintetiza os argumentos da autora:

> Sustenta, em síntese, que restringir o significado da palavra "educar" simplesmente à instrução formal em instituição convencional de ensino seria não apenas ignorar as variadas formas de ensino – acrescidas de mais recursos com a tecnologia – mas também afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF/88) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88), especialmente caso se considere a autonomia familiar assegurada pela Constituição. Assevera, ainda, que a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino é determinada, exclusivamente, pela legislação infraconstitucional, enquanto a Constituição não impõe tal obrigação, pois delega aos pais o dever de prover a educação dos seus filhos. Destaca que não há nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que proíba a prática do ensino domiciliar.[33]

Barroso, relator do caso, considerou se tratar da relação entre Estado e família e manifestou-se pela possibilidade constitucional do ensino domiciliar ao fixar o entendimento de que o sistema jurídico não veda a prática do *homeschooling*. Barroso entendeu que

> Aparentemente, a CF veda três das quatro espécies mais conhecidas do ensino domiciliar: a desescolarização radical, a moderada e o ensino domiciliar puro. Isso porque elas afastam completamente o Estado do seu dever de participar da educação, o que não ocorre com a quarta espécie, denominada homeschooling ou ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial. Essa modalidade pode ser estabelecida pelo Congresso Nacional.[34]

Ao definir pela constitucionalidade de uma das práticas, entendeu que a omissão legislativa não impediria o seu exercício, apenas devendo, até a edição de lei específica, que fosse respeitada a solidariedade do Estado e da família, ficando condicionada às normas, supervisão, avaliação e fiscalização estatal. Ao proferir seu voto propôs o seguinte ementário:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018a, p. 7-8.
[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 915*. 2018b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo915.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

> dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade "utilitarista" ou "por conveniência circunstancial", desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário do Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla 5 (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): "Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.[35]

O Ministério Público Federal (PGR) se posicionou em sentido contrário, pelo não provimento do recurso. Firmou o entendimento de que a Constituição proíbe os pais de retirarem os filhos das escolas e que a prática não encontra amparo na Constituição. Argumentou que:

> [...]. Pais e responsáveis legais não têm autorização para, mediante invocação do poder familiar, negar aos filhos educação nos parâmetros legais, ainda que na forma da escusa constitucional de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CF/1988). Inexiste estipulação legal de prestação alternativa que lhes permita escusar-se da obrigação legal a todos imposta de matricular seus filhos e mantê-los na escola (art. 5º, VIII, da CF/1988). 4 – É inconcebível tutelar juridicamente práticas deliberadas de desescolarização no país, sem que haja previsão legal que as autorize e compatibilize com o imperativo constitucional de formação integral e socialização do educando [...].

Do mesmo modo se manifestou a Advocacia Geral da União. A maioria do STF entendeu pela necessidade de legislação sobre o assunto, ficando o acórdão a cargo do ministro Moraes. Foram vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. O ministro Fux seguiu o entendimento do Ministério Público Federal e argumentou, ao final do seu voto, o seguinte:

> inconstitucionalidade do ensino domiciliar, na linha das manifestações da PGR, AGU e entes federativos admitidos como *amici curiae*, nos seguintes argumentos: (i) a literalidade da Constituição e a capacidade institucional expressa no arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento (dimensão individual da educação questão); e (iii) o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão (dimensão social e política da educação).[36]

O ministro Lewandowski entendeu também pela inconstitucionalidade da prática. Ao proferir seu voto se fundamentou no princípio republicano como critério de otimização de um núcleo essencial da Constituição. Entendeu, ainda que a prática viola o artigo 205 do texto constitucional.

A ministra Carmen Lúcia antecipou seu voto. Dentre seus argumentos considerou o pensamento de Mussen que escrevera sobre a criança e o adolescente na escola:

> nesse período, ela constrói novos relacionamentos e é influenciada por novos estímulos: educadores, companheiros da mesma idade, livros, brinquedos, brincadeiras e mídia. Suas habilidades cognitivas aumentam e tornam-se mais complexas e diferenciadas. Todavia, apesar dos novos relacionamentos

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018a, p. 2-3. O informativo 914 traz transcrição do entendimento do relator. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo914.htm#Educa%C3%A7%C3%A3o%20domiciliar. Acesso em: 5 abr. 2023.
[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018a, p. 107.

> propiciados por outros contextos sociais, as relações familiares permanecem centrais para a criança, sendo preponderantes para a construção de sua identidade e capacidade para se relacionar com o outro e o meio.[37]

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por meio de nota pública divulgada em 2018, manifestou-se contrário aos projetos em tramitação, posicionando-se pelo seu arquivamento[38]. O Conanda destacou os dispositivos legais aplicáveis e reforçou o papel da escola como ambiente de socialização, para além de uma escola transmissora de conteúdos. Destacou os desafios da educação quanto a evasão e não escolarização entendendo que a prática tende a "a colocar em maior vulnerabilidade crianças e adolescentes que já não têm acesso ao ensino regular". Nesse campo da vulnerabilidade, tanto entende sobre sua manifestação na educação propriamente dita, quanto aos dados nacionais que apontam os altos índices de violações de direitos no ambiente familiar, especialmente associados à violência. Ao tratar do tema o PNCFC aponta que:

> A violência doméstica ou intrafamiliar é um fenômeno complexo e multideterminado em que podem interagir e potencializar-se mutuamente características pessoais do agressor, conflitos relacionais e, por vezes, transgeracionais, fatores relacionados ao contexto sócio-econômico da família e elementos da cultura. Isso explica o fato da violência doméstica não ser exclusiva de uma classe desfavorecida, perpassando indistintamente todos os estratos sociais.[39]

Em dezembro de 2022, a Associação Dados para um Debate Democrático na Educação enviou Nota Técnica ao Senado intitulada "O homeschooling é uma proposta adequada para a educação brasileira?". Solicitou que a nota seja anexada ao projeto. A associação manifesta-se contrariamente ao projeto, entende que as desigualdades podem ser potencializadas e aponta o entendimento de que o ensino obrigatório em instituição de ensino não trata da limitação da liberdade das famílias, mas sim da oferta de um núcleo comum de educação[40].

A nota tem início com o entendimento de que o *homeschooling* não seria uma "uma pauta prioritária para a população no geral, por não ser uma política educacional para todos e por não contribuir para o enfrentamento ou a redução das desigualdades educacionais existentes no país"[41]. Fundamenta a nota e aponta que a prática pode trazer prejuízos a educação pública, desvalorizar a profissão docente e destinar recursos para o sistema voltado a uma minoria da população.

Moraes, redator do Acórdão argumentou que:

> O ensino domiciliar carece de regulamentação prévia que firme mecanismos de avaliação e fiscalização, e respeite os mandamentos constitucionais, especialmente o art. 208, §3º (10). Nesse sentido, é necessário que a lei prescreva o que será a frequência. Diversamente do ensino público regular, essa frequência possui, também, o fim de evitar a evasão, garantir a socialização do indivíduo, além da convivência com a pluralidade de ideias.[42]

Assim considerando, o STF firmou maioria para decidir pela constitucionalidade da prática, fixou o tema de repercussão geral 822 e definiu pela necessidade de regulamentação prévia para tratar de frequência, modos de avaliação e fiscalização.

Considerações finais

O projeto enviado ao Senado Federal e que se encontra em tramitação estabelece a oferta de educação escolar básica em instituições próprias e permite a educação domiciliar. Como se viu, estabelece requisitos e fixa

[37] Id., p. 28.
[38] CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Nota pública do CONANDA sobre ensino domiciliar.* Brasília, DF: Conanda, 2018.
[39] CONANDA, op. cit., 2006, p. 37.
[40] BRASIL. Senado Federal. *PL 1338/2022*. Nota técnica. Brasília, DF, 2022b. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9251976&ts=1681396373659&disposition=inline&_gl=1*ikfo18*_ga*MTI5MTMxNjAwNy4xNjgyMzgzMzMx*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4Mjg3NzEwNy40LjAuMTY4Mjg3NzExNS4wLjAuMA. Acesso em: 5 abr. 2023. p. 3.
[41] Id., p. 2.
[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2018b, p. 1.

deveres aos agentes envolvidos: instituição de ensino credenciada, órgão competente do sistema de ensino e famílias.

Segundo o projeto, caberá ao Conselho Nacional de Educação elaborar as diretrizes nacionais e os sistemas de ensino providenciarão a viabilidade do exercício do direito da opção pelo ensino domiciliar, bem como sua prática, devendo a instituição de ensino credenciada e órgão competente do sistema de ensino viabilizar, acompanhar e monitorar a execução.

Os sistemas de ensino são aqueles organizados e estabelecidas por cada ente federativo (União, Estados-membros, municípios e Distrito Federal).

O projeto recebeu alterações para incluir critérios de acompanhamento e fiscalização da atuação de pais, responsáveis e genitores.

Em Santa Catarina foi aprovada a Lei Complementar n. 775/ 2021[43] que altera o sistema de ensino estadual para permitir o ensino domiciliar. O Tribunal de Justiça do Estado declarou a inconstitucionalidade da lei na ADI 5061030-73.2021.8.24.0000[44] proposta pelo Ministério Público Estadual. O entendimento foi de violação da Constituição Federal e Estadual quanto a iniciativa e competência federativa, tendo ingressado em competências da União e dos Municípios, além de violar dispositivos do ECA e LDB.

Ao analisar os dispositivos presentes na Constituição Federal, no ECA e na LDB, os ministros Fux e Lewandowski concluíram que o ensino domiciliar ou *homeschooling* não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. O entendimento majoritário do STF foi pela constitucionalidade, com necessidade de regulamentação da matéria.

Desde a Carta Magna até as leis infraconstitucionais não se observa expressamente a possibilidade da aplicação do ensino domiciliar no Brasil. O artigo 205 da CF apresenta-se transparente ao postular que a educação é um dever do Estado e da família, confirmando-se, através do artigo 208 do mesmo diploma, a forma que aquele deve concretizar tal obrigação: oferecendo a educação básica, obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (inciso I).

O princípio da proteção integral, no mesmo sentido, presente no ECA reafirma o dever conjunto do Estado, da família e da sociedade em garantir a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes e, ainda, a necessidade de se observar os fins sociais da referida lei que, como já mencionado, é a proteção integral da população infanto-juvenil, como Ishida observou[45].

A LDB em seus primeiros artigos reitera, novamente, o dever do Estado e da família em prover a educação.

Dessa forma, é necessário observar o arcabouço jurídico brasileiro, visando o desenvolvimento plural de ideias, a socialização, promovendo "mediadores das relações que as crianças e os adolescentes estabelecem, contribuindo para a construção de relações afetivas e de suas identidades individual e coletiva"[46].

Caso aprovado e implementado, a competência da União para estabelecer as diretrizes e bases da educação permanece como norma constitucional, sendo que o ensino domiciliar deve ser conduzido em observância à LDB.

[43] SANTA CATARINA. *Lei Complementar n. 775, de 03 de novembro de 2021.* Altera a Lei Complementar nº 170, de 1998, que "Dispõe sobre o Sistema Estadual de Educação", a fim de incluir a previsão da educação domiciliar. 2021. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2021/775_2021_lei_complementar.html. Acesso em: 5 abr. 2023.

[44] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *ADI 5061030-73.2021.8.24.0000.* 2021. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=50610307320218240000&num_chave=&num_chave_documento=&hash=154ea93cb0c69914af974a3e771c7d5a. Acesso em: 5 abr. 2023.

[45] Op. cit.

[46] CONANDA, op. cit., 2006, p. 33.

Referências

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Estado e educação em Martinho Lutero: a origem do direito à educação. *Cadernos de pesquisa*, v. 41, n. 144, p. 866-885, set./dez, 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0100-15742011000300012. Acesso em: 18 jul. 2022.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Homeschooling no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização? *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 37, n. 134, p.153-168, jan./mar. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/ES0101-73302016157215. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3179/2012.* Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 mar. 2021

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Educação domiciliar [recurso eletrônico]*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014. 81p. (Série comissões em ação n. 31).

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *PL 1338/2022*. Altera as Leis nºs 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF, 2022a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153194. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *PL 1338/2022*. Nota técnica. Brasília, DF, 2022b. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9251976&ts=1681396373659&disposition=inline&_gl=1*ikfo18*_ga*MTI5MTMxNjAwNy4xNjgyMzgzMzMx*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4Mjg3NzEwNy40LjAuMTY4Mjg3NzExNS4wLjAuMA. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 888.815 RS.* 2018a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 915*. 2018b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo915.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 822.* 2015. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=822. Acesso em: 5 abr. 2023.

CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. *Revista Direito e Práxis* [online], v. 10, n. 2, p. 1214-1238, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40670. Acesso em: 12 abr. 2022.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Conanda; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Nota pública do CONANDA sobre ensino domiciliar*. Brasília, DF: Conanda, 2018.

DELORS, Jacques *et al*. *Educação*: *um tesouro a descobrir:* relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre a educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 2006.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente:* doutrina e jurisprudência. 19.ed. Salvador: Juspodvm, 2021. (Conforme Novo CPC).

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RIZZINI, Irene. *O século perdido:* raízes históricas das políticas públicas para a infância do Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTA CATARINA. *Lei Complementar n. 775, de 03 de novembro de 2021.* Altera a Lei Complementar nº 170, de 1998, que "Dispõe sobre o Sistema Estadual de Educação", a fim de incluir a previsão da educação domiciliar. 2021. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2021/775_2021_lei_complementar.html. 5 abr. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *ADI 5061030-73.2021.8.24.0000.* 2021. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=50610307320218240000&num_chave=&num_chave_documento=&hash=154ea93cb0c69914af974a3e771c7d5a. Acesso em: 5 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 1 ago. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992.* Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 678 de 6 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, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Brasília, DF, 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Convivência familiar e comunitária*. 2012. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/b47400a7-1b6d-4d84-bd74-45edf316232a, 2012. Acesso em: 5 abr. 2023.

A responsabilidade civil por *cyberbullying* praticado por crianças e adolescentes

Márcia Maria Menin
Mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada

Amabilly Rayane Cordeiro Sampaio
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

João Victor Montes Mota
Egresso do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduado em direito tributário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogado.

Matheus Mendes Marques
Egresso do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduando em direito imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogado

Yuri Martins
Egresso do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogado.

.

RESUMO: Embora os avanços tecnológicos sejam diários e os meios digitais tenham se tornado parte indissociável da vida humana nos dias atuais, ainda existem muitas lacunas a serem preenchidas quando se fala sobre os reflexos da adoção desses meios digitais para o mundo jurídico. Uma dessas situações versa sobre o tema da presente pesquisa, qual seja, a prática de *cyberbullying* envolvendo crianças e adolescentes e suas possíveis consequências no âmbito da responsabilidade civil. Destarte, o presente trabalhou cuidou de se aprofundar na responsabilidade civil que envolve a prática do *cyberbullying* por crianças e adolescentes, analisando não só a responsabilidade dos pais do causador do dano, mas também das escolas e dos provedores de aplicação de internet, tudo atrelado às questões de falta de supervisão no meio virtual, hoje intituladas de abandono digital. Para tanto, o estudo se debruçou nos principais debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, nas legislações pertinentes à matéria e, principalmente, em um estudo aprofundado da responsabilidade civil no direito brasileiro.
Palavras chave: Criança. Adolescente. Abandono digital. Cyberbullying. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: Although technological advances are daily and digital media have become an inseparable part of human life nowadays, there are still many gaps to be filled when talking about the consequences of the adoption of these digital media for the legal world. One of these situations concerns the subject of this research, namely, the practice of cyberbullying involving children and adolescents and its possible consequences in the context of civil liability. Thus, the present work has attempted to delve into the civil liability involving the practice of cyberbullying by children and adolescents, analyzing not only the liability of the parents of the person causing the damage, but also that of schools and Internet service providers, all tied to issues of lack of supervision in the virtual environment, now called digital abandonment. In order to do so, the study focused on the main doctrinaire and jurisprudential debates on the subject, on the pertinent legislation and, mainly, on an in-depth study of civil responsibility in Brazilian law.
Key words: Child. Adolescent. Digital neglect. Cyberbullying. Civil liability.

Introdução

O mundo em que atualmente nos encontramos está passando por uma constante – e irrefreável – transição, onde o analógico vai cedendo espaço para o digital. Cada vez mais as novas tecnologias vão assumindo papeis fundamentais em nossas vidas, de modo que todo o contexto em que vivemos hoje volta-se para a internet como condição *sine qua non* para manutenção de nossa rotina diária. E embora a grande maioria dos avanços tecnológicos tenham o condão de melhorar ou de facilitar a vida das pessoas, não há como negar que todas essas inovações dão margens à novas situações que, se não repensadas, são e serão extremamente prejudiciais à população. Como exemplo, podem ser citados os ataques *hackers*, golpes virtuais, vazamentos de conteúdos sigilosos ou pessoais, enfim, uma nova gama de crimes e ilícitos outrora inimaginados passaram a ser possíveis em função da evolução dos meios digitais.

O principal agravante em toda essa situação é que não são apenas os adultos que utilizam a internet hoje em dia. Crianças de praticamente todas as idades já acessam redes sociais, fóruns de jogos, aplicativos, enfim, são expostos a um número quase infinito de possibilidades e praticamente sem nenhum impeditivo quando estão com

um aparelho conectado à internet. E somando as já mencionadas situações gravosas proporcionadas pelos meios digitais com a ingenuidade característica da menoridade, um leque muito maior de riscos é criado.

Diante do exposto, a presente pesquisa analisará o instituto da responsabilidade civil, no que se refere aos danos causados por crianças ou adolescentes quando da prática de *cyberbullying*, que em suas formas mais comuns de propagação, se vale de montagens de vídeos e fotos, dados adulterados, insultos e apelidos, verdades e inverdades a respeito de alguém, utilizando o impulso em escala global possibilitado pela internet para constranger a vítima ao máximo, afetando seu psicológico e ferindo sua imagem perante a sociedade. Trazendo essa prática para a seara da criança e do adolescente, as principais consequências para o menor afetado são a baixa autoestima, dificuldades para se relacionar, queda no rendimento escolar, depressão e até mesmo, em casos graves, o suicídio.

Diante dessas – e diversas outras – consequências, não restam dúvidas de que o avanço das tecnologias deve ser acompanhado de um acervo normativo adaptado às novas possibilidades.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a responsabilidade civil em razão de atos identificados como *cyberbullying* envolvendo crianças e adolescentes. Para tanto será levada em consideração a responsabilidade civil dos pais e das escolas além de abordar a questão da responsabilização dos provedores de aplicação.

A sociedade da informação e a prática do *cyberbullying*

Nos últimos tempos, as relações humanas têm sofrido profundas transformações decorrentes dos avanços das novas tecnologias. A sociedade da informação, conduzida pela internet e demais inovações da pós-modernidade, vem promovendo importante evolução em diversas áreas da sociedade, e, de modo particular, nas comunicações.

O universo digital é uma realidade que abarca a todos. Todavia, as relações interpessoais estão cada vez mais distantes, líquidas – como destacado pelo filósofo polaco Bauman[1] – e acabam por fomentar o sentimento de individualismo e autossuficiência, fatores que têm dado o tom nas relações humanas.

Não é diferente com as crianças e adolescentes desta geração que já nasceram mergulhados nessa realidade virtualizada e menos afetiva. Tudo indica que o cenário atual tornou-se fértil e propício para que casos de *Cyberbullying* aconteçam e se intensifiquem.

O conceito legal de *cyberbullying* está estampado na Lei 13.185/2015, que assim o descreve no parágrafo único de seu art. 2º: "Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (C*yberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial". Ressalta-se que trata-se de definição decorrente do próprio *bullying*, mas que ganha novos contornos e elementos já que ocorre na internet.

De acordo com alguns estudiosos, intenção e repetição são fatores elementares para estar configurada a prática de *cyberbullying*[2], além do fato de que tais condutas devem ocorrer por meios eletrônicos. Em verdade, os atos ofensivos podem se manifestar na internet de várias maneiras, mas em geral o conteúdo danoso fere a personalidade das vítimas através da ridicularização e constrangimento virtuais. Em última análise, o *Cyberbullying* nada mais é do que a migração dos já conhecidos atos de *bullying* para o *cyberespaço*.

Numa visão jurídica, essas condutas danosas ferem os direitos da personalidade das vítimas, violando os direitos fundamentais como a honra, a imagem, e, de modo especial, é importante observar que os agentes envolvidos são apenas crianças e jovens, porquanto incapazes do ponto de vista jurídico.

[1] BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
[2] HINDUJA; PATCHIN, 2015 *apud* FUJITA, Jorge Shiguemitsu; RUFFA, Vanessa. *Cyberbullying:* família, escola e tecnologia como stakeholders. *Revista Estudos Avançados,* v. 33, n. 97, p. 401-411, 2019. p. 411.

Inevitavelmente, diante dessa nova realidade que se apresenta, na qual as informações lançadas na internet se espalham numa velocidade e alcance sem dimensões, os atos de *cyberbullying*, por serem praticados em meio digital, igualmente atingem proporções maiores, e por consequência os danos são ainda mais profundos e de difícil reparação. Os prejuízos decorrentes das práticas ofensivas e intimidadoras afetam a criança e o jovem em sua integralidade como indivíduo.

São inúmeras as consequências decorrentes da prática de *cyberbullying*, cujos efeitos podem desembocar em questão de saúde pública, vez que diversas fobias sociais e escolares, inclusive tentativas de suicídio surgem nesse universo ofensivo e ardiloso, muitas vezes alimentado pelo anonimato, ou sua falsa sensação, que acaba por estimular e endossar as práticas de *cyberbullying* entre crianças e adolescentes. Assim apontam Jorge Shiguemitsu Fujita e Vanessa Ruffa[3]

> Estudos psicológicos revelam que o alvo do cyberbullying geralmente sabe quem é o autor do comportamento predatório. Ainda, demonstram que essa hostilidade gera uma série de consequências: de um lado, a automutilação passiva, tais como, a incapacidade de reação, a baixa autoestima, o isolamento, o medo, o transtorno do pânico, a fobia escolar, a fobia social, a anorexia, a bulimia; e de outro, a agressividade mais dinâmica, sob a forma de vingança contra quem o praticou, vingança contra quem não tomou eventuais providências ou, até mesmo, vingança no local onde a pessoa foi vitimada. E, em última instância, traveste-se de fato gerador de suicídio e automutilação física. Trata-se, inclusive, de relevante problema de saúde pública.

Crianças e adolescentes estão embarcando numa situação preocupante que exige atenção e adoção de medidas que visem interromper o ciclo de ódio e violência disseminada na sociedade em rede. De acordo com a pesquisa TIC Kids *Online* Brasil, realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, do Comitê Gestor da Internet no Brasil, 24 milhões de crianças e adolescente são usuários de Internet, sendo que 79% desses usuários possuem perfil nas redes sociais. O Resumo Executivo publicado em conjunto com a referida pesquisa aponta o seguinte[4]:

> As evidências demonstram diferenças nas proporções de meninas (31%) e meninos (24%) que reportaram terem sido tratados(as) de forma ofensiva e que declararam ter testemunhado situações de discriminação na rede (48% entre meninas e 39% entre meninos). Quando questionados sobre os motivos pelos quais viram alguém ser discriminado, 33% das meninas se referiram à cor ou raça e 26% à aparência física. As proporções entre os meninos foram de 20% e 15%, respectivamente.

Os números reforçam a imagem alarmante que se desenha. Conforme se verifica, atributos físicos e étnicos são utilizados como razão para as condutas ofensivas, refletindo, portanto, no mundo digital, muitos atos discriminatórios e intolerantes que cotidianamente marcam a "vida real".

O Programa Nacional de Combate à Intimidação Sistemática[5] oferece inúmeros caminhos para superar o *cyberbullying* enquanto fato social. Assim, cabe aos responsáveis e interessados assumirem o compromisso de vencer, com prevenção e repressão, essa cultura de atos ofensivos.

Responsabilidade civil

Informações introdutórias

Quando o assunto a ser explanado versa sobre responsabilidade civil, é preciso esclarecer de plano se tratar de instituto amplo que abarca diferentes modalidades de responsabilização.

[3] Op. cit., p. 403.
[4] CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. CETIC BR. *TIC Kids Online Brasil 2019*: principais resultados. 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2021.
[5] O Programa de Combate à Intimidação Sistemática foi instituído pelo governo federal no mês de novembro de 2015, em razão da promulgação da Lei Federal nº 13.185, que estabelece algumas medidas para tentar acabar com a prática do *bullying* nas escolas.

Ademais, para além das modalidades vigentes hodiernamente no sistema jurídico brasileiro, é pertinente, também, que o estudo envolva, ao menos de forma sucinta, a evolução do tratamento jurídico conferido ao instituto da responsabilidade.

Assim, antes de adentrarmos especificamente na responsabilidade civil aplicada aos casos de *cyberbullying* é fundamental que façamos uma breve introdução da temática. Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar o tema, até mesmo para que não se desvirtuem os objetivos da presente pesquisa, passemos a tratar da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, é interessante ressaltar que, ao longo do tempo, houve certa modificação do enfoque da responsabilidade civil. Em suma, nas sociedades primitivas, o instituto da responsabilidade civil, que mal se distinguia da responsabilização penal, revelava-se como uma espécie de legitimação da vingança, o que ocorria claramente na famosa regra de Talião (1750 a.C.), pela qual era possível observar uma busca pela equivalência entre condutas, isto é, o foco era punir o mal com o mal – olho por olho, dente por dente[6].

Prosseguindo-se o recorte histórico acerca da responsabilidade civil, é pertinente apontar, apenas para que que se tenha uma noção de tempo, foi somente em 326 a.C., com a criação da *Lex Poetela Papilia*, que se observou o início da separação entre a responsabilidade civil e criminal. Em linhas gerais, com o citado diploma, a responsabilização civil passou a se limitar à responsabilidade patrimonial[7], afastando-se castigos corporais pautados na vingança e na equivalência de condutas.

Nesse contexto, de forma gradativa e lenta, a ideia de responsabilização civil começou a se transmutar da imagem do ofensor, isto é, do enfoque de punição, para a imagem do ofendido, ou seja, o foco passou a ser a reparação do dano sofrido. Assim, a figura do agente ofensor e sua respectiva identificação perdem valor e dão lugar à verificação do dano, do nexo causal e da culpa, de modo que essa última, em muitos casos, passa a ser irrelevante, como ocorre nas hipóteses em que a lei prevê a responsabilidade civil objetiva em razão de um fato danoso.

Hodiernamente, a cláusula geral de responsabilidade civil, prevista pelo artigo 927 do Código Civil vigente, impõe ao causador do dano o respectivo dever de reparação. Nessa toada, esse dispositivo legal ao nos remeter ao artigo 186 do mesmo diploma legislativo, evidencia a necessidade de comprovação de culpa quando houver a prática de um ato lesivo, e assim, acaba por nos apresentar os pressupostos clássicos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano; o nexo causal e a culpa.

Ocorre que, o próprio parágrafo único do citado dispositivo traz a ressalva de que haverá, também, o dever de reparar o dano independentemente da verificação de culpa. Nesse ponto, o legislador esclarece que há espaço, no ordenamento jurídico, para a responsabilidade civil objetiva, observados os casos especificados em lei, ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco aos direitos de outrem.

Urge dizer que tal modalidade de responsabilização decorre justamente da já citada modificação de foco da responsabilidade civil, ou seja, da valorização da reparação efetiva do dano em detrimento da punição do ofensor. É de grande valia, ainda, esclarecer que, antes mesmo do Código Civil, a própria Constituição Federal estratificou o caráter solidarista da responsabilidade civil, outro ponto que nos permite visualizar o deslocamento de foco do instituto, que deixou de lado a ideia de punição para dar lugar à reparação efetiva dos danos experimentados, ou seja, a efetiva proteção da vítima e a restauração do *status quo*[8].

[6] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline Miranda Valverde Terra. A evolução da responsabilidade civil por fato de terceiro na experiência brasileira. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 1077-1104, 2019. p. 1078.
[7] Loc. cit.
[8] TEPEDINO; TERRA, op. cit., p. 1080.

Ainda no que concerne à responsabilização objetiva, o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) também constitui outro exemplo, uma vez que criou um sistema de responsabilização que não depende da culpa, mas tão somente da atividade desenvolvida pelos chamados fornecedores do produto ou do serviço, uma vez que a lei pressupõe, de forma absoluta, a vulnerabilidade do consumidor.

Em suma, inúmeros são os exemplos em que verificamos a evolução do instituto da responsabilidade civil. Além disso, a própria responsabilidade civil indireta, isto é, por ato de outrem decorre da referida modificação e evolução do instituto.

Nesse ponto, sobreleva referir que chegamos ao cerne da questão com relação ao objeto do presente estudo, ou seja, a responsabilidade civil pela prática de *cyberbullying*. Conforme abordado anteriormente, atos de *Cyberbullying*, infelizmente, se expandem consideravelmente no Brasil e no mundo, revelando-se como verdadeiro problema contemporâneo a ser estudado e combatido de forma interdisciplinar.

No campo do direito, é fundamental a discussão acerca da responsabilidade civil pelos atos de *Cyberbullying*, os quais, em regra, são cometidos por crianças e adolescentes.

Nesse cenário, é imprescindível que passemos a estudar a responsabilidade civil por fato de terceiro, justamente porque nela está inserida a responsabilização dos pais ou representantes legais por atos cometidos pelos filhos menores ou pelos menores sob tutela.

Evidentemente que a responsabilização não é exclusividade de tais figuras paternas, de modo que a própria escola, enquanto ambiente de desenvolvimento pessoal e humano, também tem seu grau de importância. Há espaço, ainda, para a responsabilidade civil dos próprios provedores de internet, ponto que também será abordado no decorrer do presente artigo.

De todo modo, no presente tópico nos limitaremos à responsabilidade civil dos pais e dos representantes legais das crianças e adolescentes, fato que nos remete à responsabilidade civil por fato de terceiro. Nesse aspecto, é de rigor dizer que tal modalidade de responsabilidade surge justamente no contexto apresentado acima, ou seja, na valorização da reparação da vítima em detrimento da punição do ofensor.

Prosseguindo-se com o apanhado histórico, é pertinente trazer à baila que o Código Civil de 1916 já previa a possibilidade de responsabilidade civil por fato de terceiro. Também denominada responsabilidade indireta ou complexa, era aplicada quando o terceiro dispunha de alguma autoridade de fato ou de direito com relação ao causador do dano, ou seja, havia uma espécie de relação jurídica entre eles[9].

Naquela época, atribuía-se a responsabilidade a alguém por fato de terceiro não só pelo ato deste último, mas também considerando a culpa *in elegendo* – erro ou omissão no dever de escolha – ou, ainda, a culpa *in vigilando* – omissão no dever de vigilância, o que geraria presunção de culpa por parte dos responsáveis por aqueles que ocasionaram o dano.

A doutrina e a jurisprudência da época até buscaram conferir interpretação mais favorável à vítima, sustentando que caberia ao ofendido demonstrar o nexo causal entre o dano e o fato do terceiro. Entretanto, admitia-se prova em sentido contrário, em suma, bastava ao genitor ou tutor, por exemplo, comprovar que não faltou com o dever de vigilância que, mesmo havendo dano, não subsistiria o dever de indenizar.

O Código Civil de 2002, por seu turno, trouxe nova fórmula quanto à responsabilidade civil por fato de terceiro. Em síntese, os artigos 932 e 933 do citado diploma transferiram integralmente a matéria para o campo da responsabilidade objetiva, o que ocorre, portanto, com a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores que será evidenciada no tópico seguinte.

[9] Ibid., p. 1082.

A responsabilidade civil dos pais ou representantes legais

Conforme já explanado no tópico anterior, o Código Civil de 2002 atribuiu responsabilidade objetiva dos genitores pelos atos dos filhos menores, bem como dos tutores pelos atos dos pupilos. Significa dizer que, uma vez provado o cometimento de um ato danoso pela criança ou adolescente, ou seja, comprovado o dano e o nexo causal, prevalece o dever de indenizar dos pais ou dos tutores, conforme o caso.

De início, antes de adentrarmos aos detalhes acerca da responsabilidade dos pais e dos representantes legais, é importante ressalvar que o art. 934 do Código Civil prevê, para aquele que ressarcir o dano causado por outrem, o direito de reaver o que foi pago contra o real causador do dano, exceto se o causador do dano for seu descendente absoluta ou relativamente incapaz. Portanto, em regra, a responsabilidade objetiva possibilita o direito de regresso contra o verdadeiro agente ofensor, todavia, a ação regressiva não terá lugar em caso de indenização paga pelos pais em razão de danos ocasionados pelos filhos menores.

O Código Civil, em seu art. 932, I, prevê a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que se acharem sob sua autoridade ou companhia, de modo que tal responsabilização decorre da menoridade e a consequente inimputabilidade, bem como dos outros fatores descritos no dispositivo, isto é, de a criança ou adolescente achar-se sob a "autoridade" ou "companhia" do genitor.

Quanto à menoridade, à primeira vista, basta a verificação da idade do agente no momento de cometimento do ato danoso, mediante análise da própria certidão de nascimento. Entretanto, importante observação se mostra necessária na hipótese de emancipação do menor, dado que, nesse ponto, há entendimento segundo o qual a emancipação voluntária faz cessar a responsabilidade dos pais[10], prevalecendo-se, todavia, o dever de indenizar caso seja constatado o objetivo de isenção dos genitores, ou seja, dolo de fraudar a lei.

De outro lado, Silvano Andrade do Bomfim[11] assevera que há doutrina em sentido contrário, isto é, que defende a posição de que a mera emancipação voluntária não exime os genitores de responsabilidade, uma vez que um ato de vontade não poderia se sobrepor à obrigação criada por lei. Assim, seria o caso de considerar a existência de uma responsabilidade solidária entre os genitores e o filho emancipado, entendimento através do qual haveria isenção da responsabilidade dos pais apenas na hipótese de emancipação legal.

Ainda, requer uma análise mais cautelosa o requisito estabelecido pelo inciso I, do art. 932, segundo o qual somente haverá responsabilidade civil dos pais por ato danoso cometido pelos filhos, se quando da prática do ato eles estiverem em sua autoridade e companhia.

A interpretação mais adequada ao termo "sob a autoridade" diz respeito ao poder familiar, ou seja, o Código Civil responsabiliza ambos os genitores de forma solidária. Por outro lado, o termo "companhia" não significa, necessariamente, que haja um dever de coabitação, mas sim que o genitor ou tutor exerça influência sobre o menor, portanto, não é necessária a vigilância concreta ou o contato físico atual com a criança[12]. Sob esse ponto, o próprio avanço tecnológico justifica tal interpretação, haja vista que o genitor ou o tutor pode exercer influência e vigilância mesmo distantes fisicamente[13].

É evidente que as discussões sobre o tema não se limitam ao que fora tratado até então, isso porque o fim do matrimônio certamente pode gerar dúvidas quanto à responsabilidade dos genitores, motivo pelo qual tal tópico também deve ser estudado. Em linhas gerais, a tendência é que nada mude com o divórcio dos genitores, notadamente porque a regra no direito brasileiro é a guarda compartilhada, o que, sem dúvidas, impõe aos genitores o mesmo dever com relação à responsabilidade civil.

[10] Ibid., p. 1085.
[11] BOMFIM, Silvano Andrade do. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores. *Revista FMU Direito.* São Paulo, ano 25, n. 35, p. 115-129, 2011. p. 126.
[12] TEPEDINO; TERRA, op. cit., p. 1086.
[13] BOMFIM, op. cit., p. 118.

Contudo, há a possibilidade de que a guarda seja atribuída de forma exclusiva à apenas um dos genitores. Sobre este ponto, surgem divergências na doutrina. Nesse sentido, é de rigor frisar que há uma corrente que considera que a responsabilidade civil decorre do dever de guarda, enquanto que, de outro lado, há a corrente que prevê a origem da responsabilização no poder familiar, que é instituto mais amplo.

Historicamente, há prevalência do entendimento de que apenas o guardião responderá pelo dano, sendo possível afastar a responsabilidade deste e atribuí-la, com exclusividade, ao outro genitor quando o menor causar danos em dia de visita regulamentada[14]. Esse posicionamento se baseia em uma interpretação mais literal do artigo 932, I, do Código Civil, especialmente no que concerne aos termos "autoridade" e "companhia", ou seja, a responsabilidade civil dos pois estaria mais ligada à guarda, do que ao poder familiar em si.

Por outro lado, há o entendimento oposto, isto é, de que ambos os genitores seriam responsáveis pelos atos dos filhos menores, ainda que haja guarda unilateral fixada judicialmente. Essa corrente é encabeçada por Maria Berenice Dias[15] e tem por escopo a ideia de que a responsabilização decorre do próprio poder familiar e não apenas da guarda. Ademais, o entendimento antes citado enseja a ocorrência de uma onerosidade excessiva, uma vez que o genitor guardião se vê extremamente sobrecarregado, enquanto que, ao outro genitor, subsistiria apenas o dever de pagar alimentos.

Pertinente ainda salientar que, ao nosso sentir, o entendimento mais adequado à perspectiva solidarista do Direito de Família e da própria Constituição Federal de 1988 - segundo a qual ambos os genitores devem garantir, com absoluta prioridade, a educação dos filhos menores - é o de que a responsabilidade civil não se limita ao genitor guardião, uma vez que decorre do poder familiar e dos deveres constitucionais atribuídos a ambos os pais[16].

Vale elucidar que todas as disposições da legislação civilista no que se refere à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores também são aplicadas em caso de filiação socioafetiva, seja ela oriunda da adoção, da procriação medicamente assistida ou da família multiparental.

Em que pese a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores, é possível que o patrimônio da criança ou do adolescente seja atingido para fins de indenização. O legislador previu, no artigo 928 do Código Civil, a hipótese de responsabilidade subsidiária do incapaz, ocasião em que este terá o dever de indenizar os prejuízos a que der causa quando os seus pais ou responsáveis não dispuserem de meios suficientes para reparar o dano. Novamente, há visível preocupação com o novo enfoque do instituto da responsabilização civil, ou seja, a efetiva reparação dos danos, garantindo-se à vítima o retorno ao *status quo*.

Por fim, com relação à responsabilidade dos tutores disposta no art. 932, II do Código Civil, de rigor ressaltar que esta, a exemplo do que já foi abordado, segue as mesmas regras da responsabilização dos genitores. Crianças e adolescentes, quando da hipótese de falecimento de seus genitores ou, ainda, em caso de perda do poder familiar poderão ser submetidos à tutela, nos termos do art. 1.728, do Código Civil. Destarte, uma vez nomeado, o tutor passa a responder objetivamente pelos atos do incapaz, nos mesmos moldes que os genitores, exceto, conforme supradito, quando se tratar de direito de regresso, porquanto o tutor poderá reaver do tutelado o valor que houver despendido para pagamento de indenização em razão de ato ilícito cometido por seu pupilo.

Realizadas as explanações introdutórias, importa adentrarmos na temática proposta para o presente estudo, qual seja, a prática do *cyberbullying* e a consequente responsabilidade civil decorrente dos danos dele advindos.

[14] TEPEDINO; TERRA, op. cit., p. 1090.
[15] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311-312.
[16] BOMFIM, op. cit., p. 123.

Conforme já abordado anteriormente, a prática de *cyberbullying* passa a ocorrer no contexto de sociedade da informação, já que crianças e adolescentes passam a ter acesso amplo à internet e, muitas vezes, sem a devida fiscalização dos genitores ou tutores.

Nesse cenário, é possível verificar a perpetuação do fenômeno denominado *parentalidade distraída* que se caracteriza pela omissão do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos. A parentalidade distraída surge como uma espécie de releitura do abandono familiar, de modo que o uso demasiado das tecnologias, tanto pelas crianças, como pelos pais, propicia considerável distanciamento nas relações afetivas. Tal distanciamento, embora não seja físico, causa danos tanto quanto uma separação fática, fato que empobrece o vínculo parental resultando, por vezes, em distúrbios comportamentais e na própria diminuição de convívio entre os familiares[17].

A parentalidade distraída representa uma série de descumprimentos de deveres constitucionais e legais que os genitores possuem com relação aos filhos. É certo que a Constituição Federal conferiu liberdade aos pais e responsáveis para educarem seus filhos, contudo, isso não significa dizer que há a permissão de omissão[18], muito pelo contrário, uma vez constatada conduta omissiva, o Estado passa a intervir por meio da punição. A título de exemplo, podemos citar a tipificação penal com relação ao abandono material e intelectual, prevista nos artigos 244 e 246 do Código Penal.

Quanto aos deveres que são negligenciados pelos genitores quando se fala em parentalidade distraída, podemos indicar algumas disposições. Em termos constitucionais, a Carta Magna prevê, em seu artigo 229, o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), traz, além de deveres materiais, obrigações morais relacionadas ao afeto e ao desenvolvimento psíquico da criança, abarcando a denominada Proteção Integral que o legislador conferiu à criança e ao adolescente, por caracterizarem-se como seres humanos em formação e que demandam especial proteção para seu pleno desenvolvimento.

Ainda nessa linha de raciocínio, não se pode negar que, hodiernamente, o afeto figura como principal vínculo existente nas relações familiares, de modo que, para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, é essencial que haja vínculo da afetividade entre os familiares. Pertinente dizer, ademais, que o afeto, em que pese não esteja presente de forma expressa na Constituição Federal, se liga diretamente ao já citado Princípio da Proteção Integral à Criança e também ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo que, pensando-se no desenvolvimento da criança, o afeto abarca diversos outros pontos, como por exemplo a dedicação e a atenção que devem estar presentes nas relações parentais[19].

Diante da citada realidade contemporânea, é possível verificar a ocorrência do chamado *abandono digital*, expressão esta que, no Brasil, foi concebida por Patrícia Peck Pinheiro, autora que defende tratar-se de uma nova forma de responsabilidade civil[20]. Em linhas gerais, o abandono digital refere-se à negligência dos pais com relação à segurança dos filhos menores no ambiente virtual, podendo ocorrer de diversas formas, desde o hábito de deixar os filhos por muito tempo no ambiente virtual de forma desvigiada ou, ainda, pelos próprios pais permanecerem demasiadamente conectados, de modo que não conseguem prestar atenção aos atos dos filhos e ao conteúdo que estes estão acessando nas redes.

Nesse cenário, o abandono digital dos filhos pode gerar danos por eles cometidos, muitas vezes provenientes da prática de *cyberbullying* em razão da qual os pais ficarão responsabilizados civilmente, tal como ocorreu na decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo abaixo transcrita:

[17] MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues; RAMPAZZO, Lino. O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, p. 35-54, jan./jun. 2020. p. 44-45.
[18] Ibid., p. 41.
[19] Ibid., p. 46.
[20] Ibid., p. 48.

> Responsabilidade civil – Danos morais – Ação movida em face dos genitores dos menores que praticaram as ofensas – Autora, menor púbere, que sofreu ofensas por meio de expressões chulas e palavras de baixo calão envolvendo orientação sexual, por meio de publicação em rede social de perguntas e respostas utilizada por alunos da instituição de ensino em que estudavam os envolvidos – Atos que repercutiram no ambiente escolar com prejuízos de ordem emocional à autora – Caracterização do "cyberbullying" em evidente objetivo de denegrir a imagem da autora – Confissão da prática ofensiva, por parte de um dos autores, nas dependências da instituição de ensino, por meio de leitura pública de "carta de desculpas" e por meio de depoimentos nos autos, que não afasta a responsabilização do ofensor e tampouco implica na redução do "quantum" indenizatório – Robusto conjunto probatório testemunhal apto a demonstrar a participação ativa e conjunta dos filhos menores dos corréus na prática de ofensas contra a apelada, mostrando-se desnecessária a realização de prova técnica – Autora que comprovou o fato constitutivo de seu direito – Danos morais "in re ipsa" configurados e indenizáveis – Adequação do valor arbitrado – Ônus sucumbenciais mantidos integralmente aos réus – Princípio da causalidade – Motivação da sentença que é adotada como razão de decidir em Segundo Grau – Aplicação do art. 252, do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça – Preliminares de nulidade afastadas – Recursos improvidos.[21]

Nesse mesmo sentido:

> RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES. ART. 932, INC. I, C/C 933, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. CYBERBULLYING. CRIAÇÃO DE COMUNIDADE NO "ORKUT". CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM DA AUTORA. VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANOS MORAIS IN RE IPSA. Criação de comunidade no "Orkut" pela ré, menor impúbere, na qual passou a veicular comentários depreciativos e ofensivos a colega de turma de colégio. Conteúdo ofensivo à honra e imagem da autora. Situação... concreta em que verificados o ato ilícito praticado pela menor corré (divulgação de conteúdo ofensivo à imagem-atributo da autora na internet), o dano (violação a direitos da personalidade) e o nexo causal entre a conduta e o dano (pois admitida pela ré a confecção e propagação na internet do material depreciativo), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar (art. 927, CC). Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da menoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa educação da prole. Dano "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO. Montante da indenização pelo dano moral reduzido em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto e parâmetro adotado por Órgãos Fracionários deste Tribunal em situações similares. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70042636613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/05/2015).[22]

Arriscamos afirmar que o *cyberbullying* possui consequências sobremaneira mais gravosas se comparadas ao *bullying*. Isso porque o agente ofensor pode praticar sua conduta ilícita de modo anônimo, utilizando-se de perfis falsos. Outrossim, essa ofensa praticada no espaço virtual é permanente, o que possibilita o seu acesso a qualquer momento e em qualquer lugar.

Destarte, é necessário evidenciar que a internet não é um ambiente inofensivo e seguro, ao contrário, há incontáveis riscos. Além disso, os danos decorrentes de atos de *cyberbullying* são significativos e, por vezes, permanentes, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se controlar a circulação de um conteúdo que foi lançado na rede.

Diante do exposto, havendo omissão dos genitores quanto ao dever de cuidado e proteção das crianças e adolescentes, caracterizada, por vezes, pela parentalidade distraída, ocorrerá o denominado abandono digital e a responsabilidade civil dele decorrente.

A responsabilidade civil das instituições de ensino

Mostra-se incontestável que a violência se encontra entre as principais celeumas da sociedade contemporânea e, ademais, revela-se inequívoco que esta mesma violência perpassa os laços familiares ultrapassando o muro das instituições de ensino.

[21] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (4ª Câmara de Direito Privado). *AC: 10162559120148260562 SP 1016255-91.2014.8.26.0562.* Relator: Fábio Quadros. Data de Julgamento: 29 set. 2022. Data de Publicação: 30 set. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709935753. Acesso em: 24 abr. 2023.
[22] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Cível). AC: 70042636613 RS. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Data de Julgamento: 27 maio 2015. Data de Publicação: *Diário da Justiça,* 1 jun. 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/195536692. Acesso em: 24 abr. 2023.

Para que se atinja certo êxito no ambiente escolar, se faz necessária a conscientização dos alunos sobre os riscos perpetrados pela violência revelada pela prática do *bullying* e do *cyberbulying*, além do indispensável apoio familiar de forma sólida e diuturna na vida dos filhos.

Como visto na presente pesquisa, pelo que dispõe o art. 932, I do Código Civil haverá responsabilidade civil dos pais, independentemente de culpa, pelos atos danosos cometidos pelos filhos menores.

Além disso, o mesmo art. 932 em seu inciso IV, determina que os estabelecimentos de ensino também serão responsáveis por danos ocasionados pelos seus educandos, fato que nos remete ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Referido dispositivo legal estabelece que haverá responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviço na hipótese de ocorrência de acidente de consumo, e, nesse caso, enquadram-se os serviços educacionais prestados pelas escolas particulares.

Assim, sobreleva referir que o *bullying* e o *cyberbullying* são práticas que levam a escola a uma consequente responsabilização, tendo em vista que ofensas e agressões podem acontecer no ambiente virtual a partir de relações conflituosas estabelecidas dentro do ambiente escolar.

Pelo exposto, foram aprovadas leis especificas que estabelecem deveres às instituições de ensino no que se refere ao combate ao *bullying* e ao *cyberbullying.*

A Lei 13.185/15 que instituiu os programas de prevenção e combate ao *bullying* no Brasil, em seu art. 5º dispõe que é dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying*). Por sua vez, a Lei 13.663/1812, ao inserir na Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional o art. 12, acaba por ratificar o dever das instituições de ensino de promover medidas de conscientização e prevenção e, ainda Lei 13.277/16 que criou o dia nacional de combate ao *bullying.*

Diante disso, "para mitigar sua responsabilidade, a escola deve comprovar, por exemplo, que adotou medidas preventivas, capacitou docentes para solucionarem o problema e promoveu campanhas de conscientização"[23].

Quanto ao pagamento da indenização deve-se refletir de forma bastante acurada se tal fato apenas não reduz a possibilidade de investimento da própria escola em si mesma, inclusive no que tange aos mecanismos de prevenção e combate ao *bullying* e ao *cyberbullying.* Anderson Schreiber aponta a possibilidade da aplicação de "remédios alternativos à indenização monetária por meio da chamada reparação específica do dano moral"[24]. Assim, em matéria de *bullying* e *cyberbullying* o Poder Judiciário determinaria a criação de programa de treinamento e conscientização de alunos como forma de desmotivar a repetição da prática da conduta danosa, seja presencialmente ou em ambiente virtual.

Responsabilidade civil dos provedores de internet

Antes de adentrar às minúcias da responsabilidade civil dos provedores de internet, cumpre esclarecer que há duas espécies de provedores de internet e é fundamental diferenciá-los, pois a lei confere tratamento distinto a cada uma das situações.

Os provedores de conexão à internet são aqueles que atuam no serviço de fornecimento do "sinal de internet", seja por meio de aparatos eletrônicos, como fibra óptica e banda larga, ou por operadoras de telefonia móvel. Já os provedores de aplicações de internet são aqueles que gerenciam plataformas digitais existentes na

[23] FUJITA; RUFFA, op. cit., p. 405.
[24] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 195-203.

rede mundial de computadores. A título de exemplo, a empresa norte americana *Meta Platforms* é provedora de algumas das aplicações de internet mais acessadas no mundo, leia-se Instagram e Facebook.

A propósito, cabe destacar que no Brasil há alguns números impressionantes no que diz respeito ao uso das redes sociais e acesso à internet. Segundo relatório publicado pela agência inglesa *We Are Social*[25], especializada em mídias sociais, o país possuía 171,5 milhões de usuários de redes sociais em 2022. O levantamento revela ainda que os brasileiros gastam em média 3 horas e 47 minutos por dia conectados. Além disso, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE em parceria com o Ministério das Comunicações, cujo recorte destaca o "Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal", relativa ao ano de 2021, revela que 90,0% dos lares brasileiros têm acesso à internet[26].

Não há como desconsiderar a relevância que as redes sociais exercem no cotidiano das pessoas e os impactos gerados por essa simbiose. Os números evidenciam o protagonismo das plataformas digitais na sociedade, tanto no aspecto social e cultural quanto no viés econômico. Desse modo, retomando a diferenciação entres as espécies de provedores elencados pela legislação, vale antecipar que, em relação aos provedores de conexão de internet, a lei expressamente os exime de qualquer responsabilidade civil por fato de terceiro. Posto isso, o enfoque da pesquisa recai sobre os provedores de aplicações de internet.

Antes da vigência da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet - havia um repertório jurisprudencial em construção, que por não haver legislação específica para casos de violação de direitos cometidos na internet. Os precedentes pautavam-se no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor aplicando a regra da falha na prestação de serviço, em outros casos baseavam-se no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, por reconhecerem a exploração da rede social como atividade de risco.

Colacionado abaixo, um trecho de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ilustra bem tal situação:

> Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.[27]

A jurisprudência caminhava num quadro quase que sedimentado, responsabilizando civilmente os provedores de internet pelas ofensas e conteúdo lesivo entre usuários. As plataformas reconhecidas como beneficiadas pelo funcionamento das aplicações eram responsabilizadas pelas ações dos internautas.

Com o advento do Marco Civil da Internet em 2014, o cenário mudou. A partir da nova lei, a responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet passou a seguir o comando estampado no artigo 19, que assim dispõe:

> Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[25] WE ARE SOCIAL. *Relatório Digital 2021*: os mais recentes insights sobre o 'mundo do digital'. 2023. Disponível em: https://www.amper.ag/post/we-are-social-e-hootsuite-digital-2021-resumo-e-relario-completo. Acesso em: 22 abr. 2023.

[26] IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101963_informativo.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Resp: 1117633 RO 2009/0026654-2. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 09 mar. 2010. Data de Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 mar. 2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8569044?s=paid. Acesso em: 23 abr. 2023.

A redação robusta, incrementada com alguns parágrafos, gera, numa primeira impressão, a sensação de que as condutas danosas perpetradas no ambiente digital seriam reprimidas pelas próprias plataformas. Todavia, a legislação caminhou na contramão dos precedentes judiciais anteriores, pois criou verdadeiro embaraço quanto à responsabilidade civil das empresas do ramo de aplicações de internet em virtude da imposição de certas condições para o surgimento do dever de indenizar.

A condicionante criada tem como base a necessidade de ordem judicial específica, isto é, o provedor só será responsabilizado civilmente se descumprir decisão judicial, caso contrário não recairá sobre ele nenhum dever de reparação, o que claramente gera um ambiente favorável e até estimulante para que as empresas não atuem em vias de eliminar ou criar ferramentas de repressão ao conteúdo ofensivo publicado em suas plataformas.

Anderson Schreiber sustenta a inconstitucionalidade do sobredito dispositivo, apontando que criar barreiras impede a tutela de direitos fundamentais e, portanto, viola frontalmente a Carta Magna. Afirma o autor:

> Em se tratando de conteúdo lesivo a direitos fundamentais do ser humano, o art. 19 da Lei 12.965 viola a Constituição da República por condicionar a reparação dos danos daí derivados à propositura de ação judicial e à emissão de ordem judicial específica. [...] o estabelecimento pelo legislador infraconstitucional de qualquer condicionante à tutela desses direitos fundamentais não pode ser admitido. A criação, por lei ordinária, de condicionantes ou limites à responsabilidade civil por violação a esses direitos afigura-se inconstitucional, na medida em que restringiriam uma tutela que o Constituinte quis plena e íntegra.[28]

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça lançou novo olhar sobre a aplicação do célebre artigo 19, passando a encará-lo sob o prisma da Constituição Federal, como outrora aventado por notáveis doutrinadores. No entanto, o fez de modo particular nos casos de práticas ofensivas envolvendo crianças e adolescentes.

A Quarta Turma do Colendo Tribunal, ao apreciar o Recurso Especial 1783269, pautando-se no dever coletivo de zelar pela dignidade de jovens e crianças, tal como preceitua o artigo 18 do ECA e o artigo 227 da CF/88, houve por bem afastar as condições impostas pelo Marco Civil da Internet e reconhecer a responsabilidade do provedor de aplicação, ainda que não haja decisão judicial, mas que exista apenas notificação para retirada do conteúdo ofensivo:

> O provedor de aplicação que, após notificado, nega-se a excluir publicação ofensiva envolvendo menor de idade, deve ser responsabilizado civilmente, cabendo impor-lhe o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima da ofensa. A responsabilidade civil, em tal circunstância, deve ser analisada sob o enfoque da relevante omissão de sua conduta, pois deixou de adotar providências que, indubitavelmente sob seu alcance, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever. Nesses termos, afigura-se insuficiente a aplicação isolada do art. 19 da Lei Federal n. 12.965/2014, o qual, interpretado à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, não impede a responsabilização do provedor de serviços por outras formas de atos ilícitos, que não se limitam ao descumprimento da ordem judicial a que se refere o dispositivo da lei especial.[29]

O caso em si tratava-se da divulgação de imagem de uma criança, sem autorização dos pais e responsáveis, em uma notícia sensacionalista, através de meios digitais. Houve por parte dos interessados notificação ao provedor de aplicação de internet para retirada do conteúdo indevido, todavia a plataforma negou a solicitação. Diante de tal circunstância e postura omissa, o relator destacou que a empresa ré "deixou de adotar providências que, indubitavelmente sob seu alcance, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever".

Embora a conduta retratada no caso não configure essencialmente um ato de *cyberbullying*, a *ratio decidendi* adotada pelos julgadores em muito contribui ao presente estudo, pois tais fundamentos podem guiar novos caminhos acerca da responsabilidade civil decorrente de danos causados em meio digital, além de favorecer

[28] SCHREIBER, Anderson. *Marco civil da internet*: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. Disponível em: https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso. Acesso em: 23 abr. 2023. p. 15-16.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. turma). REsp: 1783269 MG 2017/0262755-5. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 14 dez. 2021. Data de Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 fev. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1385461792. Acesso em: 23 abr. 2023.

o posicionamento de que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet deve ser repensada aos tempos e condições presentes.

A multifuncionalidade da responsabilidade civil como fator de contenção à prática do *cyberbullying*

O instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, para diversos autores, tais como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto[30] e Flávio Tartuce[31], deve ser entendido e analisado sob a óptica de três funções que, apesar de se complementarem, são distintas e têm objetivos diferentes. Nessa divisão, a responsabilização civil assume: i) uma função reparatória; ii) uma função punitiva e iii) uma função precaucional.

A primeira função é, basicamente tentar anular, mediante determinada e justa reparação, a lesão causada a um interesse jurídico de outrem. Independentemente de qual interesse vá tutelar, haverá a "transferência dos danos do patrimônio de uma parte para a outra"[32], fazendo com que a situação do ofendido retorne ao *status quo ante*, atingindo, assim, a finalidade do princípio da reparação integral.

Como já tratamos da função reparatória por ocasião da exposição acerca da responsabilidade civil por fato de terceiro, nesse momento o enfoque se destinará às outras duas funções da responsabilidade civil.

A função punitiva, como o próprio nome já adianta, guarda a ideia de punir o ofensor para que não repita a conduta causadora do dano. A situação exige, além da aplicação de uma pena de compensação dos danos causados (função reparatória), uma pena civil para fins de efeito pedagógico.

Trata-se de uma tentativa de desestimular o ofensor a não repetir o ato danoso, punindo-o pelo seu cometimento. Desse modo, as imposições de penas civis em caráter punitivo acabam perfazendo, felizmente, a relação *inter-partes* e ainda desestimulam a sociedade de modo geral, uma vez que se tornariam de conhecimento de todos os riscos de uma possível punição para determinado ato danoso, prevenindo, destarte, o cometimento de diversos atos ilícitos semelhantes.

Embora existam algumas discussões acerca das nomenclaturas adequadas para essa função da responsabilidade civil[33], o principal ponto controvertido na doutrina a respeito do tema refere-se a questão de a responsabilização possuir caráter principal ou subsidiário da função punitiva. Isso porque Flávio Tartuce defende que não é possível a aplicação de uma pena civil para punir o ofensor sem que haja um dano a ser reparado, ou melhor, para que se tenha o caráter disciplinador da responsabilidade civil, deve haver também uma reparação a ser feita, seja ela moral ou material.

Diante disso, a função pedagógica assumiria um caráter acessório à função reparatória, que seria a principal, de modo a não se falar em imposição de pena civil sem que haja, também, uma condenação à reparação de algum dano.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto[34] já não partilham do mesmo entendimento. Para estes autores, a imposição da pena civil independe de qualquer condenação principal, sendo possível sua aplicação, inclusive, em casos que sequer há dano. Fundamentam essa posição defendendo que a pena civil deve ser imposta, também, nos casos em que, embora não houve a concretização do dano, as condutas

[30] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2017. v. 3. p. 62.
[31] TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. (paginação irregular).
[32] TARTUCE, op. cit.
[33] Flávio Tartuce pontua que a intitulação não é adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que embora a função decorra do *punitive damages* adotado nos Estados Unidos da América, lá pode se falar em punição, tendo em vista que o valor pago é destinado a fundos coletivos, enquanto no Brasil, a indenização vai para a própria vítima e de forma individual. Assim, para o civilista, o correto seria a adoção de expressões como função pedagógica; função educativa; função disciplinadora; ou até mesmo função de desestímulo. Cf. TARTUCE, op. cit.
[34] Op. cit., p. 65.

praticadas pelo ofensor ofereceram riscos de consumar determinado dano. Punir-se-ia, portanto, pelo risco causado, de modo a impedir que o ofensor pratique a conduta perigosa novamente.

De todo modo, mesmo com algumas divergências a respeito do instituto e sendo pouco explorada no direito brasileiro, fato é que a função punitiva teve sua validade reconhecida na IV Jornada de Direito Civil, a partir da aprovação do enunciado nº 379 do CJF: "O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil."

Porém, a possibilidade de utilização das penas civis no direito brasileiro não é o único óbice que merece ser levantado nesse estudo. A aplicação das penas civis, conforme defendido, pode ocorrer concomitante à busca pela reparação de um dano, ou exclusivamente a ele, situação na qual entendemos que deva haver a punição pelo perigo proporcionado pelo ato do ofensor.

No primeiro caso, a aplicação da punição ocorreria no próprio processo em que a reparação é pleiteada, mas nos casos em que não houver um dano a ser reparado, a questão a ser levantada é: quem seria legitimado a buscar a condenação pela criação do risco promovida pelo ofensor?

Especificamente falando para os perigos promovidos por atos considerados como práticas de *cyberbullying*, quando o ofendido ou seus representantes não buscarem essa imposição, entendemos que o Ministério Público teria legitimidade para fazê-lo.

Essa posição por nós defendida decorre da interpretação conjunta da redação do artigo 5º, inciso III, alínea e, da Lei Complementar nº 75/1993, em que é atribuído ao Parquet a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; com a redação do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ampliou a legitimidade do órgão para atuar tanto em ações de interesse coletivo, quanto ações de interesse individual.

A interpretação do artigo 201 do ECA, na verdade, decorre de seus incisos III, VIII e IX. No inciso III foi atribuído ao Ministério Público a competência para atuar em ações de alimentos e em procedimentos de suspensão e destituição de guarda; no inciso VIII, há a atribuição do Ministério Público para promover medidas judiciais e extrajudiciais com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos e garantias legais destinadas à criança e ao adolescente; e, por fim, o inciso IX legitimou o Parquet a impetrar mandados de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

Todos esses dispositivos legais caminham no sentido de legitimar o Ministério Público a pleitear a imposição de penas civis em casos que não houver qualquer manifestação dos pais do ofendido, ou até mesmo de atuar conjuntamente a eles no curso do processo.

Por fim, a terceira e última função da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, a função precaucional, tem por objetivo evitar a prática de condutas danosas a partir da criação de diretrizes legais que impõem, de antemão, sanções civis pelo descumprimento por parte do agente.

Conforme defendido por Nelson Rosenvald[35], restringir a responsabilização civil à função reparatória seria amesquinhar o direito civil e renunciar à efetividade do instituto, principalmente se olhado pela óptica do binômio justiça-efetividade.

E não de forma menos importante, a imposição de penas civis também são aparato fundamental para contenção dos efeitos do *cyberbullying*. Nesse caso, sua aplicação seria voltada a disciplinar o ofensor e a população de um modo geral que determinadas atitudes serão punidas, independentemente de causarem dano, muito menos que as condenações ficarão restritas a ele, caso se consume.

[35] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

O que queremos dizer aqui é que a partir do momento que for superada a ideia de que bastará a reparação do dano causado para extinguir os deveres do ofensor para com o ofendido e para com a sociedade de um modo geral, com certeza haverá uma diminuição nos índices de práticas de *cyberbullying* em todo o território nacional.

Pensando nisso, válido para a conclusão do presente tópico propormos alguns parâmetros destinados à análise do caso *in concreto* para imposição das penas civis aos pais em casos de *cyberbullying* praticados pelos filhos menores, especialmente por entendermos que embora a aplicação da defendida punição civil seja válida e essencial no combate ao *cyberbullying*, sua aplicação deve guardar extrema cautela.

Nesse sentido, entendemos que o primeiro ponto que deva ser avaliado quando diante de uma situação causada pela prática do *cyberbullying* seja a reprovabilidade da medida, independentemente de ter ela causado danos ou não. O segundo ponto que entendemos ser essencial antes do acionamento da função punitiva da responsabilidade civil para o caso em comento é a conduta adotada pelos pais para prevenir o cometimento do ilícito, comparando, especialmente, com condutas comuns e medianas que os pais normalmente adotam em situações como a posta em análise. Como terceiro ponto, entendemos que seria importante analisar não só a conduta dos pais na situação que gerou o dano, como sugerido no requisito anterior, mas analisar como um todo, a forma que esses pais cumprem seus deveres parentais, verificando se houve violação aos deveres de cuidado e vigilância ou se o ato praticado foi um caso isolado.

Outra situação que entendemos que deva ser colocada em apreciação é a recorrência da medida específica posta em discussão, averiguando se foi a primeira vez que a atitude foi promovida pela criança ou pelo adolescente, ou se há reiteração frequente.

Independentemente da avaliação da imposição das penas civis através da sistemática acima proposta ou de outra, o que precisa ser enfaticamente defendido é que não se pode utilizar da responsabilidade civil apenas para buscar reparações, mas importa acionar todo o seu caráter multifacetado para promover o real objetivo do instituto, qual seja, a persecução do *status quo* da vítima do dano.

Conclusão

O que se percebe por todo o exposto é que o suposto preparo para lidar com as novas problemáticas ocasionadas pelo ambiente virtual não foi capaz de acompanhar o rápido desenvolvimento das novas tecnologias, de modo que há na atualidade inúmeras situações, que ao menos aparentemente, fogem ao controle daqueles que deveriam estar direcionando a vida de crianças e adolescentes.

Tratando-se especificamente do *cyberbullying*, há uma diversidade de problemáticas que contribuem para a lenta diminuição dos casos danosos, dentre os quais merecem ser citados o despreparo dos pais no que diz respeito ao conhecimento dos meios tecnológicos; a indiferença de algumas escolas para lidar com questões externas ao seu estabelecimento e o desinteresse dos provedores de aplicação de internet no que diz respeito a imposição de restrições de uso em suas páginas. Toda essa problemática culmina na necessidade de constante acionamento do Poder Judiciário para que se atinja a reparação do dano diante de um fato ilícito ocasionado por crianças e adolescentes

Felizmente o instituto da responsabilidade civil, em consonância com as legislações sobre o tema, tem se mostrado forte aparato na luta contra o *cyberbullying*, em especial por demonstrar que medidas devem ser tomadas e prevenções devem ser realizadas.

Como analisado, a depender das especificidades do caso concreto não somente os pais podem ser acionados como responsáveis pelos danos causados por seus filhos menores, porquanto as instituições de ensino também possuem o dever de coibir a prática de violência em qualquer nível e dimensão. Com relação aos

provedores de aplicação, ainda existem restrições a respeito de sua vinculação como responsável pelas indenizações decorrentes da prática do *cyberbullying*, uma vez que hoje só serão responsabilizados em casos de descumprimento de ordem judicial relacionada ao evento danoso.

De todo modo, diante da presente pesquisa foi possível observar que a responsabilidade civil não se configura como possibilidade única de solução existente, mas considerando todas as suas funções acima expostas, poderá ser considerada forte aliada contra a prática do *cyberbullying.*

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores. *Revista FMU Direito,* São Paulo, ano 25, n. 35, p. 115-129, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Resp: 1117633 RO 2009/0026654-2. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 09 mar. 2010. Data de Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 mar. 2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8569044?s=paid. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. turma). REsp: 1783269 MG 2017/0262755-5. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 14 dez. 2021. Data de Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 fev. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1385461792. Acesso em: 23 abr. 2023.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. CETIC BR. *TIC Kids Online Brasil 2019*: principais resultados. 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 12 nov. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil:* responsabilidade civil. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2017. v. 3.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; RUFFA, Vanessa. *Cyberbullying:* família, escola e tecnologia como stakeholders. *Revista Estudos Avançados,* v. 33, n. 97, p. 401-411, 2019.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101963_informativo.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

MARUCO, Fábia de Oliveira Rodrigues; RAMPAZZO, Lino. O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, p. 35-54, jan./jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Cível). AC: 70042636613 RS. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Data de Julgamento: 27 maio 2015. Data de Publicação: *Diário da Justiça,* 1 jun. 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/195536692. Acesso em: 24 abr. 2023.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (4ª Câmara de Direito Privado). *AC: 10162559120148260562 SP 1016255-91.2014.8.26.0562.* Relator: Fábio Quadros. Data de Julgamento: 29 set. 2022. Data de Publicação: 30 set. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709935753. Acesso em: 24 abr. 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 195-203.

SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. Disponível em: https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso. Acesso em: 23 abr. 2023. p. 15-16.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. (paginação irregular).

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline Miranda Valverde Terra. A evolução da responsabilidade civil por fato de terceiro na experiência brasileira. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 1077-1104, 2019.

WE ARE SOCIAL. *Relatório Digital 2021*: os mais recentes insights sobre o 'mundo do digital'. 2023 ano. Disponível em: https://www.amper.ag/post/we-are-social-e-hootsuite-digital-2021-resumo-e-relario-completo. Acesso em: 22 abr. 2023.

Obras consultadas

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 4.

PECK, Patrícia. *Direito digital aplicado 2.0.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Edição do Kindle).

Smart contracts: a autoexequibilidade e a exceção do contrato não cumprido

LUÍS ANTÔNIO ROSSI
Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MARIA CAROLINA RASCASSI
Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MATHEUS MENDES MARQUES
Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura.

PALOMA FERNANDES LINS
Advogada. Especialista em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os contratos inteligentes, a auto exequibilidade proposta por tais instrumentos jurídicos e a possibilidade do exercício da exceção do contrato não cumprido. Para tanto, foi realizada uma abordagem dedutiva e analítica do direito contratual e a conceitualização dos contratos inteligentes, bem como identificados os principais aspectos desta tecnologia, através de uma análise das normas e doutrina. Como resultado, foi possível concluir as principais especificidades desta tecnologia e a relação de força para cumprimento contratado pelas partes.
Palavras-chave: Direito contratual. Direito digital. Contratos inteligentes.

Abstract: The present work aims to analyze the smart contracts, the contract enforcement caused for this legal instrument and the possibility of the exercise of the exception of the unfulfilled contract. Therefore, a deductive and analytical approach to contractual law and the conceptualization of smart contracts were carried out, as well as the main aspects of this technology being identified, through an analysis of norms and doctrine. As a result, it was possible to conclude the main specificities of this technology and the relationship of the enforcement to comply the contracted.
Keywords: Contract Law. Digital Law. Smart contract.

Introdução

Conforme concluiu recentemente a pesquisa TIC Domicílios divulgada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, vinculado ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, 82% dos domicílios brasileiros estavam conectados à internet em 2021, percentual este superior aos resultados obtidos anteriormente à pandemia de covid-19, a qual intensificou o uso de tecnologias digitais no Brasil pela "migração de diversas atividades para o ambiente digital."[1], de modo que as relações jurídicas também foram influenciadas pelas novas tecnologias.

Assim, considerando a imersão das relações sociais e econômicas para o mundo digital, e a consequente inovação tecnológica também no que tange a formação e execução dos contratos, especialmente no que se refere por meio de tecnologias que permitem os denominados *smart contracts*, isto é, "contratos inteligentes", demonstra-se relevante ao operador do Direito compreender a natureza e conceito junto ao ordenamento jurídico brasileiro bem como a proposta de auto execução e a relação para com instituto da exceção ao contrato não cumprido.

Contrato no âmbito do Direito Civil Brasileiro

A busca por meios para apaziguar as relações humanas é tão velha quanto a própria humanidade. Não é de hoje que o homem, enquanto inserido dentro da coletividade, busca formas de estabelecer contato com seus iguais de modo que preserve sua própria integridade como seus próprios interesses.

Quando se pensa em direitos não há como não pensar também em obrigações. Pois, quase que naturalmente, quando há o reconhecimento do direito de alguém há, também, a obrigação de reconhecer o direito

[1] BRASIL; GONTIJO, José Gustavo Sampaio (coord.). *Pesquisa TIC domicílios 2021*. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20221121125804/resumo_executivo_tic_domicilios_2021.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

de outra pessoa[2]. Assim, seja no âmbito dos direitos pessoais ou reais, viabilizar obrigações permite a coexistência pacífica entre aqueles de mesma espécie.

E, a partir disso, é possível observar que a obrigação é "uma relação jurídica entre uma ou mais pessoas determinadas que devem realizar, em favor de outrem ou outras, uma prestação de caráter patrimonial"[3]. Nesse sentido, a fim de resguardar estabilidade às relações jurídicas avençadas, os indivíduos passaram a recorrer às formas de contratações ao invés da violência[4], permitindo, portanto, o exercício da autonomia privada das partes, as quais possuem a possibilidade de negociar o que desejarem.

Validamente, o contrato é uma fonte de obrigações, pois nele se encontra uma força coercitiva, o modo de execução e os limites impostos entre cada um dos envolvidos que se reuniram por vontade própria para produzir efeitos jurídicos. Como bem ensina Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery e Ana Luiza Nery, "Contrato é negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), cuja finalidade é criar, regular, modificar ou extinguir vínculo jurídico temporário e patrimonial entre as pessoas que o celebram"[5].

Apesar do contrato ter a aparência de ser válido por si mesmo como uma centelha para direitos e deveres, há, ainda, requisitos extrínsecos a ele, esses que são oriundos da lei a fim de resguardar a ordem jurídica. Para tanto, o Código Civil de 2002 encarregou de trazer essas condições necessárias para validade do negócio jurídico em seu artigo 104, estabelecendo como regra para existência de: (i) capacidade das partes; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Nesse mesmo sentido, o artigo 166 do mesmo diploma legal traz ainda com mais detalhes aquilo que é considerado nulo dentro do raciocínio do artigo 104, sendo: (i) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (iii) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; (iv) não revestir a forma prescrita em lei; (v) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; (vii) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Ademais, o Código Civil dispõe que a função social do contrato regula a liberdade contratual[6], sendo dever das partes contratantes, ainda, guardarem na conclusão e execução dos contratos os princípios da probidade e boa-fé, consoante dispõem os arts. 421, caput, e 422.

É importante somar, aos princípios referidos, o fato de que os contratos sofreram inúmeras transformações no século XX em razão da adaptação à sociedade de massa que se formava[7], e, ressalte-se, atualmente, as referidas modificações acontecem de forma exponencial, especialmente em razão das inovações às relações jurídicas implicadas pela utilização em massa da internet e novas tecnologias.

Especificamente, merece destaque o fato de que o Código Civil Brasileiro dispõe, para o plano da validade do contrato, a "forma prescrita ou não defesa em lei", de modo que, via de regra, será livre, exceto se a legislação fixar uma forma especial, a qual consistirá em requisito essencial[8], de modo que "a regra geral da liberdade da forma do contrato só deverá ser excepcionada quando a lei expressamente o determinar"[9].

---

[2] RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1.
[3] WALD apud RIZZARDO, op.cit., p. 2.
[4] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. De acordo com o Novo CPC. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4: contratos; t. I: teoria geral. p. 41.
[5] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. *Manual de direito civil:* contratos: Parte I - Teoria geral dos contratos. Contrato: conceito, formação e classificação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 2. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98366467/v1/document/98448547/anchor/a-98448547. Acesso em: 30 abr. 2023.
[6] Código Civil:
Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.
[7] GAGLIANO, op. cit.
[8] MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado* 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Art. 104. p. RL-1.18. [livro eletrônico]. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/148837240/v5/page/RL-1.18. Acesso em: 30 abr. 2023.
[9] GAGLIANO, op. cit., p. 67.

Considerando o negócio jurídico entabulado pelas partes de acordo com a legislação, portanto, na forma livre, desde que não defesa em lei, bem como o princípio da força obrigatória do contrato, também conhecido como *pacta sunt servanda*, o qual impõe força jurídica à relação negocial, é possível que as partes firmem os contratos por meio de softwares que permitem a auto execução das consequências atreladas ao cumprimento ou descumprimento da obrigação.

Smart contracts como meio de tecnologia para contratos no âmbito do direito civil brasileiro: características

Nesse sentido, importa conceituar que consistem os *smart contracts*, para Letícia Soster Arrosi[10] em um modo tecnológico de instrumentalização e tradução de obrigações, ou seja, "conceito da tecnologia, o qual não traduz necessariamente uma figura de instrumentalização jurídica", sendo que, segundo Rey, apud Letícia Soster Arrosi[11], são "protocolos computacionais os quais permitem um dispositivo processar e executar comandos de forma autônoma (sem intervenção humana)."

Vale lembrar, ainda, que, segundo Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani, o termo *smart contract* surgiu em meados dos anos de 1990 por Nick Szabo, o qual teria conceituado como um protocolo informatizado que executaria os termos de um contrato, minimizando, portanto, a necessidade de intervenção de terceiros e de exceções ao cumprimento[12] e que, por sua vez, teria sido viabilizada pelo advento da plataforma do *Bitcoin* e, posteriormente, aprimorado pela tecnologia *Blockchain Ethereum*.

Importa esclarecer, ainda, que a tecnologia *Blockchain* significa "o uso de um *ledger* (livro-razão) distribuído e descentralizado, que verifica e armazena transações", a qual assegura que o registro das operações ocorra de forma segura e pública, e, por sua vez, o *Ethereum*, se trata da tecnologia utilizada como base para a programação dos contratos inteligentes, porquanto permite o uso de linguagens de programação diversas e mais acessíveis e mais utilizadas por profissionais e por amadores[13].

Os autores Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani ensinam que é possível a interação das partes com os contratos inteligentes por meio de: i) funções de leitura, pela qual seria possível solicitar informações, com um teor consultivo-informacional, por exemplo, requisição da confirmação se um determinado "gatilho foi disparado ou não" e, portanto, não realizam alterações e não geram custos; ou ii) funções que implicam em transações, realizando novos registros na *blockchain* e gera custo real, como, por exemplo, opera-se a transferência de um valor, de modo que modifica os registros existentes na *blockchain*, a qual, ainda, valida o ato desempenhado pela ferramenta[14].

Para tanto, relatam os autores que agentes ou banco de dados chamados oráculos comunicam-se com os *smart contracts* para a confirmação da operação e ressaltam, ainda, compreenderem a referida tecnologia como um *enforcement* do estipulado contratualmente, visto que o cumprimento ocorreria de forma forçada pelos códigos criptografados, diminuindo a pretensão resistida para o inadimplemento que, por sua vez, significaria custoso[15].

Assim, pressupõe-se que o *smart contract* permite uma formalização do negócio jurídico com diminuição de riscos e, consequentemente, dos custos de transação, bem como de forma mais eficiente, dada a execução eletrônica automatizada[16].

---

[10] AROSI, Letícia Soster. A ressignificação de institutos e instrumentos jurídicos tradicionais no centro dos negócios digitais: "internetização" da vida, compartilhamento e smartcontracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 7, abr./jun. 2020. p. 7.
[11] Ibid., p. 8.
[12] FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani. O Advogado do Amanhã. Contratos inteligentes na *blockchain*: o futuro dos negócios jurídicos celebrados em códigos de programação. *Revista dos Tribunais*, ed. 2019. p. RB-10.3. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/187800021/v1/page/RB-10.3. Acesso em: 30 abr. 2023.
[13] FAZANO FILHO, Jose Humberto. Perspectivas para a tecnologia *blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 81, p. 141-158, jul./set. 2018.
[14] Op. cit.
[15] FEIGELSON; BECKER; RAVAGNANI, op. cit.
[16] AROSI, op. cit.

Os autores Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani ponderam, ainda, a relevância de ser desempenhada análise por juristas e tecnólogos acerca de consequências oriundas de erros da aplicação, bem como da possibilidade ou não de intervenção de terceiros para a interrupção da aplicação em caso de não observância da legislação, correção de bugs do software, sugerindo, ainda, alternativas como a nomeação de uma espécie de árbitro ou quando o próprio algoritmo realiza a mediação utilizando-se de precedentes[17].

No mesmo sentido, Ana Frazão ressalta que seria transferido para o *Blockchain* o chamado "problema de confiança", porquanto as partes precisam acreditar na credibilidade do algoritmo e na execução autônoma e sem interrupção das intenções informadas para o sistema, sendo que preocupações com seguranças, erros, ausência de flexibilidade e riscos de confidencialidade poderiam comprometer a potencial utilização dos contratos inteligentes[18].

A autora pondera, também, a necessária reflexão de riscos e potencialidades dos aludidos contratos, como, por exemplo, de problema de assimetria de informações entre as partes, (im)previsibilidade de comportamentos dos indivíduos, lacunas, vícios, interpretações subjetivas, necessidade de atualizações, uma vez que tais circunstâncias dificultam a tradução, por meio de algoritmos, do arcabouço completo de regras que devem nortear comportamentos em determinado tempo[19].

Assim, se demonstra importante, para a instrumentalização do contrato por meio do *smart contract*, o estabelecimento, pelas partes, de um controle digital eficiente e que permita "monitorar e verificar o desempenho do contrato"[20], sendo que, caso seja necessária a intervenção humana para aplicação dos institutos tradicionais do direito e compreensão da complexidade das obrigações firmadas, poderá restar prejudicada aplicação da referida tecnologia, porquanto poderia não proteger as partes contratantes e seus direitos de forma efetiva[21].

Smart contracts **e uma possível mitigação do exercício do direito de invocar a exceção do contrato não cumprido**

Avançando nas reflexões do presente estudo, cumpre agora pontuar alguns elementos e características do instituto da Exceção de Contrato Não Cumprido, ora objeto de análise sob a ótica das novas realidades negociais que o universo digital oferece. Como direito previsto no artigo 476, do Código Civil, cujo dispositivo assim preceitua: "*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*", a Exceção de Contrato Não Cumprido revela-se em uma ferramenta para garantir a manutenção do contrato, como alternativa à resolução, e ao mesmo tempo funciona como mecanismo de defesa nas relações contratuais.

Ademais, certo de que tal instituto possui assento em circunstâncias envolvendo contratos bilaterais, sinalagmáticos, em que existes obrigações para todas as partes presentes, Gustavo Tepedino pontua de maneira bastante clara e elucidativa o contexto de aplicação da norma, sua finalidade e prerrogativas concedidas ao contratante de boa-fé e adimplente[22].

De modo geral, a norma pode ser aplicada em casos em que uma das partes de um contrato, ao notar que a outra não cumpriu ou não está cumprindo as obrigações assumidas, imediatamente ganha a prerrogativa de não cumprir também ou cessar o cumprimento. Essa é uma das muitas regras do direito civil cuja melhor maneira de descrever é através dos exemplos.

---

[17] Op. cit.
[18] FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou smart contracts? *JOTA Tecnologia*, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019. Acesso em: 30 ago. 2022.
[19] Ibid.
[20] AROSI, op. cit.
[21] Ibid.
[22] TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3: contratos.

Sendo assim, para facilitar a compreensão, suponha-se um contrato de compra e venda de bem imóvel, objeto de incorporação imobiliária, popularmente conhecido como apartamento na planta. Firmado o contrato, o comprador inicia o pagamento das parcelas pelas quais assumiu, ao passo que o vendedor inicia as obras do empreendimento pelo qual se obrigou. Caso o adquirente note que a execução da construção esteja em atraso, ou até mesmo que o incorporador não dá andamento aos trabalhos de engenharia, ele pode invocar tal prerrogativa e cessar o pagamento das parcelas até que a situação se estabilize, sem a necessidade de romper o contrato.

É preciso compreender, de antemão, que o cenário em que se pressupõe a exceção de contrato não cumprido como norma mitigada, pelo surgimento da nova modalidade de manifestação contratual – *smart contracts* –, é o do inadimplemento, isto é, o descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas no contrato, por uma das partes envolvidas no negócio jurídico. Em resumo, para se observar e oportunizar o exercício do direito de invocar a exceção de contrato não cumprido, deve existir uma situação de inadimplemento contratual, caso contrário não há razão para utilização de tal mecanismo. Bem por isso, em um contexto de contratos autoexecutáveis, as controvérsias se arvoram entorno do instituto.

Partindo da definição adotada por David Casz Schechtman, *Smart Contract* é uma "*manifestação digital de um contrato, no sentido que o acordado entre as partes é transformado em um código de computador autoexecutável, capaz de implementar as condições acordadas pelas partes independentemente de intervenção humana"*[23]. Cabe neste ponto, um óbvio questionamento: é possível alguma das partes deixar de cumprir um contrato programado para ser automaticamente executado?

É o que se pretende examinar nas linhas abaixo. Isso porque a resposta a esse questionamento irá conduzir o devido entendimento acerca da compatibilidade ou não da norma de exceção com o novo contexto tecno digital que, a princípio, aparenta criar um ambiente negocial paradisíaco, em que não há violações, atrasos, descumprimentos e até mesmo imprevistos na condução e execução de contratos.

Complementando as mais variadas definições e descrição do funcionamento de *smart contracts* até então trazidas, cabe destacar um ponto chave no tocante a intervenção humana:

> Assim, ao contrário de contratos tradicionais nos quais é necessário estabelecer mecanismos para garantir ou incentivar o cumprimento do acordado, smart contracts buscam *eliminar a necessidade de discricionariedade humana para sua implementação, de modo a sequer possibilitar às partes a alternativa de não cumprir o acordado.* Essa é a diferença, por exemplo, entre acordar que será feita uma transferência bancária e agendar a transferência de modo irrevogável.[24]

Com base das definições apontadas, pressupõe-se que o descumprimento dos negócios jurídicos bilaterais celebrados por meio de *smart contracts* é impensável, visto que havendo uma sistemática de automação que lhe é inerente, os atos irão se realizando instantaneamente, sem qualquer intervenção humana. Dessa forma, tudo leva a crer que as obrigações convencionadas serão estritamente cumpridas, os prazos respeitados, as condições observadas, e, portanto, não haveria nenhum tipo de inadimplemento, fato esse que esvaeceria o instituto da exceção de contrato não cumprido, em razão de não mais haver descumprimento de contratos.

Por outro lado, considerando que os *smart contracts* são implementados, de maneira geral, através do uso de plataformas de *Blockchain*, há algumas possíveis falhas nesse sistema autoexecutável. Caso as informações introduzidas sejam incompletas ou inverídicas, isto é, caso haja erro no abastecimento dos dados e na própria linguagem de programação, as obrigações serão executadas com esse vício, o que pode gerar sim uma espécie de inadimplemento, a depender do caso concreto. Nesse sentido:

[23] SCHECHTMAN, David Casz. Introdução à implementação de Smart Contracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, out./dez. 2019, p. 1. (grifo nosso)
[24] SCHECHTMAN, op. cit., p. 3. (grifo nosso).

> Há quem argumente que devido a sua autoexecutibilidade, smart contracts nunca estariam sujeitos a inadimplemento. Contudo, visto a possibilidade de erros na elaboração do contrato, má-fé ou até mesmo de abuso de brechas (mesmo que a chance seja menor do que em contratos tradicionais), é possível que surjam litígios acerca do contrato.[25]

O caminho é bastante complexo, e ao passo que essas novas modalidades e ferramentas tecnológicas surgem com a finalidade de facilitar procedimentos muitas vezes burocráticos, elas trazem consigo novas implicações e desafios, tendo em vista que a "autoexecutibilidade" de tais contratos depende de mecanismos externos e fatores alheios ao próprio objeto do negócio.

A título de exemplo, pode-se citar a hipótese de estar convencionado e programado a transferência de numerário entre as partes contratantes, todavia caso uma delas não possua recursos em conta bancária, tal tarefa não poderá ser executada pelo sistema computadorizado. Bem por isso, precaução e cautela devem nortear a elaboração de tais instrumentos.

Em suma, conclui-se que, muito embora a figura do inadimplemento pareça ser rara no contexto de negócios celebrados através contratos inteligentes, autoexecutáveis por meio de programação computadorizada, ainda sim é possível haver descumprimento contratual, seja através de falha na elaboração dos pactos ou até mesmo por má-fé das partes. Assim, se revela imperioso que desde a concepção do negócio jurídico, sejam estabelecidas alternativas de solução de eventuais conflitos, consoante apontado pelos autores Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani[26].

Desse modo, ainda que talvez menos utilizado, o direito disponível da exceção de contrato não cumprido, positivado no artigo 476 do Código Civil, não se encontra por completo superado pelo surgimento da inovadora modalidade contratual, tampouco é incompatível com a nova realidade negocial. Na verdade, o que pode ocorrer, caso haja progressiva e sucedida implantação de *smart contracts*, desde que munido de tecnologia suficientemente apta a cumprir os termos firmados, é o simples desuso de tal prerrogativa legal e não sua mitigação enquanto norma jurídica.

CONCLUSÃO

Extrai-se, portanto, que se com a utilização da tecnologia permitida pelo *smart contract* houver o devido cumprimento do contrato, haverá a satisfação eficiente e célere do estipulado no contrato, implicando, inclusive no âmbito econômico dos negócios jurídicos, haja vista a diminuição dos riscos alocados no negócio.

Contudo, caso haja o inadimplemento ou a ausência de aplicação de tecnologias suficientemente capazes de aplicação e compreensão da complexidade do negócio jurídico, bem como a previsão de controles e soluções de conflitos eventualmente enfrentados, a utilização de tecnologias *smart contract* poderá ensejar prejuízos ao exercício dos direitos das partes, inclusive no tocante à exceção do contrato não cumprido.

Referências

AROSI, Letícia Soster. A ressignificação de institutos e instrumentos jurídicos tradicionais no centro dos negócios digitais: "internetização" da vida, compartilhamento e smartcontracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 7, abr./jun. 2020.

BRASIL; GONTIJO, José Gustavo Sampaio (coord.). *Pesquisa TIC domicílios 2021.* Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20221121125804/resumo_executivo_tic_domicilios_2021.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

FAZANO FILHO, Jose Humberto. Perspectivas para a tecnologia *blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 81, p. 141-158, jul./set. 2018.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani. O Advogado do Amanhã. Contratos inteligentes na *blockchain*: o futuro dos negócios jurídicos celebrados em códigos de programação. *Revista dos Tribunais*, ed. 2019. p. RB-10.3. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/187800021/v1/page/RB-10.3. Acesso em: 30 abr. 2023.

[25] SCHECHTMAN, op. cit., p. 6.
[26] Op. cit.

FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou smart contracts? *JOTA Tecnologia*, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019. Acesso em: 30 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. De acordo com o Novo CPC. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4: contratos; t. I: teoria geral.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado* [livro eletrônico] 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Art. 104. p. RL-1.18. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/148837240/v5/page/RL-1.18. Acesso em: 30 abr. 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. *Manual de direito civil:* contratos: Parte I - Teoria geral dos contratos. Contrato: conceito, formação e classificação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. cap. 2. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98366467/v1/document/98448547/anchor/a-98448547. Acesso em: 30 abr. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SCHECHTMAN, David Casz. Introdução à implementação de Smart Contracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, out./dez. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3: contratos.

Obras consultadas

BRASIL. *Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002.* Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução Alessandro Hirata. Revisão técnica Flavia Portella Puschel. *Revista DireitoGV*, v. 2, n.1, p. 55-64, jan./jun. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, p. 67-86, maio 2004. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document. Acesso em: 5 set. 2022.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da; KATANO, Arthur Yuji. Da formalização à informatização das relações negociais: os Smart Contracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo: RT, n. 10, ano 4, jan./mar. 2021. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-135. Acesso em: 30 ago. 2022.

Dados obtidos em desacordo com a LGPD e a validade de sua utilização como meio de prova na investigação penal

JOSÉ GUILHERME SILVA AUGUSTO
Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Araraquara (2021). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LUÍS ANTÔNIO ROSSI
Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MATHEUS MENDES MARQUES
Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura.

PALOMA FERNANDES LINS
Advogada. Especialista em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

RAFAELA CECILIA MILAN
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a utilização de dados obtidos em desacordo com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para fins de utilização como prova no processo penal e a sua respectiva validade para o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi realizada uma abordagem dedutiva e analítica da possibilidade de tratamento de dados em desacordo com a LGPD como meio de prova, através de uma análise das normas e doutrina. Como resultado, foi possível concluir a necessidade de observação ao ordenamento jurídico a fim de evitar o tratamento irregular e a invalidade da prova.

Palavras-chave: Direito penal. Processo penal. Proteção de dados. Violação de dados.

Abstract: The present work aims to analyze the use of personal data in disagreement of the General Law for the Protection of Personal Data and the valuation for the Brazilian's legal system. Therefore, a deductive and analytical approach to the possibility of processing data in violation of the General Law for the protection of personal data, through an analysis of the doctrine and norms. As a result, it was possible to conclude by to need observe the legal system in order to avoid irregular treatment and the invalidity of the evidence.

Keywords: Penal Law. Data protection. Criminal Proceeding. Data violation.

Introdução

Considerando a determinação legal de não aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, também conhecida como LGPD (Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018) quando os dados pessoais forem tratados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais e, de outro lado o ordenamento jurídico pátrio de proteção à privacidade e aos dados pessoais, pretende-se analisar, pelo presente artigo a validade das informações pessoais obtidas em desacordo com a LGPD como prova no processo penal.

A Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal n.º 13.709/2018) é o marco em decorrência do grande avanço tecnológico de uma sociedade informatizada que foi se remodelando conforme a transmissão de informações em larga escala, principalmente com a descoberta da internet, conforme as relações entre as pessoas foram sendo modificadas em razão da velocidade dos acontecimentos em vias informatizadas e com a ocorrência de conflitos entre o uso de dados e o direito à privacidade, viu-se a necessidade da criação de um regulamento específico que tratava sobre a proteção de dados dos indivíduos.

Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi sancionada em 2018, colocando o Brasil como um dos países que abordam a proteção correta e específica dos dados pessoais dos indivíduos e seu principal

objetivo é a proteção dos direitos fundamentais de privacidade e liberdade, ambos atrelados a livre personalidade da pessoa natural, atuando conjuntamente com os dispositivos da Constituição Federal e demais legislações.

Em razão do processamento de informações e dados pessoais em massa, se revelou necessária a tutela e regulação dos dados pessoais dos indivíduos, mediante legislação específica, a qual possibilitou segurança jurídica e confiança para a sociedade em um contexto de constante avanço tecnológico e modernização das relações, com informações pessoais de natureza mais vulnerável à intimidade e a vida privada.

Outrossim, considerando a chamada indústria 4.0, bem como o consequente tratamento de informações de forma exponencial, dada a migração das relações pessoais e econômicas para os meios de tecnologia, a disciplina da proteção dos dados pessoais tem como fundamento, inclusive, consoante determinado pelo artigo 2º da LGPD, o respeito à privacidade, autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da plena cidadania pelos indivíduos. Ademais, a referida legislação tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento das pessoas, conforme dispõe o artigo 1º da LGPD.

Nesse sentido, importa conceituar dado pessoal como toda informação relacionada a uma pessoa natural, seja identificada ou identificável, consoante determina o art. 5º. Inciso I da LGPD. Por sua vez, consiste em dado pessoal sensível toda informação relacionada a pessoa natural e que trate sobre "origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico", nos termos do artigo 5º, inciso II, da LGPD.

Ainda, consiste em tratamento de dado "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (art. 5º, inciso X, LGPD).

De modo geral, as operações realizadas com dados pessoais devem observar os princípios apresentados pela legislação e disposições, inclusive no tocante às hipóteses para tratamento das informações pessoais.

Ressaltamos nesse artigo que alguns dados pessoais não são objeto de tratamento perante a LPGD, isso se dá porque apesar do propósito funcional da LGPD, importante o resguardo da soberania e das liberdades de expressão e de informação, bem como da segurança e da defesa do Estado, e, consequente e necessário equilíbrio entre a proteção da privacidade e a proteção da segurança pública.

Nesse sentido, merece destacar a disposição do artigo 4º, incisos I, II e IV, da LGPD, cujo teor afasta a aplicação da lei com relação ao tratamento realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, uma vez que não se enquadra no oferecimento e fornecimento de bens ou serviços, ou quando realizado para fins exclusivamente jornalístico e artístico ou acadêmicos, devendo, nessa hipótese, observar as hipóteses legais de tratamento ou quando provenientes de fora do território nacional e que não seja objeto de comunicação, uso compartilhado com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, nos termos da lei.

Da mesma forma, o artigo 4º, inciso III, da referida norma determina a não aplicação quando o tratamento for realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais, os quais serão objetos do presente estudo.

O tratamento de dados no âmbito penal

O Brasil atualmente conta com uma série de atos normativos que regulam o tratamento de dados, entretanto, nenhuma dessas legislações específicas guarnecem a respeito das questões criminais, o uso de medidas

contrárias a utilização de dados pessoais em investigações criminais muitas vezes se revela ineficaz perto da grande demanda que vem à tona dentro do âmbito penal.

De antemão, merece destacar que não é objeto de análise do presente trabalho o tratamento dos dados pessoais das informações constantes em banco de informações do Estado para fins de identificação criminal, o qual se revela legítimo e regular, notadamente quando utilizado com base no ordenamento jurídico pátrio e Constituição Federal.

Na tentativa de resolução desse conflito, tramita na Câmara dos Deputados um anteprojeto sobre o uso de dados pessoais na segurança pública, mas a própria Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet não têm dispositivos que versam sobre o uso desses dados em investigações, ou seja, não há definição de um conteúdo efetivo que regule o limite legal para utilização de dados pessoais em investigações criminais.

Aliás, conforme ressalta Pedro Beretta[1] o principal desafio do referido projeto consiste em conciliar o binômio "privacidade x persecução penal", a fim de afastar o tratamento desenfreado dos dados do cidadão, de forma clandestina e, ainda assegurar aos órgãos públicos e autoridades o necessário para a promoção das atividades de investigação criminal e segurança pública.

Atualmente, como o Brasil não possui regramento específico vigente para regular o limite legal do uso de dados pessoais nas investigações criminais, ele se vale de um conjunto de normas e princípios que necessitam de decisão judicial para fazer a captação e tratamento desses dados, como, por exemplo, para o grampeamento de ligações feitas pela polícia em casos investigativos, ou seja, admite-se apenas para a comunicação telefônica para fins investigativos ou instrução processual, por ordem judicial a quebra do sigilo, ainda que nos casos de gravações telefônicas, que são casos de quebra ao sigilo da comunicação, mas, ao fim ao cabo é a única forma tecnicamente conhecida e usada para preservar a ação comunicativa, visto sua característica instantânea, por meio que se tem um certo interesse público no âmbito das investigações criminais.

Sempre quando mencionamos a inviolabilidade do sigilo das telecomunicações, são pressupostos que estão atrelados também no direito à privacidade juntamente com a inviolabilidade da intimidade, a honra, a vida privada e o uso do direito de imagem, todos esses conceitos são guarnecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados e a Constituição Federal e estão intrinsecamente ligados aos meios de tratamento mediante consentimento dos titulares, visto que fazer o uso desses dados sem o consentimento ou decisão judicial prévia é vedado de acordo com a LGPD e pode caracterizar uma ofensa ao direito fundamental de privacidade e proteção de dados, previstos no art. 5º, incisos XII e LXXIX da Constituição Federal.

Por outro lado, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico prevê regramentos específicos para a intercepção de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, nos termos da Lei n.º 9.296/96, o qual, inclusive, dependerá de ordem judicial do Juízo competente da ação principal, sob segredo de justiça.

No mesmo sentido, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) dispõe a possibilidade de quebra de dados relacionados a registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet, conforme previsto nos arts. 22 e seguintes da referida legislação, determinando, ainda, nos arts. 13 e 15 o prazo de guarda de 1(um) ano para manutenção dos registros de conexão e, por sua vez, de 6 (seis) meses para guarda de registros de acesso às aplicações. Ainda, a lei de lavagem de dinheiro e Lei de Organizações Criminosas também fazem menção ao acesso e disposição de informações pelas agências de segurança[2].

[1] BERETTA, Pedro. *LGPD e o tratamento de dados em Direito Penal.* 2021. Disponível em: https://analise.com/opiniao/lgpd-e-o-tratamento-de-dados-em-direito-penal. Acesso em: 3 mar. 2023.

[2] FERREIRA, André da Rocha. Tratamento de dados pessoais em investigações criminais: o direito fundamental à autodeterminação informativa como limite constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 185, ano 29, p. 115-159, nov. 2021. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-47612. Acesso em: 25 abr. 2023.

Realizar o uso de dados pessoais dos indivíduos sem o consentimento deles é vedado, entretanto, a legislação brasileira autoriza a dispensa do consentimento nos casos em que os dados objeto do tratamento tenham sido publicizados pelo próprio titular, todavia, desde que sejam tratados com finalidade específica. Dessa forma, o consentimento de acordo com a LGPD deve ser aconselhável nesses casos, sendo que a referida legislação regula que o consentimento deve se dar de maneira escrita ou mediante manifestação de vontade do titular, sendo vedado o tratamento obtido por vício de consentimento.

A LGPD também estabelece a possibilidade de tratamento de dados anonimizados, ou seja, dos quais os titulares não podem ser reconhecidos, razão pela qual não são considerados dados pessoais.

Assim, a fim de resguardar a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal, o art. 2º da LGPD Penal, conforme popularmente conhecido o Anteprojeto da "Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal" dispõe tais garantias entre os fundamentos que norteiam a proteção de dados pessoais nas atividades de segurança pública e de persecução penal[3], devendo ser o tratamento dos dados pessoais direcionados por diretrizes éticas[4] e, ainda, fundamentado em decisões judiciais e ou normas autorizadoras.

Ocorre que, por outro lado, a imersão dos indivíduos no mundo digital e as tecnologias permitem inúmeras formas de invasão da privacidade, devendo, contudo, ser observados os princípios legais e éticos[5].

Vale lembrar que, excetuadas as situações de não aplicabilidade, de anonimização, de incidência de outras hipóteses para o tratamento e de dispensa de consentimento, a hipótese legal de consentimento para o regular tratamento de dados é uma alternativa a ser satisfeita, nos termos da Lei e, portanto, o tratamento de dados regular deve ser precedido de informações claras, adequadas e ostensivas (art. 9º, caput). De fato, a própria noção do que seja um tratamento de dados pessoais justo e lícito é vinculada ao consentimento do indivíduo.

Dados obtidos em desacordo com a LGPD e a utilização como meio de prova no âmbito do direito processual penal

Princípio basilar do processo penal, a verdade real guia tal ramo do direito ao ponto que a busca por ela é indispensável. Consequentemente, a prova torna-se elemento fundamental no Direito Processual Penal brasileiro. A busca pela verdade real dos fatos que demandam aplicação da norma jurídica penal só é alcançada através de provas que certificam a veracidade dos acontecimentos e circunstâncias.

Nesse sentido, bem pontua o notável doutrinador Renato Brasileiro: "Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo"[6].

Embora recaiam muitas críticas sobre a busca pela verdade, tal princípio é substancial na matéria criminal. Em outras palavras, ainda que conseguir a verdade real acerca de fatos pretéritos seja uma tarefa desafiadora, a produção de provas, com base na legalidade, é o caminho mais seguro para estar próximo dos fatos verdadeiros. Quanto à definição de provas e à sua finalidade cabe uma advertência:

[3] MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 190, ano 30, p. 117-156, maio/jun. 2022. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/media/contatos/anexo-16-03-2021-10-05-12-723627.docx. Acesso em: 3 mar. 2023.
[4] Ibid.
[5] Ibid.
[6] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único. p. 666

> Uma busca irrefletida e ilimitada pela verdade pode conduzir a abusos e violações de direitos fundamentais, e existem boas razões históricas em favor dessa constatação. Por vezes, a busca pela verdade é utilizada como artifício retórico para legitimar práticas autoritárias, justificadas pelo fim maior de alcançá-la. [...] Versões atuais desse pensamento conduzem à convalidação de nulidades e à admissão de provas ilícitas. Essa constatação deve conduzir a um afastamento da busca da verdade como objetivo último e que prepondera sobre direitos fundamentais, contudo, não é suficiente para justificar a sua exclusão como um dos fins do processo penal.[7]

A ilicitude das provas é tema central do presente estudo e requer cuidado e atenção. Tanto é que assim dispõe a Constituição Federal que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*" (art. 5º, LVI). O reconhecimento de que determinada prova é ilícita está estritamente associado aos meios de sua obtenção.

Importa diferenciar, ainda, a prova ilegítima da prova ilícita. A primeira consiste em ofensa às normas de direito processual, ou seja, a sua produção se afasta do regramento processual penal, desatendendo-o. Lado outro, a prova ilícita é produzida de forma contrária aos princípios e normas de direito material, sendo que o próprio direito material e, via de regra, pressupõe a violação durante a colheita da prova, anterior ou durante o processo, mas de forma estranha a este[8].

Ademais, o princípio da legalidade ratifica a invalidade de elementos obtidos em desconformidade com o ordenamento, como ausência, abuso ou desvio de expressa autorização legal, tornando-os em prova ilícita. Outro princípio basilar da investigação legal é a inadmissibilidade das provas derivadas de outras ilícitas, uma vez que há a contaminação daqueles que se originam em fonte irregular, que, inclusive, gera nulidade absoluta pois as "provas serão imprestáveis"[9].

Em relação às provas ilícitas, cabe destacar ainda a previsão expressa no art. 157 do Código de Processo Penal: "*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*". Somado a isso, o parágrafo primeiro faz menção às provas ilícitas por derivação, dando corpo à teoria dos frutos da árvore envenenada, que assim dispõe: "*São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras"*. A norma prevê, portanto, que todas as provas decorrentes daquela obtida ilicitamente estarão maculadas de ilegalidade.

Em meio a uma gana insaciável de encontrar respostas aos fatos, os procedimentos muitas vezes são vilipendiados a fim de alcançar provas das mais variadas formas, tanto para condenar quanto para absolver réus em processos penais. Todavia, com propósito de resguardar direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna prevê uma série de inviolabilidades que quando observadas desnaturam a prova, tornando-a ilícita[10].

Ressalta-se que existem as provas ilegítimas, cujo teor diverge das provas ilícitas, vez que aquelas ferem normas de caráter processual, enquanto essas violam normas de natureza material. A discussão ora proposta reserva-se às provas ilícitas.

Cumpre mencionar a existência de algumas exceções, pois, embora a regra seja a invalidade de provas obtidas ilicitamente, em alguns casos é possível sua utilização para instrução processual e construção do convencimento do órgão julgador. São três situações observadas: a teoria da fonte independente, a teoria da

[7] DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 71-132 (p. 1-42 on-line), mar. 2021. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-1945. Acesso em: 4 maio 2023. p. 9.

[8] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/105154792/v7/page/RB-3.1. Acesso em: 3 maio 2023.

[9] KISS, Vanessa Morais. *A investigação defensiva no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290748216/v1/page/RB-1.8. Acesso em: 4 maio 2023.

[10] LIMA, op. cit.

descoberta inevitável e a teoria da limitação da contaminação expurgada. Cabe descrever, suscintamente, vez que não se trata do propósito do presente artigo, as características das exceções.

De maneira bastante genérica, a teoria da fonte independente preconiza a possibilidade de demonstrar que determinada prova foi obtida sem nexo causal com aquela alcançada por meios ilícitos. Isto é, basta comprovar que a prova foi atingida pelas vias adequadas, respeitando todas as prerrogativas garantidas por lei. Já a teoria da descoberta inevitável configura-se na demonstração de que determinada prova seria naturalmente obtida no decorrer do processo penal e da instrução criminal, ainda que a prova ilícita não existisse.

Ademais, ainda que paire controvérsias em torno das provas no processo penal, em razão de serem elas o coração da matéria, ainda que os fatos relevados através de provas ilícitas sejam importantes para os processos, não são aceitos pelo ordenamento brasileiro, e nesses casos, a prova deve ser desentranhada do processo e não pode ser reputada de maneira alguma para o julgamento.

De outro lado, é importante esclarecer que quando o próprio acusado colhe a prova ilícita, a doutrina entende que a ilicitude é eliminada por hipótese de justificação legal, como, por exemplo, para a legítima defesa, sendo aplicado, para tanto, a teoria da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa[11].

Conclusão

Extrai-se, portanto, que a fim de identificar e verificar a validade da prova obtida no processo penal, ainda que na fase de investigação, é imprescindível observar a forma de obtenção consoante dispõe o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de consistir em prova ilícita e, portanto, ser plenamente desconsiderada.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/105154792/v7/page/RB-3.1. Acesso em: 3 maio 2023.

BERETTA, Pedro. *LGPD e o tratamento de dados em Direito Penal.* 2021. Disponível em: https://analise.com/opiniao/lgpd-e-o-tratamento-de-dados-em-direito-penal. Acesso em: 3 mar. 2023.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 71-132, 2021.

FERREIRA, André da Rocha. Tratamento de dados pessoais em investigações criminais: o direito fundamental à autodeterminação informativa como limite constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 185, ano 29, p. 115-159, nov. 2021. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-47612. Acesso em: 25 abr. 2023.

KISS, Vanessa Morais. *A investigação defensiva no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290748216/v1/page/RB-1.8. Acesso em: 4 maio 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único. p. 666

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 190, ano 30, p. 117-156, maio/jun. 2022. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/media/contatos/anexo-16-03-2021-10-05-12-723627.docx. Acesso em: 3 mar. 2023.

Obras consultadas

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; MAIMONE, Flávio Henrique Caetano de Paula. O diálogo das fontes e o regular tratamento de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, v. 132, p. 119-141, nov./dez. 2020.

FERREIRA, Keila Pacheco; RESENDE, Ana Paula Bougleux Andrade. Histórico normativo da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro: avanços e retrocessos na tutela da privacidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, v. 137, ano 30, p. 85-112. set./out. 2021.

SANTOS, Ana Luiza Liz dos. Lei Geral de Proteção de Dados: um estudo comparativo em relação à efetividade dos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, v. 1013, p. 3105-3126, 2020.

[11] AVOLIO, op. cit.

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva-SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: revistadireitoesociedade@unifipa.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, queterá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.
3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).
4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.
5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.
6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).
7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.
8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deveráser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.
9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2018.
10. Citações devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR10520:2023.
11. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*