Revista da ESMAPE ON LINE

VOLUME 5 | NÚMERO 9 - JANEIRO A JUNHO DE 2026 - TOMO 2

ISSN 2675-7125

Revista da ESMAPE ON LINE

VOLUME 5 | NÚMERO 9 - JANEIRO A JUNHO DE 2026 - TOMO 2

ISSN 2675 - 7125

Copyright Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares
Projeto de capa: Fernando Gonçalves de A Silva
Diagramação: Msc. Luciano Costa
Revisão ortográfica dos originais: Autores

A Esmape divulga assuntos de interesse jurídico pedagógico.
Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

Sítio:

https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/revista-da-esmape/edicoes

---

Revista da Esmape online / Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). Ano I, n. 1, (2022-). – Recife: Esmape, 2022- .
Semestral

ISSN 2675 – 7125

1. Direito – Periódico. I. Escola Judicial de Pernambuco. II. Esmape

---

Correspondências:
Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra
Recife – PE | CEP 50.080-900
revista.esmape@tjpe.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Mesa Diretora - Biênio 2024/2026

PRESIDENTE
Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE
Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO

Biênio 2024/2026

DIRETOR-GERAL
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA GERAL
Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR
Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão

Conselho Editorial

DIRETOR-GERAL
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL
Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

MEMBROS

Alexandre Freire Pimentel
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Paula Lira Melo
André Vicente Pires Rosa
Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Élio Braz Mendes
Éric Castro e Silva
Fernanda Moura de Carvalho
Fernando José Borges Correia de Araújo
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Frederico Ricardo de Almeida Neves
Gustavo Ferreira Santos
Hélio Silvio Ourem Campos
Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
João Maurício Adeodato
João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
Jones Figueirêdo Alves
José Carlos de Arruda Dantas
José Fernando Simão
Jorge Américo Pereira de Lira
José Mário Wanderley Gomes Neto
José Ronemberg Travassos da Silva
Leonardo Carneiro da Cunha
Lúcio Grassi de Gouveia
Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
Mauro Alencar de Barros
Orlando Morais Neto

Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Sérgio Torres Teixeira
Silvio Romero Beltrão
Teodomiro Noronha Cardozo
Torquato da Silva Castro Júnior
Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva
Venceslau Tavares Marília Montenegro Pessoa de Mello

Coordenação Geral

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Coordenação Técnica e Editorial

Joseane Ramos Duarte Soares

Sumário

Um legado de ciência e inovação na Esmape 13
Jorge Américo Pereira de Lira

ARTIGOS

**DA NATUREZA À NORMA:
JUSTIÇA, IDEOLOGIA E DIREITO NATURAL EM PERSPECTIVA CRÍTICA 17**
Jorge Américo Pereira de Lira

A ERA DIGITAL E A RECONSTRUÇÃO PÓSTUMA DA IMAGEM: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO 49
Karina de Souza Vasconcelos

***FAKE NEWS* E O PAPEL DO DIREITO NA PROTEÇÃO À SOCIEDADE BRASILEIRA 71**
Maria Antonieta dos Santos Calado de Albuquerque

A FUNÇÃO JURISDICIONAL E UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DIRETRIZES REGULATÓRIAS DA RESOLUÇÃO 615/2025 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ 99
Marília de Lourdes Lima dos Santos

CONTAMINAÇÃO PSÍQUICA E IMPARCIALIDADE DO JULGADOR: A HIPÓTESE DE REEXAME DO PROCESSO POR QUEM ADMITIU PROVA POSTERIORMENTE RECONHECIDA COMO ILÍCITA 117
Paulo de Tarso Meneses
Luiz Antonio Costa de Santana

A TEORIA CONGLOBANTE DA TIPICIDADE: POTENCIAL EXPANSIVO DO DIREITO PENAL E SEUS EFEITOS NOS DIREITOS HUMANOS 139
Plínio Tavares de Negreiro

O ESPECTRO DA CRIMINALIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 310 DO CTB E O POSSÍVEL PARADOXO DA ULTIMA RATIO 163
Rodrigo Rougllas Eloi Gomes

O BENEFÍCIO ESPECIAL: CÁLCULO, NATUREZA JURÍDICA, TRIBUTAÇÃO E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO PELO STF DO MANDADO DE SEGURANÇA 31.299.....187
Rodrigo Tenório

ERRO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: O REFLEXO DA DICOTOMIA ENTRE A VONTADE GENUÍNA E A DECLARAÇÃO DE VONTADE.....213
Tatiane Cristine Costa Guedes
Silvio Romero Beltrão

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA? 261
Taís Schilling Ferraz
Iasmina Rocha

O PAPEL ESTRATÉGICO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO BRASIL 285
Uelington José Ferreira da Cunha

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS: A SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK E DO DIREITO COMPARADO IBÉRICO.....309
Yan Lucas Ramos Brasil
Giorge André Lando

Um legado de ciência e inovação na Esmape

É com satisfação e o senso de dever cumprido que me dirijo à comunidade acadêmica jurídica, ao concluirmos o biênio 2024-2026 à frente da Diretoria-Geral da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape).

Entregamos, neste ensejo, mais uma edição da *Revista da Esmape Online*, o volume 5, número 9, que abrange o período de janeiro a junho de 2026. Mantendo o firme compromisso com a tradição e o reconhecimento, a edição será, excepcionalmente, vertida para o formato impresso em tiragem seleta, destinada a agraciar pesquisadores, instituições congêneres e bibliotecas jurídicas, dando prosseguimento à notável trajetória deste periódico, editado ininterruptamente desde 1996.

A missão primordial da Esmape, enquanto instituição acadêmica do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), transcende a mera formalidade. Reside, antes, no imperativo de divulgar a produção técnico-científica e fomentar o debate acadêmico jurídico.

É o pensamento jurídico que, ao ser revisitado e enriquecido por novas práticas, teses, releituras e teorias, possibilita ao Direito acompanhar, com a necessária acuidade, as incessantes transformações sociais do nosso tempo. A ciência, em sua expressão mais elevada, é o vetor inegociável desse progresso.

Convergindo para este mesmo objetivo, lançamos, com o mesmo entusiasmo, os *Cadernos Esmape – Série Teses e Dissertações*. Este novo periódico institucional foi concebido para dar o devido palco às pesquisas de Mestrado e Doutorado, acadêmico e profissional, de nossos magistrados e servidores.

A maturidade intelectual e o alicerce teórico construídos por estes profissionais, por meio de aprofundadas revisões de literatura e pesquisas de campo, representam um capital intelectual de inestimável valor. É uma contribuição basilar que o TJPE tem a honra de receber e registrar, visando ao aprimoramento contínuo e à elevação da qualidade de suas práticas jurisdicionais.

Não podemos esquecer, ainda, o marco significativo das celebrações do Dia Internacional da Mulher em 2025, ocasião em que a Esmape teve a distinção de editar oito obras de magistradas do Poder Judiciário estadual. Tais publicações representaram um memorável feito para a Escola e para o Judiciário, evidenciando o talento e a produção feminina em nosso meio.

Ao findar este biênio, a sensação de dever cumprido se completa, não apenas pela exitosa divulgação das pesquisas, mas sobretudo pela implantação visionária de dois cursos de Mestrado Profissional: um dedicado às Políticas Públicas e outro voltado à Inovação Tecnológica. Estas iniciativas, em simbiose com o fomento à pesquisa e à publicação, elevam o patamar da ciência e posicionam a Esmape como um centro irradiador de conhecimento qualificado e de soluções concretas para os desafios da Justiça.

Conclamo, por fim, a todos os membros da comunidade jurídica – magistrados, servidores, discentes e pesquisadores – a que continuem a depositar sua confiança intelectual na Esmape. Que a força motriz de suas investigações se traduza em mais e mais publicações técnico-científicas em nossos periódicos.

Somente pelo rigor da pesquisa e pela generosidade da difusão do saber edificaremos um Judiciário cada vez mais justo, eficiente e em plena sintonia com as exigências da sociedade.

Parabéns a todos os autores e colaboradores.

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
Presidente do Conselho Editorial

DA NATUREZA À NORMA: JUSTIÇA, IDEOLOGIA E DIREITO NATURAL EM PERSPECTIVA CRÍTICA

Jorge Américo Pereira de Lira

DA NATUREZA À NORMA: JUSTIÇA, IDEOLOGIA E DIREITO NATURAL EM PERSPECTIVA CRÍTICA

Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral da Escola Judicial de Pernambuco – (Esmape). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Autor de livros e artigos científicos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Justificação filosófica da existência do Direito Natural; 2. Tentativa de se apreender um conteúdo; 3. Vigência do Direito Natural; 4. Direito e Justiça; 4.1. Perspectiva filosófica; 4.2 Perspectiva sociológica; 4.2.1. Visão histórica; 4.2.2. Definição; 4.3. Identidade de conceitos; 5. Direito Positivo e Direito Natural; 5.1. Posicionamento jusnaturalista e juspositivista; 5.2 Direito Natural e Ideologia; 6. Relações Entre Justiça e Direito; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo explora as considerações sobre o conteúdo do Direito Natural, iniciando com uma justificação filosófica de sua existência. A discussão aborda a natureza da Lei Natural, afirmando que sua existência é uma consequência do testemunho da consciência humana, cujo primeiro princípio é fazer o bem e evitar o mal. Critica-se a visão de sociólogos positivistas que negam a Lei Natural, argumentando que suas objeções atingem apenas aplicações secundárias e não os princípios intrínsecos e imutáveis.

A busca por um conteúdo para o Direito Natural o correlaciona intrinsecamente com a ideia de Justiça, sendo considerado o “critério absoluto do justo”. O texto examina a vigência do Direito Natural, observando como seus princípios se incorporam ao Direito Positivo de povos civilizados e a importância dos princípios no ordenamento jurídico.

A relação entre Direito e Justiça é analisada sob perspectivas filosófica e sociológica. Filosoficamente, o Direito é definido como normas de conduta que consideram a dignidade da

pessoa, embora a existência de normas injustas em um sistema jurídico seja admitida. Sociologicamente, o artigo explora a possibilidade de conceituar Justiça a partir da realidade social, criticando o afastamento do Direito dessa realidade e a influência do formalismo jurídico.

Por fim, o ensaio discute a complexa relação entre Direito Positivo e Direito Natural, abordando os posicionamentos jusnaturalista e juspositivista, analisando também a concepção do Direito Natural como ideologia, reconhecendo que o direito sempre possui um conteúdo ideológico.

1 – JUSTIFICAÇÃO FILOSÓFICA DA EXISTÊNCIA DO DIREITO NATURAL

Ao tratar do conteúdo do Direito Natural, devemos começar adotando um enfoque filosófico, visto que é neste campo que se especula sobre a essência e existência dos seres. Não se pode negar à Filosofia, especificamente à Metafísica, o estudo do "ente enquanto ente". Daí a perquirição mais profunda da essência e da existência do Direito Natural há de ser buscada nos princípios fundamentais da reflexão filosófica.

Ao se falar em Direito Natural, aflora a imediata necessidade de se falar em Direito Positivo, e especificamente em lei. Parece ser impossível dissociar "Direito" de "Lei". Por outro lado, se admite um Direito Natural, há de se aceitar, também, uma lei natural. Antes, pois, de se falar em Direito Natural, temos de justificar ou fundamentar a existência de uma Lei Natural. Provada esta, o Direito Natural será, inelutavelmente, sua consequência.

Vejamos, pois, a existência, a natureza e os princípios da Lei Natural. Dentro da escolástica ou filosofia tomista, a existência da Lei Natural é uma conseqüência do **Testemunho da Consciência**. Na verdade, a consciência do ser humano não pode deixar de se pronunciar sobre certos juízos, como também, de considerá-los evidentes, arrebatando o assentimento da razão humana, qualquer que seja a oposição que possam encontrar em nossos preconceitos ou paixões. Assim, o primeiro princípio da Lei Natural está inserto: **É necessário fazer o bem e evitar o mal.** É um princípio contra o qual não podemos investir, sem incorrermos na censura de nossa consciência. É ao conjunto de juízos como estes, que os filósofos,

depois de Kant, denominam **Juízos Práticos Universais:** a lealdade, a fidelidade às promessas, a necessidade de dizer a verdade etc[1].

Não se pode esquecer que os sociólogos positivistas modernos (como DURKHEIM e outros) pretenderam negar a existência da Lei Natural, investindo contra o seu primeiro princípio: **é necessário fazer o bem e evitar o mal[2].** Dizem tais autores que o **bem e o mal** são unicamente resultantes de influências sociais, visto que práticas hoje observadas como más, anteriormente eram tidas como boas e legítimas (poligamia, sacrifícios humanos, assassínio de pais envelhecidos, etc.).

Na realidade, tal ataque só atinge aspectos secundários, por considerarem, tão somente, falsas aplicações da Lei Natural, pois há atos que consideramos como bons em si mesmos e por si mesmos, independentemente de leis humanas (como: dizer a verdade, ser fiel à palavra empenhada, amar aos pais). Ora, nas civilizações em que o filho mata o pai envelhecido, ele busca uma demonstração de amor filial, livrando-o das desventuras da velhice. Isto é uma falsa aplicação da lei natural de amor entre pais e filhos.

Uma outra justificativa da existência do Direito Natural se encontra na possibilidade da existência de instituições contraditórias. Isto leva os pensadores a admitir uma ordem superior em que impere a verdade plena. Ou ainda, um critério absoluto do justo, que independa de eventuais normas positivas e codificadas. Assim, Del Vecchio considera o Direito Natural como o **"critério absoluto do justo"**[3].

Dentro, portanto, dos juízos que informam a lei natural, temos de constatar que há uma **imutabilidade intrínseca;** ou seja, a lei natural é imutável em si mesma e seus princípios não podem desaparecer da natureza humana. Não se pode excluir, porém, a possibilidade de evolução e modificações ou progressos. Mais isto diz respeito tão somente à aplicação dos princípios gerais da lei natural. Há, também, o princípio segundo o qual a lei natural goza de **imutabilidade extrínseca,** ou seja, não é lícito revogá-la, transgredi-

---

[1] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_ metafisica_costumes.pdf>. Acesso: 21.07.2025.

[2] DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, fl. 43.

[3] DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito**. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991, fl. 12 e ss.

la ou dispensá-la, ainda que parcialmente, quanto a suas prescrições fundamentais. Isto é tão impossível quanto ao homem renunciar no todo ou em parte a sua natureza.

Quais seriam alguns destes preceitos fundamentais?

> *a) Enquanto ser vivo, deve o homem respeitar o SER VIVO que é, e zelar pela manutenção de sua vida e de sua saúde. É o instinto de preservação individual.*
>
> *b) Enquanto ser racional, o homem deve conduzir-se como pessoa, desenvolvendo sua razão em busca da verdade e de sua liberdade, inclusive liberando-se do domínio de suas paixões.*
>
> *c) Enquanto membro de uma espécie, o homem deve procurar contribuir para sua preservação. É a necessidade de preservação da espécie humana.*
>
> *d) Enquanto ser social, o homem deve obedecer à autoridade encarregada de assegurar o bem comum da sociedade.*

Tais preceitos acima enunciados estão em consonância com o primeiro princípio da lei natural: **fazer o bem e evitar o mal.** Tal princípio de ordem prática, corresponde a outro de ordem especulativa, ou seja, o de identidade – o que é, é. Assim como o princípio de ordem especulativa, o da lei natural é apreendido por intuição imediata.

Esta intuição imediata é tão verdadeira como a do ser, tanto que a idéia do Direito Natural acompanha o homem através de toda a sua história, e, à medida em que o homem vai entendendo a sua natureza, vão-se impondo as normas de justiça, oriundas do Direito Natural. Mesmo pensadores e doutrinadores sem compromissos com a antiga Metafísica, como DEL VECCHIO [4], apresentam a lei natural como inserta na própria natureza humana. Mas se a Filosofia observa os preceitos da lei natural, sob o aspecto total do homem, os pensadores, com forte tendência jurídica, buscam e fundamentam a existência do Direito Natural, através de uma concepção bilateral. Assim, vejamos frases de KANT e SPENCER:

> *KANT: "Atua externamente de tal modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se com o livre uso do*

[4] DEL VECCHIO. *Op cit.,* fl. 23.

> *arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade"*[5]*.*
> *SPENCER: "Cada homem é livre de fazer o que quiser, contanto que não prejudique a liberdade dos outros homens"*[6]*.*

Ora, nas duas assertivas, o Direito Natural é apresentado como normas a reger a conduta em relação a outros. É a forte influência da bilateralidade do direito positivo. Mas, como vimos, anteriormente, a lei natural é bem mais ampla, uma vez que o seu primeiro princípio normatiza para o próprio indivíduo, também.

Ainda, sem uma tomada de posição, mas tão somente como ilustração, os filósofos jusnaturalistas exigem "condições de legitimidade" para a lei positiva, visto que esta, para ser legítima, não basta que exprima a vontade do chefe ou a do maior número de pessoas. A lei positiva deve estar de acordo com a lei natural e em nada violá-la.

Assim, qualquer lei positiva tem que ser justificada em alguma lei natural. Deve ainda, a lei positiva visar o bem comum da sociedade, e tal bem comum não se deve confundir com o bem particular de indivíduo, grupo ou partido. Ainda, a lei positiva não pode exceder o poder do legislador e este não pode ordenar o que não for exequível.

De forma alguma, porém, admitimos que há unanimidade entre os pensadores sobre a existência do Direito Natural. Buscada tal justificativa na Filosofia e em pensadores meramente jurídicos, não podemos faltar com a honestidade científica para apresentar algumas posições contrárias. Sem dúvida, temos de respeitar o peso dos argumentos de Kelsen. Para ele, o Direito Natural não passa de uma ideologia a serviço de alguns interesses, ou seja, uma máscara a serviço de tais interesses[7]. Evidentemente, que para os positivistas, Direito sempre vai assencialmente unido à positividade. Assim, para estes, o que não é positivo não é Direito. Há, pois, a identidade entre positividade e ordenamento jurídico. Será, porém, que a positividade

---

[5] KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** [*Die Metaphysik der Sitten*]. Tradução: Edson Bini. – São Paulo: Editora Unesp, 2003.
[6] SPENCER, Herbert. **Social Statics: or the conditions essential to human happiness specified, and the first of them developed** [Tradução livre: Estática social: ou as condições essenciais à felicidade humana especificadas, e a primeira delas desenvolvida]. – Londres: John Chapman, 1851.
[7] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979, fls. 306/307.

constitui a nota essencial do Direito? Se tal for admitido, temos de dar razão a Kelsen.

Após Kelsen, porém, e sua idéia, surge a pergunta: - O que é positividade? É o que está escrito ou o que é aplicado? Existem muitas normas descritas que não são aplicadas. São positivas? Guasp, por exemplo, diz que o direito é a ciência das possibilidades jurídicas, ou seja, *"de las formas possibles del Derecho"*[8] o que transcende a simples possibilidade.

A norma escrita, não aplicada, é uma forma possível de Direito, assim como a norma não escrita, mas que é vivida, aplicada, também é Direito. Se positividade for correlacionada com a aplicação da norma, temos de nos submeter à conclusão de Cathrein, para quem o Direito Natural é *"un verdadeiro Derecho positivo, válido, existente... se por Derecho positivo se entiende todo o Derecho realmente existente y obligatório"*[9].

2 - TENTATIVA DE SE APREENDER UM CONTEÚDO

Quer se admita o Direito Natural como positivo, existente ou ainda, como ideologia ou máscara, como quer Kelsen, vamos continuar na busca de seu conteúdo. Se ideologia, qual o seu conteúdo? Del Vecchio, um jusnaturalista, considera o Direito Natural como o "critério absoluto do justo". Legaz y Lacambra diz que o Direito Natural é a projeção social da ordem moral, tendo como conteúdo a justiça. Leibnitz aceita a tradição escolástica da Justiça Universal, comutativa e distributiva, que corresponde aos preceitos romanos do *"honeste vivere, neminem laedere et cuique suum tribuere"*[10].

Mas, antes de mais nada, e desde que este trabalho quer se manter com fidelidade ao ensinamento de várias correntes, faz-se mister, indubitavelmente, examinar com mais cuidado o posicionamento de Kelsen, quer pelo peso de seu argumento, quer por ser apresentado como um negador do Direito Natural.

Primeiramente, Kelsen, em sua **Teoria Pura do Direito,** fala em Direito Natural, sempre correlacionando-o com **Justiça,** v.g.:

---

[8] GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil* [Tradução livre: Direito Processual Civil]. 6. ed. – Madrid: Instituto Editorial Reus, 1959.

[9] CATHREIN, Victor. **Filosofia del derecho: el derecho natural y el positivo** [Tradução: Alberto Jardon e Cesar Barja]. – Madrid: Reus, 1950.

[10] LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Meditação sobre a noção comum de justiça** [Tradução: Celi Hirata]. Revista Dois Pontos, Curitiba, São Carlos, v.21, n.1, p.118-133, junho de 2024.

> *- "Se o considerarmos em relação a uma ordem superior que tem a pretensão de ser o Direito ideal, o Direito justo, e exige que o Direito Positivo lhe corresponda – em relação, por exemplo, com Direito Natural ou com uma Justiça, por qualquer forma concebida - ..."*[11] *(Grifos do autor).*

Que é para Kelsen a ideologia?
Vejamos. Assim se expressa Kelsen:

> - "Se por ideologia se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento..."[12].

Desta forma, Kelsen apresenta dois sentidos admitidos para a palavra ideologia:

> *a) realidade natural e sua descrição;*
> *b) representação influenciada por valores subjetivos.*

Daí Kelsen concluir que o Direito Natural está influenciado por valores subjetivos e, portanto, é ideologia no segundo sentido. Mas acontece que Kelsen diz também:

> *- "Se se considera o Direito Positivo, como ordem normativa, em contraposição com a realidade do acontecer fático que, segundo a pretensão do Direito Positivo, deve corresponder a este (se bem que nem sempre lhe corresponda), então podemos qualificá-lo como "ideologia" (no primeiro sentido da palavra)"*[13].

E mais adiante:

> *- "... e uma teoria do Direito Positivo que o confunda com um Direito Natural ou com qualquer outra idéia de Justiça, com o intuito de justificar o desqualificar aquele, tem de ser rejeitada como ideológica (no segundo sentido da palavra)".*[14]

---

[11] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. Ebook, fl. 160. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994198>. Acesso em: 10.07.2025.
[12] *Idem. Ibidem,* fl. 160/161.
[13] *Idem. Ibidem*, fl. 161.
[14] *Idem. Ibidem*, fl. 161.

Desta forma, para Kelsen, tanto o Direito Positivo, como o Direito Natural são "ideologia", ou no primeiro, ou no segundo sentido da palavra. É difícil, portanto, admitir-se que "ideologia" para o Direito Natural sirva para lhe negar a existência e ideologia, só por ser tomada com outra concepção, não sirva para negar a existência do Direito Positivo[15].

Mas, já ultrapassamos a etapa da fundamentação da existência ou não do Direito Natural. O aprofundamento atual se deve somente à necessidade de encontrar o conteúdo do Direito Natural. Tanto para os que o admitem, como para os que o negam, o Direito Natural está intimamente vinculado, correspondente à idéia de **Justiça.** Para especificar, permaneçamos com Del Vecchio em que o Direito Natural é o "critério absoluto do justo". Vimos em citações várias que é o **justo** que predomina como conteúdo do Direito Natural.

Deparamo-nos agora com a dificuldade de apreender um "critério absoluto do justo", válido em quaisquer circunstâncias, para discernir a justiça e a injustiça. E na perquirição do conceito de justiça, grande parte da doutrina vê-se muitas vezes diante da necessidade de adotar critérios de valoração: Seria a conveniência individual ou coletiva o critério válido para se apreender o sentido absoluto do justo? Seria o pragmatismo, como componente indispensável ao progresso? Seria a equidade, a certeza ou a segurança nas relações de interação social? Seria ainda a proporcionalidade, como fator indispensável ao equilíbrio nas relações sociais, o critério valorativo a ser adotado?

Ora, conforme afirma Recaséns Siches, *"La justicia es un principio de armonia, de igualdad proporcional en las relaciones de cambio y en los procesos de distribución de los bienes".*[16] Daí talvez a necessidade de se eleger critérios de medida das realidades a serem igualadas ou harmonizadas, afim de facilitar o processo de interação social, ou de tornar possível a convivência.

A Filosofia conceitua Justiça como a vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido.

---

[15] VASCONCELOS, Arnaldo; MUNIZ, Antônio Walber Matias; MUNIZ, Fernanda Eduardo Olea do Rio. **A ideologia como base do positivismo ortodoxo kelseniano**. Revista Jurídica, vol. 01, n°. 46. – Curitiba, 2017, fls. 385-401. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/2013/1294>. Acesso em: 05.06.2025.

[16] SICHÉS, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho** [Tradução livre: Tratado geral de filosofia do direito]. 7. ed. – México: Porrúa, 1981, fl. 423.

Aftalion, Olano e Vilanova dizem que a Justiça, o sentimento do justo, é intuitivo, admitindo que a justiça pura e verdadeira não é a conformidade com as normas positivas, não sendo o único valor jurídico, mas é o valor supremo e central. Daí os autores citam exemplos em que há intuição sobre o sentimento do justo[17].

Legaz y Lacambra acompanha Tomás de Aquino definindo a Justiça como a *"constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".* Platão diz que a Justiça é uma virtude que se supra ordena às demais virtudes, estabelecendo entre elas uma relação harmônica. É a saúde da alma, o caminho para a felicidade, tanto do indivíduo quanto do Estado.

Para Aristóteles, a Justiça é a virtude total e perfeita que se deve encontrar em todas as outras virtudes, mantendo igual distância entre o muito e o pouco. É o *"In médio virtus"* dos romanos. Assim, a virtude da valentia está entre os extremos de temeridade e covardia, e a generosidade entre a prodigalidade e a avareza. Como tal qualidade se encontra em todas as virtudes, a justiça compreende em si todas as virtudes.

E assim, poder-se-ia buscar em tantos outros autores o que pensam sobre a Justiça, e em autores de vários campos de estudo.

3 - VIGÊNCIA DO DIREITO NATURAL

Identificado precariamente um conteúdo, conforme a perspectiva aqui referida, pergunta-se se vige o Direito Natural. Além da observância pessoal das normas impregnadas na consciência do ser humano, temos exemplos de que princípios do Direito Natural estão se incorporando ao Direito Positivo dos povos civilizados, como, por exemplo:

a) *o critério do justo deve ser aplicado, mesmo quando não exista norma, isto é, o juiz não pode recusar-se a sentenciar alegando inexistência ou obscuridade da norma;*
b) *qualquer homem, só por o ser, é sujeito de direito;*
c) *a liberdade e a qualidade de sujeito de direito são inalienáveis;*

[17] AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. – Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, fl. 862.

d) *a liberdade de cada um deve encontrar o seu limite natural na idéia de compatibilidade com a liberdade dos outros;*
e) *à força é lícito, opor a força e contra a agressão, cada um tem a faculdade de se defender;*
f) *à obrigação de estar submetido às leis deve corresponder a faculdade de concorrer para a sua formação. (Este princípio foi inserido na "Declaração Universal dos Direitos Inalienáveis do Homem").*

Além de princípio oriundo do Direito Romano, v.g.:

a) *ninguém pode transferir direitos que não possui;*
b) *em tudo deve caber as vantagens a quem cabe as desvantagens;*
c) *ninguém pode enriquecer sem causa, à custa alheia, etc...*

Josef Esser, em seu livro *"Princípio e norma na elaboração do Direito Positivo",* demonstra que não só as normas compõem o ordenamento jurídico. Também o compõem os **princípios,** que desde o Direito Romano são considerados integrantes da realidade jurídica.[18] Os princípios devem informar todo sistema jurídico, por isto que traduzem convicções e valores e servem de parâmetros para interpretação das normas, senão mesmo para sua criação. Tal idéia não é jusnaturalismo propriamente dito, mas serve para compensar o formalismo asfixiante do juspositivismo legalista.

Assim é que, corroborando ponto de vista semelhante, esclarece Legaz y Lacambra:

> *"Derecho no significa unicamente ley y Derecho positivo no quiere decir só lo conjunto de leys impuestas por la autoridad del Estado. Sino que Derecho es toda forma de vida social con un sentido de justicia... que en cuanto constituya una vigencia social estará dotado de la positividad".*[19]

Com efeito, o Direito contém normas e princípios que expressam um sentido de justiça inserido na realidade social. E,

---

[18] ESSER, Josef. **Princípio e norma na elaboração do direito positivo**. Trad. Luís A. Warat. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, fl. 98/100.
[19] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979, fl. 313

portanto, normas e princípios que efetivamente vigem. Por exemplo, a Carta Magna do Brasil reza:

> *Constituição da República do Brasil de 1967*:
> *Art. 153 (omissis)*
> *§36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota"*[20].

Entendemos, de forma intuitiva, que, como obra humana – finita, imperfeita – o Direito Positivo há de obedecer a uma justificação. Esta justificação seria feita através de critérios informados pelo "sentido absoluto do justo"[21] e que correspondam à natureza do homem, isto é, às suas faculdades ou prerrogativas e necessidades, seus instintos, anseios e fins. O que estiver de conformidade com estes critérios é natural e justifica o Direito Positivo, devendo ser vigente. O que contradiz estes critérios é anti-natural e não justifica o Direito Positivo, não devendo ser vigente, portanto.

Observada esta justificação, jamais estariam em contraposição o Direito Natural e o Positivo. Todavia, há possibilidade de contraposição entre ambos quando o Direito Positivo for Direito apenas no sentido formal, isto é, quando for Direito meramente por ter obedecido a todo um processo de elaboração legislativa, transformando-se em lei. Dizendo em outras palavras: quando se confundirem Direito e Lei. E lei, neste sentido, entendida como expressão de arbitrariedade, que, por conseguinte, não traz em si força vinculante, mas que pode ser aplicada se se contar com aparato estatal que sirva a fins escusos. Sobre esta matéria assim se expressa Roberto Lyra Filho**:**

> *O que não se pode entender é como os autores reconciliam suas verificações da pluralidade de consciências jurídicas e a redução do direito à política dominante, ademais tomada como bloco unívoco e sem contradições..."*[22] (Grifo nosso).

---

[20] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.jusbrasil. com.br/topicos/26922595/paragrafo-36-artigo-153-da-constituicao-federal-de-1967>. Acesso: 29.05.2025.
[21] DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito**. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991, fls. 36 e ss.
[22] LYRA FILHO, Roberto. **Para uma visão dialética do Direito**. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **A epistemologia dialética no Brasil**. Disponível

Ademais, a idéia de um Direito superior a toda lei escrita vem impregnada na consciência do homem e arraigada em seus sentimentos. Tal idéia vem-se constituindo o eixo da especulação filosófico-jurídica e a ela se deveria adaptar, sem discrepância, o Direito Positivo. Poderíamos traduzi-la como um Direito Natural, "*un Derecho escrito en el corazón del hombre*" [23], numa linguagem romântica.

4 - DIREITO E JUSTIÇA

4.1 - Perspectiva filosófica

Com irremovíveis dificuldades se depara o jurista quando pretende definir o Direito. Na tentativa de estabelecer ou de apreender um conceito universal, escapam determinados conteúdos indispensáveis à sua caracterização. E, desta forma, não haveria um traço comum entre as inúmeras ordens jurídicas. Por isto que falha o formalismo jurídico.

Em relação à matéria, Recaséns Siches assumiu posição singular, consubstanciada na 5ª (quinta) edição do seu *"Tratado General de Filosofia del Derecho".* Para ele o Direito é constituído por **normas de conduta** (a que se dá caráter coercitivo), **dirigidas às pessoas enquanto pessoas,** isto é, enquanto sujeitos intrinsecamente dotados de dignidade. Portanto, dentro da colocação de eminente filósofo, a ordem jurídica há que levar em consideração a pessoa. Do contrário, as normas seriam "técnicas de adestramento", (em sua feliz expressão), e não normas de conduta de pessoas[24]. Desta forma, é na própria noção de pessoa que encontra um traço comum para delimitar o Direito.

Chama a atenção a singularidade da proposta de Siches, que não se atém a um ideal de justiça. Siches extrai da própria essência do ser humano uma nota característica do Direito. Qualquer norma que negue à pessoa o caráter de dignidade, que a qualifica, não é Direito. Não obstante, admite a existência de sistema jurídico

---

em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=987b75e2727ae552>. Acesso: 01.07.2025.

[23] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979, fl. 303.

[24] SICHÉS, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho** [Tradução livre: Tratado geral de filosofia do direito]. 7. ed. – México: Porrúa, 1981, fl. 114.

onde haja normas injustas sem que o invalide. Assim, mesmo sendo injusta, a norma não perde a característica de juridicidade[25].

Há, porém, grandes dificuldades para se compreender a mencionada colocação, porquanto tem-se de descer a uma concepção ética para se considerar o ser humano como pessoa. O próprio conceito de pessoa, como também o de dignidade, está impregnado de axiologia e sobre eles não há unanimidade. Portanto, o filósofo jusnaturalista resvalou para uma estimativa, apresentando do Direito uma definição que nos parece persuasiva. Distingue, porém, do conceito de Direito o dos valores que o devem inspirar.

Todavia, um critério valorativo ou a possibilidade de uma medida valorativa parece-nos estar implícitos no conteúdo das disposições jurídicas dos ordenamentos positivos. Parece-nos que é com o Direito Natural que se torna possível positivar certos princípios ou regras de conduta que se devem integrar no ordenamento jurídico.

Embora ainda discutível, a posição de Siches, ao que tudo indica, atenua o rigor do formalismo jurídico, mas nos traz ainda uma nova inquietação: levar em conta a dignidade humana não seria o mesmo que atribuir um conteúdo à justiça?

Desta forma, chegamos à conclusão de que dentro do conceito de justiça não se pode colocar um conteúdo unívoco.

Há quem entenda, porém, que, para a consecução da justiça, pode-se agir de forma desvinculada do Direito, usando-se o arbítrio. Todavia, em posição antagônica, argumenta Legaz y Lacambra que o Direito pode ser considerado injusto, embora não possa ser arbitrário. Segundo Lacambra, Direito arbitrário implicaria numa impossibilidade lógica. Por isto que estaria em desacordo com o princípio da identidade, segundo o qual o que é, é. Seria afirmar que o Direito é e não é ao mesmo tempo, *"pues arbitrariedad es no-Derecho, lo contrario que Derecho, la negación del Derecho em su forma"*[26].

Unanimemente, porém, admite-se que, nos regimes despóticos e no absolutismo totalitário, onde não se atende aos interesses dos súditos, arbitrariedade e injustiça se confundem. Repudiam, portanto, à consciência humana.

Na verdade, o Direito não é essencialmente justo ou injusto. Tem vocação para a justiça.

---

[25] *Idem, ibidem.*

[26] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979, fl. 653.

4.2 - Perspectiva Sociológica

4.2.1 - Visão histórica

Segundo vários autores, há possibilidade de se apreender um conceito de Direito tendo como ponto de partida a própria realidade social, aprofundando-se o estudo desta realidade e deixando-se à margem os preconceitos advindos das deformações da visão do Direito, que tiveram início, do ponto de vista histórico, na Idade Média, com os glosadores.

Dentro de uma perspectiva sociológico-jurídica, admite-se a possibilidade de se conceituar a **Justiça,** como **conteúdo do Direito,** abandonando-se as posições meramente filosóficas, que se divorciam da realidade social.

Apesar de se tentar denodadamente fixar um conceito de Justiça, não se conseguiu ainda chegar a um denominador comum, que esteja em conformidade com a realidade a que o Direito diz respeito, dado o divórcio existente entre este (Direito) e esta realidade social.

Reportamo-nos ao campo tradicionalmente conhecido como dogmática jurídica. O encargo de definir a Justiça tem sido atribuído aos filósofos do Direito, que, por sua vez, lhe imprimem a orientação ou ideologia por eles adotada. Por isto que se encerra a definição no campo puramente do ideal ou da metafísica, o que foge inteiramente do âmbito da realidade social, que o Direito pretende disciplinar.

Assim, apesar da busca incessante, desde o florescer da Filosofia na Grécia, até os dias recentes, e por terem as definições até agora analisadas, vinculação com diversas ideologias e diferentes orientações filosóficas, não se chegou, e talvez dificilmente se chegará, dentro da Filosofia do Direito, a uma unanimidade que, humanamente era de se esperar.

A organização, a estruturação e a aplicação do Direito de conformidade com as condições, as necessidades e a realidade do homem, que é ao mesmo tempo objeto e fim do Direito, advém de sua necessidade vital para o homem. O Direito nasce da realidade social e tal realidade se origina no modo de sentir, pensar e querer do

homem. É o que corresponde ao composto SIV – sentimento, idéia e vontade – a que se refere o Professor Cláudio Souto[27].

Trata-se, assim, de uma realidade palpável, sensível, cujos elementos são ontologicamente inseparáveis. Desta forma, o Direito não seria somente criação do homem, mas retrato ou reflexo do próprio homem, e, por isto, uma realidade com conteúdo.

Ao longo da História, teve início o afastamento do Direito da realidade subjacente, colocando-se em seu lugar entidades irreais, abstratas, ou ideais. Foi a partir da Idade Média que, lamentavelmente, a dogmática começou a ser considerada como "ciência jurídica", o que se deve aos Glosadores, que lhe impingiram um objeto de natureza lógico-formal[28].

À época, os glosadores, como juristas pragmáticos, objetivando dar solução prática aos problemas sociais, voltaram-se para o *"Corpus Juris"*. Alçado ao nível das Sagradas Escrituras, seu conteúdo não podia ser discutido ou criticado, passando a ter caráter de dogma.

Do apego e respeito que se tinha ao *"Cospus Juris"* dá uma amostra, por exemplo, a fórmula empregada na investidura de um juiz imperial: "Não desvirtuarás, por nenhum motivo, as leis do Justiniano, no santíssimo predecessor, pois com este livro (Justiniano) governou Roma e todo o orbe terrestre". Tem maior significado ainda a recomendação de Frederico Barbaroxa: "Somos continuação de nossos bem-aventurados predecessores, especialmente de Constantino Grande, de Justiniano e Valenciano, assim, como de Carlos e Luiz e veneramos suas santas leis como oráculos divinos".[29]

---

[27] SILVA, Artur Stamford da. **Cláudio Souto e Solange Souto: a saga, a substancialidade, o interSIV**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, edição comemorativa dos 130 anos, p. 39-55, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252569>. Acesso em: 07.04.2025.

[28] MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito)**. Razão e Fé: Revista Inter e Transdisciplinar de Teologia, Filosofia e Bioética, v.8, n.2, p.49-79, jul.-dez. 2006. Disponível em: <https://revistas.ucpel.edu.br/rrf/article/download/2534/1476/8240>. Acesso em: 22.05.2025.

[29] PELAYO, Manuel García. **La idea medieval del Derecho** [Tradução livre: A ideia medieval do Direito]. – Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1962, fls. 12/14. Disponível em: <http://www.ulpiano.org.ve/ revistas/bases/artic/texto/RDUCV/23/rucv_1962_23_9-65.pdf>. Acesso: 21.06.2025.

Desta forma, as palavras de Justiniano (contidas no *"Corpus Juris"*) estavam para os glosadores assim como a palavra divina das Sagradas Escrituras estava para os teólogos. Não era permitido interpretação ou modificação, a fim de evitar possíveis deformações.

Induzidos pelo respeito ao "*Corpus Juris"*, por ser o mais perfeito modelo de legislação, os Glosadores, fugindo da realidade social de sua época, utilizaram seus textos com o fim de disciplinar e regular a realidade social. Então, passou a ser Direito o conteúdo do *"Cospus Juris"*, sem se levar em consideração a conduta do homem com seus semelhantes, o processo de interação social.

Avultou ainda mais o afastamento entre Direito e realidade social sob a influência do racionalismo. Este, endeuzando a razão, atribuiu-lhe o poder de programar e disciplinar as relações humanas, deixando à margem a realidade social.

No século XIX a escola da Exegese constituiu o ponto culminante do mencionado afastamento. Por isto que o Código de Napoleão apresentava a lei como o cerne do Direito, como *"la expresión perfecta del eutêntico Derecho Natural, y, también, y sobre todo, la proyección que se hacía del culto de aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico"*[30].

Reduzido ao texto frio da lei, o Direito foi utilizado por via de recursos também frio e irreal – a lógica formal. Partindo de tal compreensão, M. Liard define o Direito resumindo a idéia simplista que dele se fazia: "*O Direito é a lei escrita... os artigos do Código são teoremas, a respeito dos quais se trata de demonstrar seu mútuo enlace e de extrair suas conseqüências. O jurista puro é geômetra: a educação puramente jurídica e puramente dialética*"[31].

4.2.2 - Definição

Lamentavelmente, vimos assistindo a uma verdadeira desintegração da ordem jurídica, porquanto o jurista tradicional persiste, muitas vezes, no entendimento herdado dos glosadores, segundo o qual o Direito se resume ainda em fórmulas lógicas, divorciadas da realidade social. Não tem havido por parte do jurista

[30] *Idem, ibidem*, fls. 12/14

[31] SICHÉS, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho** [Tradução livre: Tratado geral de filosofia do direito]. 7. ed. – México: Porrúa, 1981, fl. 155.

tradicional preocupação em dissecar teoricamente a realidade social. Há tão somente preocupação com a prática.

Ora, levando em consideração a constante complexidade e a instabilidade da realidade social, seria indispensável a busca de critérios de segurança e certeza para que o Direito se tornasse objeto de uma teoria sociológica geral.

No Brasil, assumindo posição pioneira, o Professor Cláudio Souto vem tentando demonstrar, de forma lúcida, a possibilidade de definir Direito e Justiça, levando em consideração tão somente o fato social, o processo de interação social, que deverá ser dissecado com vistas à consecução do fim visado[32].

Ora, conforme este raciocínio, como ente dotado de sentimento, idéia e vontade, é o ser humano que dá origem à relação social primária, que compõe a realidade social. Assim, o mencionado autor analisa a interação social, fixando-a como uma unidade. Diferentemente do jurista tradicional, não vem lançando mão de elementos jus-filosóficos, em sua tentativa de definir o Direito. Para ele as normas de conduta social são a concretude do "dever ser", que, por sua vez, dá nascimento ao fenômeno jurídico, o mais social dos fenômenos da regulamentação social. No fenômeno jurídico há dois aspectos que se entrelaçam inseparadamente: um normativo – o "dever ser" -, outro de conduta.

Segundo o citado mestre, a gênese do fato social é mental. O social é a exteriorização, ou a resultante de pólos mentais geradores – compostos de sentimento, idéia e vontade.

Conforme nos referimos, etimologicamente, Direito e Justiça se equivalem. E, na perspectiva do Professor Cláudio Souto, o "dever ser" básico adquire foros de justiça quando em harmonia com dados da ciência. Daí a posição singular do referido mestre, ao definir o Direito: "o que estiver de acordo com o sentimento de dever ser informado de conhecimento geral empiricamente comprovável".[33]

Noutras palavras, o Direito passa a ser definido como a harmonia ou a equivalência entre o "dever ser" (como sinônimo de justiça), ou a norma social e o dado de ciência. Tal dado de ciência,

---

[32] SILVA, Artur Stamford da. **Cláudio Souto e Solange Souto: a saga, a substancialidade, o interSIV**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, edição comemorativa dos 130 anos, p. 39-55, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252569>. Acesso em: 07.04.2025.

[33] SOUTO, Cláudio. **Teoria sociológica do Direito e prática forense**: Introdução ao Direito como ciência social. Sociologia e Direito. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1978.

teria de ser considerado correto e definitivo em um dado momento histórico, tendo em vista a própria mutabilidade do modelo científico. (Entenda-se que para a Sociologia do Direito nada está definitivamente assente)[34].

Desta forma, partindo da análise e observação da própria realidade social, pode-se fixar um conceito de justiça, desvinculado dos grilhões que sempre a manteve ligada à Filosofia do Direito. Para isto é necessário desprezar-se a dogmática jurídica e adotar-se uma preocupação científico-social. Com efeito, os sentimentos funcionam em função de uma idéia, que pode ter por índice fisiológico, um "*tonus*" afetivo: agradabilidade ou desagradabilidade. O indicador estaria, por assim dizer, no "*tonus*" afetivo. Exemplificando:

- Um marxista tem sentimento de agradabilidade diante de proposições do seu partido. Um nazista tem sentimento de desagradabilidade diante de proposições semelhantes. E vice-versa[35].

Desta forma, repetimos, o sentimento de agradabilidade varia conforme a idéia e, seguindo este raciocínio, talvez pudéssemos admitir precariamente para a justiça um conceito científico-empírico: seria o sentimento de dever ser, correspondente à agradabilidade à idéia focalizada.

Há grandes dificuldades, todavia, em que padronizar a idéia de justiça. Está certo o jusnaturalista ao afirmar alguma permanência nesta idéia, porém, há variações de indivíduo para indivíduo, tanto no tempo como no espaço, quanto à sua aplicação.

4.3 - Identidade de conceitos

Grande parte dos doutrinadores separa ontologicamente os dois conceitos: o de Direito e o de Justiça, por isto que passa a falar em direito justo e direito injusto. Há aqueles que consideram a Justiça como uma simples conformidade da conduta com a lei, com o Direito. Há os que entendem de forma inversa: é a lei, o Direito, que deve ser conforme com a Justiça.[36]

---

[34] *Idem, ibidem.*
[35] *Idem, ibidem.*
[36] LÉVY-ULLMANN, Henri. **Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques** [Tradução livre: Elementos de introdução geral ao estudo das ciências jurídicas]. Paris: Recueil Sirey, 1917, fl. 105.

Porém, conforme entendimento tradicional, a Justiça sempre foi tratada além dos limites das ciências jurídicas. Sob inspiração filosófica, as escolas jurídicas conceituam isoladamente Justiça e Direito, se bem que, do ponto de vista etimológico, não haja diferença de significação entre ambos. Equivalem a **ligação** com alguma coisa.

O filósofo Anaximandro, da velha Grécia, apresentava o sentido da palavra justiça como **ligação, juntura, ajuste** entre o universo e a alma do homem[37]. Giorgio Del Vecchio demonstra como, as palavras "jus" e "justitia", derivadas da raiz sânscrita "*ju*" ou "*yu*", correspondem ao termo latino "*jungere*", que significa ligar, atar.[38]

O Professor Cláudio Souto ressalta que, entre os gregos a palavra que significa justiça, "deriva de *Dik*, *Dic*, no sentido de indicação, *dictamen* – ou seja, de regra, norma".[39]

Aos poucos foi crescendo o repúdio ao entendimento dogmático, segundo o qual a lei era suficiente para solucionar os problemas suscitados pelas relações sociais. Por isto que houve um início do despertar do Direito para o seu real conteúdo para a realidade social. Tratava-se de uma atitude renovadora que dava margem a que o jurista ou o juiz, ao analisar ou julgar um caso concreto, retirasse da realidade subjacente uma solução satisfatória.[40]

Também Eugen Ehrlich se insurge contra o formalismo jurídico, chegando a ressaltar que a ciência do Direito dos juristas "é antes uma doutrina técnica visando fins práticos e uma técnica relativa, pelo seu condicionamento pelas diferentes quadras sociais, de tal sorte que a teoria dos juristas não apreenderia senão a realidade mais superficial do Direito. Sendo, ao invés, necessário, para superar o tecnicismo estatista, formalista e ficcionista dos juristas e estudar o direito direto da sociedade" [41].

---

[37] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979, fl. 342.

[38] DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito**. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991, fl. 03

[39] SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como ciência social**. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971, fl. 83.

[40] GÉNY, François. **Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif** [Tradução livre: Método de interpretação e fontes no direito privado positivo]. – Paris: LGDJ, 1919. (Anthologie du droit n. 1).

[41] SOUTO, Cláudio. **Teoria sociológica do Direito e prática forense**: Introdução ao Direito como ciência social. Sociologia e Direito. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1978, fl. 20

De início, embora voltando-se para a realidade social, continuaram os sociólogos juristas e os juristas sociólogos, ainda ligados às idéias tradicionais. Assim, Ehrlich, por exemplo, definiu de forma imprecisa o seu "direito vivo", considerando-o aquele que, embora não fixado em normas, regula a vida. É direito de fato.

Para uma importante corrente doutrinária, o Direito Natural é intrinsecamente justo, por isto que, neste sentido, o "direito vivo" é jusnaturalista. Seria bom que se tivesse sempre em mente que as aplicações da idéia de justiça são mutáveis no tempo e no espaço. Permanece comum o sentimento de justiça.

5 - DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

5.1 - Posicionamento jusnaturalista e juspositivista

Propugnam os jusnaturalistas no sentido de que seria o Direito Positivo a consagração do Direito de uma ordem ideal – a do Direito Natural. Com efeito, assim deveria ser, mas nem sempre é. O Direito Positivo deve guardar compatibilidade com o Direito Natural, conforme já nos referimos. Mas, às vezes há realmente contradição entre eles. E, neste caso, surge a pergunta: Qual deve prevalecer?

Para o juspositivista a resposta é imediata, porquanto ele concebe como autêntico e verdadeiro o Direito Positivo. Para este a contradição seria mais aparente que real.

O jusnaturalista, porém, defende a predominância do Direito Natural. Considera o Direito Positivo um mero reflexo do Natural. Se o reflexo for distorcido ou falso, não se cogita de Direito Positivo. Todavia, com este raciocínio, surge uma inquietação: como invocar o Direito Natural como princípio geral, superior, válido em quaisquer circunstâncias?

Ora, emprega-se sempre um conteúdo do Direito Natural, tanto no momento de criação como no de aplicação da norma. Por isto que não deve haver abismo ou defasagem entre a norma, como padrão de conduta e a realidade social, o momento de realização da norma. O que significa: a norma é inserida num determinado contexto e, não obstante isto, o criador, assim como o aplicador da norma, tem muitas vezes de

sacrificar determinados valores em favor de um mínimo de segurança[42].

Concluímos que, partindo de uma concepção dualista – Direito Positivo e Direito Natural – terminamos por cair numa visão monista do Direito.

5.2 - Direito Natural e Ideologia

Grande parte da doutrina considera o Direito Natural como ideologia. Já nos referimos, por exemplo, à posição de Kelsen quando em sua "Teoria Pura do Direito" refere-se a ideologia em dois sentidos.

Há, porém, várias concepções de ideologia. Assim, para Tracy "ideologias é a ciência as ideias". Ao contestar esta posição, Napoleão, de forma depreciativa, chama aos estudiosos desta ciência "ideólogos", isto é, indivíduos que se dedicam à sofisticada tarefa de discutir problemas irreais, meramente abstratos[43].

Para Marx, a ideologia é a falsa percepção da realidade. É um erro ou ilusão intencionalmente forjados para fins políticos. Segundo sua concepção, a superestrutura ideológica seria reflexo do contexto sócio-econômico de base.

Numa outra colocação, ainda, seria ideologia uma ilusão inconscientemente assimilada por condicionamentos irresistíveis.

Na perspectiva do Professor Cláudio Souto, ideologia seria exacerbação de idéias. Seria o "pensamento socialmente condicionado e contrastante com realidade, objetividade ou verdade e, conseqüentemente, um desvio da objetividade científico-social – algo, portanto, de errôneo ou, pelo menos, duvidoso"[44].

Há ainda, conforme alguns juristas, um entendimento segundo o qual o direito tem sempre um conteúdo ideológico que se adquire, não se intui. Seria, por assim dizer, "uma visão do mundo" – expressão cunhada pelo pensamento alemão. E neste sentido que

---

[42] Cf. VASCONCELOS, Yumara Lúcia; MIRANDA, Kleyvson José de; BELO, Brenda Vieira. **Lacunas do Direito e Costumes Jurídicos**. UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais, Londrina, v.15, n.2, set. 2014, fls. 221-229. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/download/309 /289>. Acesso em: 01.07.2025.

[43] TRACY, Antoine Destutt de. **Éléments d'idéologie** [Tradução livre: Elementos da ideologia]. – Paris: 1801-1815.

[44] SOUTO, Cláudio. **Sociologia e Direito**. Revista Comunicações, nº 26. – PIMES: UFPE, Recife, 1972, fls. 45-61.

significativa parte da doutrina concede o Direito Natural como ideologia.

Não há aí inconveniência alguma em se admitir a existência de um Direito ideal. Por isto que há sempre a vocação do Direito Positivo para realizar um Direito ideal, que surge como motivação tanto no momento de criação, como no de aplicação da norma. Sim, referimo-nos ao exato momento de aplicação da norma, porque "o papel do juiz, mesmo se ele não inova o Direito no sentido restrito do termo, é sempre criador"[45] (Grifo nosso).

O Direito Natural seria, assim, um paradigma à reformulação do Direito. Por isto que sempre se busca um ideal de justiça, conforme vimos nos referindo.

A ideologia se traduz em sentido subjetivo. Nela há sempre adesão a determinados valores considerados desejáveis e aversão aos considerados indesejáveis.

Tratado na condição de ideologia, o Direito Natural poderia ser invocado como Direito supralegal que deveria inspirar o Direito Positivo. Este é um sentido eminentemente funcional que se lhe atribui. Todavia, de qualquer forma, a plenitude do Direito é a congruência entre as inspirações do Direito Natural e a formalização do Direito Positivo. Na verdade, o Direito se objetiva na sentença subjetiva do Juiz[46].

Numa visão mais abrangente, conforme proposta defendida pela Professora Maria Bernadete Pedrosa, talvez fosse mais adequado, mais preciso, adotar-se a denominação "Ideologia Jurídica", em substituição à expressão "Direito Natural", que enseja acirradas contestações.

6 - RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA E DIREITO

No que concerne às relações entre justiça e direito, há quatro posições divergentes e fundamentais na doutrina:

a) Os positivistas advogam uma tese separatista, ao considerar a justiça um problema metajurídico, alheio, portanto, ao jurista como tal. Para estes não existe

[45] *Idem, ibidem*.

[46] RODRIGUES, Francisco Hudson Pereira. **Direito Natural x Direito Positivo**. (Monografia: Pós-Graduação *lato sensu*). – UVA (Universidade Estadual Vale do Acaraú). – Fortaleza: 2007. Disponível em: <https://bdjur. tjce.jus.br/bitstreams/29ec609a-1b45-4718-9437-b70cf3f156b8/download>. Acesso em: 22.07.2025.

justiça em sentido absoluto, mas pode-se falar, casuisticamente, em justiça atendendo a determinadas circunstâncias ou contingências.

b) *Os jusnaturalistas advogam a tese contrária. Para estes direito e justiça se equivalem. A medida em que o Direito Positivo se afasta do ideal de justiça perde sua força vinculante, sua razão de ser, sua condição jurídica, portanto.*

c) *Os idealistas defendem a tese segundo a qual a justiça absoluta se realiza no Direito Positivo e esta, por sua vez, lhe justifica a existência.*

d) *Os formalistas distinguem o Direito da justiça, aumitindo, porém, a validade da idéia de justiça como critério valorativo do Direito.*

As teses mencionadas, controversas e insatisfatórias, têm merecido as mais acerbas observações e críticas.

Assim é que Radbruch, por exemplo, objetando o formalismo crítico, por admitir a possibilidade de existir direito justo e direito injusto, esclarece:

> *"El derecho es un ensayo de realización de la justicia, aunque puede ser un ensayo fracasado. Derecho injusto es pues, el Derecho fracasado en su ensayo de realizar la justicia y no un Derecho sin ninguna conexión com la justicia".*[47] *(Grifo nosso).*

Com efeito, repugna a consciência do homem, (não obstante ocorra freqüentemente), a idéia de um Direito sem compromisso com a justiça, ou que não se proponha a perseguir um sentido justo.

Daí porque, de nossa parte, entendemos que, dada a influência da bilateralidade do Direito, a que nos referimos anteriormente, o Direito Natural não somente nasce **com** a pessoa, mas **para** a pessoa no plano da interação social. Nesta perspectiva, seria um Direito que se integraria ao sistema jurídico para a realização da justiça, conservando, porém, uma dimensão transcendente. Não se trataria, portanto, de um sistema normativo superposto ou paralelo ao ordenamento jurídico (positivo). Tratar-se-ia de um Direito

[47] RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad.: Luis Legaz y Lacambra. 2. ed. – Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950, fl. 222.

tendente a se realizar, ou a se formalizar, no plano social, como Direito Positivo embora nem sempre isto seja possível[48].

A mencionada impossibilidade resulta, muitas vezes, de questões relativas à conveniência do poder instituído, ou à vontade (de alguns) de perpetuar a ordem estabelecida, que nem sempre corresponde a um sentido de justiça.

CONCLUSÃO

A reflexão em torno do Direito Natural revela não apenas a complexidade de sua justificação filosófica e sociológica, mas também sua persistente relevância como fundamento crítico e normativo para o Direito Positivo. A partir de princípios enraizados na consciência humana – como a busca pelo bem e a rejeição do mal –, vislumbra-se um conjunto de valores que transcende os limites das codificações legais, orientando o agir jurídico para além da mera legalidade.

Ainda que se reconheça a pluralidade de concepções e a fluidez dos critérios de justiça ao longo da história e das culturas, permanece a convicção de que o Direito não é apenas um sistema de normas, mas um instrumento de realização da justiça no plano concreto da vida social. Quando a norma positiva se divorcia dos valores fundamentais da dignidade humana, do bem comum e da equidade, ela perde sua legitimidade substancial, ainda que mantenha a forma jurídica.

Assim, o Direito Natural não se apresenta como um ordenamento paralelo ou superior, mas como horizonte regulador, sempre em tensão com a realidade e com a historicidade das instituições. Sua função é precisamente tensionar, provocar, lembrar que a justiça não se encerra na letra da lei. Nesse sentido, mais do que um corpo fechado de normas, o Direito Natural é uma ideia reguladora, uma bússola moral que orienta a construção normativa e ilumina o caminho da concretização do justo em meio às imperfeições do mundo jurídico real.

---

[48] MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **A concretização dos direitos humanos como elemento de conexão entre o direito natural e o direito positivo**. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.41, n.2, jul./dez. 2020, fl. 161-187. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/74231/1/2020_art_wpmarquesjunior.pdf>. Acesso em: 06.06.2025.

REFERÊNCIAS

AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. – Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https: //www.jusbrasil.com.br/topicos/26922595/paragrafo-36-artigo-153-da-constituicao-federal-de -1967>. Acesso: 29.05.2025.

CATHREIN, Victor. **Filosofia del derecho: el derecho natural y el positivo** [Tradução: Alberto Jardon e Cesar Barja]. – Madrid: Reus, 1950.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito**. – Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991.

DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. **Princípio e norma na elaboração do direito positivo**. Trad. Luís A. Warat. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GÉNY, François. **Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif** [Tradução livre: Método de interpretação e fontes no direito privado positivo]. – Paris: LGDJ, 1919. (Anthologie du droit n. 1).

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil* [Tradução livre: Direito Processual Civil]. 6. ed. – Madrid: Instituto Editorial Reus, 1959.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_ metafisica_costumes.pdf>. Acesso: 21.07.2025.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** [*Die Metaphysik der Sitten*]. Tradução: Edson Bini. – São Paulo: Editora Unesp, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994198>. Acesso em: 10.07.2025.

LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** [Tradução livre: Filosofia do Direito]. – Barcelona: Bosch, 1979.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Meditação sobre a noção comum de justiça** [Tradução: Celi Hirata]. Revista Dois Pontos, Curitiba, São Carlos, v.21, n.1, p.118-133, junho de 2024.

LÉVY-ULLMANN, Henri. **Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques** [Tradução livre: Elementos de introdução geral ao estudo das ciências jurídicas]. Paris: Recueil Sirey, 1917.

LYRA FILHO, Roberto. **Para uma visão dialética do Direito**. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **A epistemologia dialética no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=987b75e2727ae552> . Acesso: 01.07.2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **A concretização dos direitos humanos como elemento de conexão entre o direito natural e o direito positivo**. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.41, n.2, jul./dez. 2020, fl. 161-187. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/74231/1/2020_art_wpmarquesjunior.pdf>. Acesso em: 06.06.2025.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito)**. Razão e Fé: Revista Inter e Transdisciplinar de Teologia, Filosofia e Bioética, v.8, n.2, p.49-79, jul.-dez. 2006. Disponível em: <https://revistas.ucpel.edu.br/rrf/article/download/2534/1476/8240>. Acesso em: 22.05.2025.

PELAYO, Manuel García. **La idea medieval del Derecho** [Tradução livre: A ideia medieval do Direito]. – Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1962, fls. 12/14. Disponível em: <http://www.ulpiano.org.ve/ revistas/bases/artic/texto/RDUCV/23/rucv_1962_23_9-65.pdf>. Acesso: 21.06.2025.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad.: Luis Legaz y Lacambra. 2. ed. – Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.

RODRIGUES, Francisco Hudson Pereira. **Direito Natural x Direito Positivo**. (Monografia: Pós-Graduação *lato sensu*). – UVA (Universidade Estadual Vale do Acaraú). – Fortaleza: 2007. Disponível em: <https://bdjur. tjce.jus.br/bitstreams/29ec609a-1b45-4718-9437-b70cf3f156b8/download>. Acesso em: 22.07.2025.

SICHÉS, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho** [Tradução livre: Tratado geral de filosofia do direito]. 7. ed. – México: Porrúa, 1981.

SILVA, Artur Stamford da. **Cláudio Souto e Solange Souto: a saga, a substancialidade, o interSIV**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, edição comemorativa dos 130 anos, p. 39-55, nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas /ACADEMICA/article/view/252569>. Acesso em: 07.04.2025.

SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como ciência social**. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.

SOUTO, Cláudio. **Sociologia e Direito**. Revista Comunicações, nº 26. – PIMES: UFPE, Recife, 1972.

SOUTO, Cláudio. **Teoria sociológica do Direito e prática forense**: Introdução ao Direito como ciência social. Sociologia e Direito. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1978.

SPENCER, Herbert. **Social Statics: or the conditions essential to human happiness specified, and the first of them developed** [Tradução livre: Estática social: ou as condições essenciais à

felicidade humana especificadas, e a primeira delas desenvolvida]. – Londres: John Chapman, 1851.

TRACY, Antoine Destutt de. **Éléments d'idéologie.** Tradução livre: Elementos da ideologia. – Paris: 1801-1815.

VASCONCELOS, Arnaldo; MUNIZ, Antônio Walber Matias; MUNIZ, Fernanda Eduardo Olea do Rio. **A ideologia como base do positivismo ortodoxo kelseniano**. Revista Jurídica, vol. 01, n°. 46. – Curitiba, 2017, fls. 385-401. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu. br/index.php/RevJur/article/download/2013/1294>. Acesso em: 05.06.2025.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia; MIRANDA, Kleyvson José de; BELO, Brenda Vieira. **Lacunas do Direito e Costumes Jurídicos**. UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais, Londrina, v.15, n.2, set. 2014, fls. 221-229. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/download/ 309 /289>. Acesso em: 01.07.2025.

A ERA DIGITAL E A RECONSTRUÇÃO PÓSTUMA DA IMAGEM: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Karina de Souza Vasconcelos

A ERA DIGITAL E A RECONSTRUÇÃO PÓSTUMA DA IMAGEM: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

THE DIGITAL AGE AND THE POSTHUMOUS RECONSTRUCTION OF THE IMAGE: AN ANALYSIS IN THE CONTEXT OF INHERITANCE LAW

Karina de Souza Vasconcelos
Graduação em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil na Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito Civil na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar os desafios, no âmbito do direito sucessório, advindos da reconstrução digital póstuma do direito de imagem do titular dos dados. O desenvolvimento das tecnologias propiciou o surgimento dos bens digitais, que são novos bens jurídicos que geram situações jurídicas complexas, exigindo do Direito uma tutela eficiente diante dessas novas demandas. Dentre os tipos de bens digitais, o bem digital híbrido é o mais complexo, na medida em que possui ao mesmo tempo conteúdo patrimonial, ligado ao direito sucessório e conteúdo existencial, ligado aos direitos da personalidade. Por isso, este artigo tem como objeto de estudo o direito de imagem de uma pessoa, utilizada após a sua morte por meio da utilização da inteligência artificial (IA), para reprodução ou criação de vídeos com fins comerciais. De acordo com a classificação dos bens digitais, essa imagem é considerada um bem digital de natureza híbrida, uma vez que reflete a personalidade da pessoa retratada e, ao mesmo tempo, gera rendimentos para os herdeiros. Além disso, aborda como o ordenamento jurídico brasileiro tutela o direito de imagem na era digital. Este artigo adotará a metodologia dedutiva da revisão

bibliográfica, com base na análise do direito civil, na sua perspectiva constitucional. E, para isso, abordará legislação nacional, obras, artigos científicos, periódicos científicos e reportagens sobre a temática.

Palavras-chaves: Bens digitais. Bens digitais híbridos. Direito de imagem. Reconstrução digital póstuma.

Abstract

The aim of this article is to analyze the challenges, in the context of inheritance law, arising from the posthumous digital reconstruction of the data subject's image rights. The development of technology has led to the emergence of digital assets, which are new legal assets that generate complex legal situations, requiring the law to provide efficient protection in the face of these new demands. Among the types of digital assets, the hybrid digital asset is the most complex, as it has both patrimonial content, linked to inheritance law, and existential content, linked to personality rights. For this reason, the object of this article is the right to a person's image, used after their death through the use of artificial intelligence (AI), to reproduce or create videos for commercial purposes. According to the classification of digital assets, this image is considered a digital asset of a hybrid nature, since it reflects the personality of the person portrayed and, at the same time, generates income for the heirs. It also discusses how the Brazilian legal system protects image rights in the digital age. This article adopts the deductive methodology of a bibliographical review, based on an analysis of civil law from a constitutional perspective. To this end, it will look at national legislation, works, scientific articles, scientific journals and reports on the subject.

Keywords: Digital assets. Hybrid digital assets. Image right. Posthumous digital reconstruction.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da tecnologia e, em especial, com a popularização da internet, o ambiente digital começa a estar cada vez mais presente na rotina das pessoas, não só como uma forma de comunicação, mas também de aquisição de novos bens.

A ciência e a tecnologia proporcionaram, a partir do século XX, o surgimento de novos bens, chamados de bens digitais, como por exemplo, *e-mails*, redes sociais, *sites*, *blogs*, milhas aéreas, criptoativos, livros digitais, músicas virtuais, itens pagos em plataformas digitais etc.

Bens digitais, ativos digitais ou *digital assets* são: "bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico".[1]

E, em relação à sua classificação, a doutrina e a jurisprudência adotam a seguinte: os bens digitais são divididos em bens digitais de caráter patrimonial (natureza econômica); bens digitais de caráter existencial (pessoal ou personalíssimo); e, bens digitais patrimoniais-existenciais, o que a doutrina chamou de bens digitais híbridos.

Frise-se que os bens digitais híbridos são aqueles que repercutem, simultaneamente, na órbita existencial e patrimonial, ou seja, quando a inserção dos dados pessoais na rede se presta a objetivos financeiros, de modo que haverá ao mesmo tempo uma parcela existencial, ligada à privacidade, e outra parcela patrimonial, ligada à economicidade.[2]

Percebe-se, desse modo, que os bens digitais podem ter, pelo menos, três características: ser um bem exclusivamente patrimonial porque está ligado à economicidade ou um bem exclusivamente existencial porque está ligado à personalidade do usuário ou, ainda, possuir uma natureza híbrida na medida em que possui conteúdo econômico e pessoal ao mesmo tempo.

De acordo como o objeto de estudo do artigo, a imagem de uma pessoa, utilizada após a sua morte por meio da utilização da

---

[1] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, *e-mails*, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 76.

[2] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O papel do inventariante na gestão da herança digital. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). Direito das sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 356.

inteligência artificial (IA), para reprodução ou criação de vídeos com fins comerciais, de acordo com a classificação dos bens digitais, é considerada um bem digital de natureza híbrida, uma vez que reflete a personalidade da pessoa retratada e, ao mesmo tempo, gera rendimentos para os herdeiros.

Assim, este artigo tem a finalidade de abordar os desafios advindos da reconstrução digital póstuma, no âmbito do direito sucessório, apresentando para cada situação a devida fundamentação teórica, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se a metodologia dedutiva da revisão bibliográfica.

1 A ERA DIGITAL E A RECONSTRUÇÃO PÓSTUMA DA IMAGEM

A "ressuscitação digital", decorrente do aprimoramento de tecnologias que permitem a reprodução exata da imagem e da voz de pessoas falecidas, é uma realidade cada vez mais presente. Ela é feita por meio da manipulação digital dos registros de som e de imagem da pessoa que morreu.[3]

Para ilustrar essa situação, o documentário *Meeting You* chamou a atenção do mundo no qual uma mulher sul-coreana "reencontra" a sua filha, que morreu aos 07 anos de idade, com a ajuda da realidade virtual. Uma equipe de produção de TV passou oito meses recriando, através do uso da inteligência artificial (IA), uma imagem tridimensional da menina. Foi reproduzida a sua imagem com a tecnologia de captura de movimentos, bem como a sua voz.[4]

Nova tecnologia permitiu que Marina Smith, já falecida, conversasse com a família e os amigos durante o seu velório. A ferramenta de vídeo utilizada pela empresa do seu filho, a *StoryFile*,

[3] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. A ressuscitação digital dos mortos. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 170.

[4] Mãe 'encontra' filha morta com a ajuda de realidade virtual em programa de TV. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/02/19/mae-encontra-filha-morta-com-a-ajuda-de-realidade-virtual-em-programa-de-tv.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

permitiu que a sua mãe conversasse com as pessoas, respondendo a perguntas sobre sua vida.[5]

Essa realidade chama a atenção para importantes questionamentos que envolvem ética na utilização da imagem, da voz e de dados digitais de pessoas falecidas que, em vida, podem não ter manifestado consentimento para tal, seja para reprodução de falas e imagens seja para criação de áudios e vídeos inéditos.[6]

Artistas já falam sobre essa preocupação com a utilização de sua imagem e voz após a morte. O ator Tom Hanks, por exemplo, de acordo com a BBC News, levantou a possibilidade de sua carreira continuar após a morte com o uso da tecnologia da inteligência artificial que seria usada para recriar sua imagem em filmes "de agora até o fim dos tempos". Mas o ator reconheceu que o uso da IA acarreta desafios legais, uma vez que existe a possibilidade de recriar sua imagem para a utilização em filmes que ele normalmente não escolheria.[7]

A voz e a imagem de um artista, utilizados após a sua morte por meio da utilização da IA, para reprodução ou criação de áudios e vídeos como, por exemplo, a utilização da imagem e da voz de Tom Hanks após a sua morte são, nestes casos, bens digitais híbridos, uma vez que refletem a sua personalidade e, ao mesmo tempo, geram rendimentos para os herdeiros.

Por isso, imperioso destacar a importância da aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) por analogia neste contexto, diante do que prescrevem os incisos IV e VII, do artigo 2º que traz a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV); a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade (inciso VII) como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais.[8]

---

[5] A britânica que 'conversou' com os convidados do próprio velório. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/08/17/a-britanica-que-conversou-com-os-convidados-do-proprio-velorio.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025

[6] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. A ressuscitação digital dos mortos. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 171.

[7] Tom Hanks: carreira pode continuar após a morte com inteligência artificial, diz ator. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/articles/cd1rkn0qx9zo#:~:text=O%20ator%20americano%20Tom%20Hanks,at%C3%A9%20o%20fim%20dos%20tempos%22.>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[8] BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPG. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018.

É preciso distinguir duas situações em relação à utilização *post mortem* da imagem e/ou voz: a primeira, em relação à reprodução de imagem e/ou voz de um artista falecido e a segunda, em relação à criação de áudios e vídeos inéditos. Na primeira situação, o Direito admite a sua exploração econômica com o consentimento dos herdeiros, com base numa aplicação analógica da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, de Direitos Autorais (LDA), sem que isso macule a identidade do *de cujus*.

Em relação à segunda situação, o uso da tecnologia permitiu que a imagem e voz de uma pessoa permanecessem *post mortem* na rede de forma autônoma, com capacidade de manipulação para criação de conteúdos novos, inéditos. Isso pode causar um perigo real de alteração da identidade do artista retratado, ou seja, da sua personalidade e escolhas de vida.

Por isso, é recomendável que o titular dos dados autorize em vida a utilização da sua imagem e/ou voz para criação de áudios e vídeos inéditos no pós-morte. Diante desses casos, os herdeiros receberiam a exploração econômica decorrente dessa manipulação. Mas é importante perceber que se deve respeitar a identidade do artista retratado, de modo que preserve sua personalidade, além de averiguar a finalidade da criação da imagem e/ou voz.

Diante desse contexto, Filipe Medon traça três parâmetros iniciais para a possibilidade de reconstrução digital da imagem, a saber: "(i) a previsão expressa em contrato em vida e autorização da família, (ii) a finalidade da criação da imagem e (iii) a adequação da imagem criada *post mortem* à imagem-atributo construída em vida pela pessoa".[9]

A LGPD, no artigo 6º, nesse aspecto, traz como princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais: finalidade, adequação, necessidade e qualidade dos dados, nos incisos I, II, III e V respectivamente, nestes termos:

> I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[9] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das *deepfakes*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021, p. 269.

> II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.
> V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.[10]

Além disso, Filipe Medon traz um alerta em relação aos efeitos danosos que a manipulação da imagem e da voz de uma pessoa podem gerar nos casos de criação de uma *deepfake*. Segundo o autor:

> [...] o nome *deepfake* se popularizou a partir da história de um usuário do *site* Reddit, que se apelidou de *Deepfake* e, especializado em inteligência artificial, passou a substituir rostos de pessoas em filmes. O termo passou então a ser associado a essa técnica, que opera a fusão de imagens em movimento, gerando um novo vídeo, cujo grau de fidedignidade é elevado a um patamar que somente com muita atenção se consegue notar se tratar de uma montagem.[11]

Por isso, a manipulação da imagem e voz de uma pessoa, após a sua morte, deve ter adequação com a imagem-atributo construída em vida pela pessoa, sob pena de estar-se diante de uma *deepfake* que viola a identidade do *de cujus*.

Ressalte-se que o próprio *caput* do artigo 20 do Código Civil de 2002 (CC/02) prevê expressamente a autorização ou consentimento para a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa.[12] Assim como previsto no artigo 29 da LDA,

---

[10] BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPG. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[11] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das *deepfakes*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021, p. 262.

[12] CC/2002. Artigo 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas,

que dispõe: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades [...]”[13]. Por isso, deve ser deferido ao titular o direito de autorizar e/ou negar a utilização de sua imagem.

Além disso, em relação aos requisitos para o tratamento dos dados pessoais, importante aqui destacar o que prescreve o artigo 7º, inciso I da LGPD: “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”.[14]

No primeiro exemplo (do documentário *Meeting You*), o tema em destaque é o uso do avatar ou holograma para permitir uma interação entre vivos e pessoas já falecidas. Aqui existe o perigo real de manipulação da voz e da imagem, para alterar a personalidade da pessoa falecida durante essa interação. E, neste caso, haveria a violação à direito da personalidade *post mortem* por parte do próprio herdeiro. Em relação ao segundo exemplo (Marina Smith), o consentimento ou autorização de Marina Smith seria necessário para que os herdeiros pudessem se utilizar da sua imagem e voz em seu próprio velório.

O consentimento do titular em vida bem como a finalidade da criação de sua imagem e voz após a morte devem ser importantes parâmetros a serem observados pelo aplicador do direito no caso de utilização indevida da imagem de uma pessoa que já faleceu. Além disso, é importante preservar a identidade da pessoa, protegida pelos direitos da personalidade.

Em relação ao consentimento do titular em vida, interessante trazer outro exemplo. Uma matéria divulgada pelo Jornal O Globo, João, um dos filhos da cantora Rita Lee, afirmou que conversou com a mãe em vida sobre projetos derivados de sua autobiografia que inclui um filme, um musical e um documentário com arquivos da

---

a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

[13] BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[14] BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPG. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

família. Além disso, afirmou possuir cerca de 400 *tuítes* não publicados e 30 cadernos de composições inéditas.[15]

Nas palavras de João: "Também conversamos sobre criar um *software* nosso que simule a voz dela e disponibilizá-lo para o público produzir música, e sobre a possibilidade de criar um robô que tivesse a personalidade dela, um *boot* que fosse treinado com textos, documentos, *tuítes* dela para que as pessoas pudessem interagir".[16] Neste caso, entende-se claramente que houve consentimento legítimo da cantora falecida para a reprodução de sua imagem e voz após a sua morte.

Por outro lado, a falta do consentimento em vida para a criação de conteúdo inédito, utilizando a imagem e/ou voz do artista já falecido, pode representar grave violação aos direitos da personalidade *post mortem*, além da possibilidade de alteração da imagem-atributo do artista construído durante a sua vida. O caso do comercial da empresa Volkswagen chamou a atenção para este debate jurídico.

A campanha publicitária, em homenagem aos 70 anos da empresa, utilizou, através da tecnologia da inteligência artificial (IA), a imagem e a voz de Elis Regina, falecida no mês de janeiro do ano de 1982, em um encontro com a cantora Maria Rita, sua filha. No vídeo, ambas cantam uma versão da música "Como Nossos Pais", lançada por Belchior e eternizada pela voz de Elis Regina.

O projeto do vídeo é de autoria da agência AlmapBBDO e a principal tecnologia usada foi *deepfake*, recurso que emprega inteligência artificial para modificar ou sobrepor um rosto digital sobre uma imagem real. O sistema passa a ser alimentado por várias imagens da mesma pessoa e cria um resultado muito próximo do realismo.[17]

---

[15] Filhos de Rita Lee contam como buscam conexões com a mãe para superar a perda: 'É ferida que nunca vai cicatrizar'. Disponível em: < https://oglobo.globo.com/cultura/musica/noticia/2023/05/filhos-de-rita-lee-contam-como-buscam-conexoes-com-a-mae-para-superar-a-perda-e-ferida-que-nunca-vai-cicatrizar.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[16] Filhos de Rita Lee contam como buscam conexões com a mãe para superar a perda: 'É ferida que nunca vai cicatrizar'. Disponível em: < https://oglobo.globo.com/cultura/musica/noticia/2023/05/filhos-de-rita-lee-contam-como-buscam-conexoes-com-a-mae-para-superar-a-perda-e-ferida-que-nunca-vai-cicatrizar.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[17] Como deepfake de Elis Regina foi criado para o comercial da Volkswagen. Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/como-deepfake-de-elis-regina-foi-criado-para-o-comercial-da-volkswagen-254874/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

Neste caso, conclui-se que não houve o consentimento em vida da cantora Elis Regina para criação de campanha publicitária, após a sua morte, havendo grave violação à direito da personalidade *post mortem* por parte do próprio herdeiro.

Diante dos exemplos acima descritos percebe-se que pode existir uma continuação da exploração econômica da imagem da pessoa falecida. Mas, essa exploração econômica da imagem póstuma pelos herdeiros pode ser perpétua? Como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina esse tema?

2 O CORPO ELETRÔNICO E A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE IMAGEM NA ERA DIGITAL

A identidade eletrônica foi apelidada por Stefano Rodotà de "corpo eletrônico". Para ele: "O 'corpo eletrônico', o conjunto de informações que constroem a nossa identidade, é assim remetido ao corpo físico: a identidade torna-se o liame forte para reconstruir a identidade da pessoa [...]".[18] Nesse sentido, o corpo eletrônico é uma espécie de reflexo da existência do indivíduo na rede, na qual estão presentes diversas informações a seu respeito e que deve ser objeto de tutela jurídica.[19]

A tecnologia permitiu assim a coexistência de duas espécies de vida, uma vida concreta, real, de contato físico e material com pessoas e outra vida virtual composta por redes sociais, *blogs*, canais de vídeos, páginas pessoais etc., em interativa relação com outras pessoas e bens, mas em plano virtual revelando, portanto, uma nova dimensão do ser humano.[20]

Dessa forma, o avanço tecnológico permite, hoje, manter uma sobrevida da personalidade que independe da vida biológica, ou seja, o corpo eletrônico é capaz de subsistir mesmo após o falecimento da pessoa. Diante disso: "O resultado da combinação de dados pessoais disponíveis no ambiente virtual pode, a depender da quantidade de

---

[18] RODOTÀ, Stefano. A antropologia do *homo dignus*. Tradução: Maria Celina Bodin de Moraes. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a.6.n.2, jan.-mar./2017, p. 15. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/647/491>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[19] LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v.16, abr./jun., 2018, p. 182.

[20] FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; COLOMBO, Cristiano. A tutela jurídica do corpo eletrônico: alguns conceitos introdutórios. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 48.

informação disponível, representar uma verdadeira 'duplicação' da personalidade na dimensão virtual".[21]

Nesta perspectiva, atualmente as pessoas absorvem a tecnologia em suas vidas, entrelaçando o real e o virtual, o social e o individual no ciberespaço. Desse modo:

> Esse fenômeno, que é uma das marcas preponderantes da sociedade da informação, torna cada vez mais plausível a migração de atos outrora praticados no plano físico, real, material, para o plano virtual, imaterial, lastreado em projeções também mais fidedignas dos caracteres que foram, essencialmente, a personalidade de quem pratica atos nesse novo plano. [...]. Nesse diapasão, vale ressaltar que essa "vida virtual" também é merecedora de tutela, uma vez que faz parte do plexo de situações jurídicas da pessoa, sendo decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, valor fundamental ao ordenamento.[22]

No mesmo contexto, Livia Leal afirma que: "a proteção da personalidade também acaba por ser remodelada, considerando-se que a circulação de dados pessoais do indivíduo demanda uma tutela jurídica que considere essa nova realidade".[23]

Assim, no atual cenário, a integridade da pessoa humana diz respeito tanto ao corpo físico quanto ao seu corpo eletrônico, composto pelo conjunto de seus dados pessoais sistematizados. Diante disso, cabe aproximar as tutelas dos direitos da personalidade do corpo físico aos dados pessoais que são movimentados na rede, como forma de consolidar a promoção integral do livre desenvolvimento da pessoa humana.[24]

---

[21] MENKE, Fabiano; MARCON, Daniele Verza. A dimensão do corpo eletrônico a partir de *be right back*: reflexões sobre a "softwarização" da personalidade. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 110-111.

[22] FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; COLOMBO, Cristiano. A tutela jurídica do corpo eletrônico: alguns conceitos introdutórios. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 50-51.

[23] LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v.16, abr./jun., 2018, p. 182.

[24] FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; COLOMBO, Cristiano. A tutela jurídica do corpo eletrônico: alguns conceitos introdutórios. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 58.

Foi por isso que o legislador brasileiro inseriu, através da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como um direito fundamental expresso na Constituição da República de 1988 (CR/88), no artigo 5º, inciso LXXIX.[25]

Assim, o direito à proteção dos dados pessoais ganhou *status* constitucional, sendo considerado direito fundamental. Essa proteção já estava presente na legislação infraconstitucional brasileira, a saber: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no artigo 1º [26], no Marco Civil da Internet (MCI), artigo 3º, inciso III[27] e na Lei de Acesso à Informação (LAI), artigo 6º, inciso III.[28]

A identidade é ressignificada no meio digital, podendo associar-se a representações diversificadas, como uma fotografia, uma página, um perfil de rede social, que caracterizam o indivíduo frente aos demais.[29] Por isso, conclui-se que a imagem digital de uma pessoa representa sua identidade no ambiente virtual e, por isso, tem a mesma proteção constitucional por ser enquadrada como dado pessoal, nos termos do inciso I do artigo 5º da LGPD.[30]

Além disso, o direito de imagem, tutelado no artigo 5º, inciso X da CR/88, é um direito fundamental e, como direito da personalidade que é, possui eficácia jurídica *post mortem*. Ou seja, a legislação prevê, nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do CC/02, legitimados para interpor ação indenizatória contra a violação do direito da personalidade *post mortem*.

---

[25] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[26] Lei 13.709/2018. Artigo 1º – Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

[27] Lei 12.965/2014. Artigo 3º, inciso III – A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: proteção dos dados pessoais, na forma da lei.

[28] Lei 12.527/2011. Artigo 6º, inciso III – Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

[29] LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v.16, abr./jun., 2018, p. 181.

[30] Lei 13.709/2018. Artigo 5º, inciso I – Para os fins desta Lei, considera-se dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Nesse sentido, o direito de imagem deve ser exercido em equilíbrio com outros direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade de expressão e à informação. Nos ensinamentos de Humberto Ávila, a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.[31]

A doutrina, através do Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil, tem apresentado parâmetros para tal ponderação, a fim de auxiliar o magistrado nessa tarefa:

> A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.[32]

A 4ª Turma do STJ, em 28 de junho de 2001, proferiu decisão no sentido de que a utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização em vida ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação.[33]

Em 2009, o STJ entendeu inclusive que, em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. A decisão foi proferida nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 230.268-SP (2001/0104907-7), a qual originou a súmula 403.[34]

Em relação à autorização para utilização da imagem de uma pessoa, o Código Civil de 2002, no artigo 20, traz algumas hipóteses

---

[31] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 94.

[32] Enunciado nº 279 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[33] STJ, Recurso Especial nº 86.109 – SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data do julgamento: 28.06.2001. Disponível em: < file:///C:/Users/karin/Downloads/8446-27587-1-SM.pdf >. Acesso em: 29 jun. 2025.

[34] STJ. Súmula 403 – Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

de sua flexibilização, nos casos de haver necessidade à administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública.[35]

Mas, questiona-se se a proteção póstuma deveria ter limite temporal ou se a exploração econômica da imagem de pessoa falecida poderia ser perpétua. A faceta patrimonial do direito de imagem, caso tenha sido negociado em vida, deveria cair em domínio público após algum prazo contado da morte do titular originário da imagem?[36]

Os direitos da personalidade foram concebidos com base no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CR/88. E, mesmo sendo caracterizado como direito extrapatrimonial, o direito de imagem possui, inevitavelmente, uma faceta econômica, que pode ser licenciada ou mesmo cedida, no âmbito do princípio da autonomia privada.[37]

Dessa forma, pergunta-se qual o limite da proteção *post mortem* do direito de imagem. Em princípio, existe a possibilidade do exercício patrimonial da imagem de pessoa falecida pelos seus herdeiros, tendo por parâmetro a proteção *post mortem* dos direitos patrimoniais de autor, consolidada pelo artigo 41 da Lei de Direitos Autorais (LDA)[38] que assim dispõe: "Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil".[39]

No entanto, pela evidente distinção da natureza dos direitos em análise – autoral e imagem – o prazo para cair em domínio público não poderia ser o mesmo do artigo 41 da LDA, ou seja, 70 anos,

---

[35] CC/2002. Artigo 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

[36] Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[37] Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[38] Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte>. Acesso em: 29 jun. 2025.

[39] BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

recomendando-se, de fato, uma normatização específica. Desse modo, existe uma lacuna normativa no sistema jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil de 2002 (CC/02) não prevê um prazo específico para a exploração econômica da imagem da pessoa falecida.[40]

Portanto, é permitido a exploração econômica do direito de imagem póstuma pelos herdeiros, mas diante da ausência de lei especial sobre o tema, deve ser aplicado, por analogia, o que dispõe o artigo 41 da Lei de Direitos Autorais (LDA).

CONCLUSÃO

Este artigo abordou o tema da imagem de uma pessoa, utilizada após a sua morte por meio da utilização da inteligência artificial (IA), para reprodução ou criação de vídeos com fins comerciais, sendo considerado um bem digital de natureza híbrida.

Diante de casos envolvendo a utilização *post mortem* da imagem e voz de pessoa falecida, foi preciso distinguir duas situações: a primeira, em relação à reprodução de imagem e/ou voz de um artista falecido e a segunda, em relação à criação de áudios e vídeos inéditos. Na primeira situação, o Direito admite a sua exploração econômica com o consentimento dos herdeiros, com base numa aplicação analógica da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, de Direitos Autorais (LDA), sem que isso macule a identidade do *de cujus*.

Em relação à segunda situação, o uso da tecnologia permitiu que a imagem e voz de uma pessoa permanecessem *post mortem* na rede de forma autônoma, com capacidade de manipulação para criação de conteúdos novos, inéditos. Isso pode causar um perigo real de alteração da identidade do artista retratado, ou seja, da sua personalidade e escolhas de vida.

Recomenda-se, portanto, analisar três parâmetros iniciais para a possibilidade de reconstrução digital da imagem, a saber: a) a previsão expressa em contrato em vida e autorização da família; b) a

[40] Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte>. Acesso em: 29 jun. 2025.

finalidade da criação da imagem e; c) a adequação da imagem criada *post mortem* à imagem-atributo construída em vida pela pessoa.

Muito se discute na doutrina se é perpétua a exploração econômica da imagem póstuma pelos herdeiros. Em princípio, existe a possibilidade do exercício patrimonial da imagem de pessoa falecida pelos seus herdeiros, tendo por parâmetro a proteção *post mortem* dos direitos patrimoniais de autor, consolidada pelo artigo 41 da Lei de Direitos Autorais (LDA).

No entanto, pela evidente distinção da natureza dos direitos em análise – autoral e imagem – o prazo para cair em domínio público não poderia ser o mesmo do artigo 41 da LDA, ou seja, 70 anos, recomendando-se, de fato, uma normatização específica. Mas, enquanto não existir lei especial sobre o tema, deve ser aplicado, por analogia, o que dispõe o artigo 41 da Lei de Direitos Autorais (LDA).

REFERÊNCIAS

A BRITÂNICA QUE 'CONVERSOU' COM OS CONVIDADOS DO PRÓPRIO VELÓRIO**.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/08/17/a-britanica-que-conversou-com-os-convidados-do-proprio-velorio.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm >. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal, dentre outros. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPG. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29 jun. 2025.

COMO DEEPFAKE DE ELIS REGINA FOI CRIADO PARA O COMERCIAL DA VOLKSWAGEN**.** Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/como-deepfake-de-elis-regina-foi-criado-para-o-comercial-da-volkswagen-254874/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

DIREITO DE IMAGEM APÓS A MORTE: O VÁCUO NORMATIVO E A SUA PERSPECTIVA PATRIMONIAL**.** Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte>. Acesso em: 29 jun. 2025.

ENUNCIADO Nº 279 DA IV JORNADA DE DIREITO CIVIL**.** Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236>. Acesso em: 29 jun. 2025.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; COLOMBO, Cristiano. **A tutela jurídica do corpo eletrônico:** alguns conceitos introdutórios. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022.

Filhos de Rita Lee contam como buscam conexões com a mãe para superar a perda: 'É ferida que nunca vai cicatrizar'. Disponível em: < https://oglobo.globo.com/cultura/musica/noticia/2023/05/filhos-de-rita-lee-contam-como-buscam-conexoes-com-a-mae-para-superar-a-perda-e-ferida-que-nunca-vai-cicatrizar.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais:** cybercultura, redes sociais, *e-mails*, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. Indaiatuba: Foco, 2021.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** Belo Horizonte, v.16, abr./jun., 2018.

Mãe 'encontra' filha morta com a ajuda de realidade virtual em programa de TV. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/02/19/mae-encontra-filha-morta-com-a-ajuda-de-realidade-virtual-em-programa-de-tv.ghtml>. Acesso em: 29 jun. 2025.

MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das *deepfakes*. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021.

MENKE, Fabiano; MARCON, Daniele Verza. **A dimensão do corpo eletrônico a partir de *be right back*:** reflexões sobre a "softwarização" da personalidade. *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022.

RODOTÀ, Stefano. **A antropologia do *homo dignus*.** Tradução: Maria Celina Bodin de Moraes. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a.6.n.2, jan.-mar./2017, p. 15. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/647/491>. Acesso em: 29 jun. 2025.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **A ressuscitação digital dos mortos.** *In*: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital. Indaiatuba: Foco, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 86.109 – SP**. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data do julgamento: 28.06.2001. Disponível em: < file:///C:/Users/karin/Downloads/8446-27587-1-SM.pdf >. Acesso em: 29 jun. 2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 403** – Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **O papel do inventariante na gestão da herança digital.** *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). Direito das sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

Tom Hanks: carreira pode continuar após a morte com inteligência artificial, diz ator. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/articles/cd1rkn0qx9zo#:~:text=O%20ator%20americano%20Tom%20Hanks,at%C3%A9%20o%20fim%20dos%20tempos%22.>. Acesso em: 29 jun. 2025.

FAKE NEWS E O PAPEL DO DIREITO NA PROTEÇÃO À SOCIEDADE BRASILEIRA

Maria Antonieta dos Santos Calado de Albuquerque

FAKE NEWS E O PAPEL DO DIREITO NA PROTEÇÃO À SOCIEDADE BRASILEIRA

Maria Antonieta dos Santos Calado de Albuquerque
Especialista em Direito Civil na UFPE, mestranda na FADIC, Delegada de Policia e Chefe do Departamento de Inteligência.

Resumo

O Presente artigo visa discorrer sobre a expansão das tecnologias de informação e comunicação (TIC's) que propiciaram a possibilidade de uso individual de ferramentas digitais de interlocuções e comunicações instantâneas para toda a sociedade contemporânea. A partir dessa perspectiva, inquire-se sobre os riscos de uso indevido dos canais de comunicação contemporâneos acerca do potencial uso para difusão de notícias deturpadas ou falsas e a forma como o Direito brasileiro vem se aprimorando para enfrentar as ocorrências delituosas no ambiente virtual. Este estudo faz menção aos projetos de lei em tramitação no Legislativo federal, a jurisprudência firmada nos tribunais superiores e os dispositivos legais que discorrem sobre os mecanismos de enfrentamento jurídico ao avanço da propagação das notícias falsas nos meios de comunicação em massa no Brasil.

Palavras-chave: Comunicação de massa. Propagação de notícias falsas. Direito brasileiro.

Summary

The present article aims to discuss the expansion of information and communication technologies (ICTs) that have enabled the individual use of digital tools for instant interactions and communications by contemporary society. From this perspective, it inquires about the risks of misuse of contemporary communication channels regarding the potential use for the dissemination of distorted or false news and how Brazilian law is improving to address criminal occurrences in Thé virtual environment. This study refers to the bills currently in progress

in the federal legislature, the established case law in the higher courts, and the legal provisions that discuss the legal mechanisms to confront the advancement of the propagation of false news in mass communication in Brazil.

Keywords: Mass communication. Propagation of false news. Brazilian law.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de debater as transformações na maneira como a sociedade processa a comunicação e se informa através dos canais virtuais e a forma como o ambiente eletrônico tornou-se propício à propagação de notícias enganosas. Nesta seara, as instituições do Estado brasileiro são instadas a garantir os mecanismos adequados de proteção jurídica aos usuários e a criar alternativas de prevenção e punição pelo uso indevido das plataformas digitais.

A tônica da modernidade é inscrita no acesso fácil e irrestrito aos contatos telefônicos para ligações, troca de mensagens e videochamadas, além da possibilidade de envio de registros de áudio, imagens, vídeos, transferências financeiras *online* e conversas em grupo.

Em face da expansão da comunicação em massa, é bastante razoável hoje que a exposição das pessoas a essas informação não se atenham aos grupos de indivíduos conhecidos, vez que as tecnologias de propagação virtuais são capazes de intermediar quaisquer tipo de contato e/ou comunicação, desde que o sujeito esteja portando um aparelho adequado para tanto.

Dito isto, considerando o panorama de trocas irrestritas de conteúdos nas plataformas digitais, surge uma situação capaz de criar riscos sociais e jurídicos consideráveis: a multiplicação instantânea de notícias falsas e de informações não credenciadas e tendenciosas capazes de moldar a opinião pública sobre aspectos diversos (políticos, econômicos, ideológicos, sociais, religiosos, jurídicos e midiáticos) que interferem nos rumos da sociedade.

A espetacularização das informações não verificadas promovem um verdadeiro ‘efeito manada’ nas concepções individuais e coletivas a partir da comunicação eletrônica, e é capaz de fomentar

situações ameaçadoras em cascata para eventos ou pessoas vítimas de propagações enganosas em massa.

Tendo em vista o cenário de intensa trivialidade na propagação de informações e notícias inverídicas e não verificadas, poderia o Direito brasileiro agir para garantir à sociedade um ambiente mais seguro nas plataformas digitais de comunicação de massa?

Atualmente, vê-se que um percentual elevado de informações são consumidas através das mídias sociais, todavia, a ausência de parâmetros de checagem das plataformas, somada à intensa facilidade de disseminação de mídias e conteúdos inverídicos tem o condão de causar abalos e danos sociojurídicos aos grupos alvos dos boicotes virtuais.

Ao mesmo tempo, não se pode afirmar que as checagens ou desagravos percorrem os usuários afetados com a mesma facilidade, alcance ou celeridade. Não se pode afirmar - com segurança - que procedimento de checagem e redução de danos chegarão a todos que foram expostos às mensagens falsas primeiramente.

Com isto, o que se detecta é um ambiente de insegurança jurídica e social quanto à veracidade das informações que circulam nas redes, com ações pouco eficazes para contornar os potenciais danos que as *fake news* podem causar aos usuários das plataformas de comunicação em massa.

Apenas para começar dimensionando o peso do que a expressão e, sobretudo, o ato de propagar *fake News* significa, cuja origem data do ano de 2016, é preciso destacar que o dicionário Collins a elegeu como a palavra do ano de 2017 (HERMÍNIO, 2022). Mas, ainda no ano de 2016 o Dicionário Oxford definiu a palavra pós-verdade como sendo a palavra do ano. E definindo-a, ele diz: “um adjetivo relacionado ou evidenciado por circunstâncias em que fatos objetivos têm menos poder de influência na formação da opinião pública do que apelos a emoções ou crenças pessoais” (ALVES e MACIEL, 2020, p. 147).

A definição traz elementos que são essenciais para entender o perigo das *fake News*, pois como pode se perceber, ela se caracteriza como um fenômeno em que a verdade dos fatos acaba por sucumbir diante de emoções e crenças subjetivas. Desta feita, percebe-se que atrelado a esse movimento, o que se tem é o próprio descrédito ao conhecimento científico e à ciência.

Não há como não vincular isso a uma noção de liberdade quase anárquica, por isso e não é à toa que, aqueles que se põem contra

qualquer mecanismo de controle dessa prática, acabam mencionando o direito de fazê-lo em razão da existência do direito a liberdade de expressão. E embora seja preciso reconhecer a necessidade de ponderar os limites ao exercício da fala, do pensamento e da opinião, a verdade é que, quando a propagação de notícias falsas é capaz de gerar a própria instabilidade da sociedade, ela precisa de alguma forma ser combatida.

Há que se registrar aqui que há quem aponte este fenômeno como algo bem antigo, bem anterior aos que majoritariamente é considerado seu marco que é o ano de 2016:

> De acordo com Alex Gelfert, existem registros da nomenclatura ainda no século XIX. Tandoc e outros autores fazem uma retrospectiva de pesquisas acadêmicas já neste século, mas destacam que, até 2015, o termo era usado para se referir a sátiras e paródias. (NÓBREGA, 2021)

Inobstante os efeitos deletérios que ocorrem em todo o mundo globalizado acerca da propagação de *fake news* em ambientes virtuais, a situação brasileira convoca os atores de Estado para agirem em relação às ameaças difusas, coletivas e individuais oriundas dos conteúdos falsos cotidianamente compartilhados nas plataformas de mídias sociais e aplicativos de comunicação disparada em massa no país.

A percepção de que os aparelhos telefônicos conectados à *internet*– hoje tido por essenciais no dia-a-dia – possam servir como canal para cometimento de crimes agasalhados pela impunidade, ameaça a segurança de pessoas, famílias, grupos de interesses e do próprio Poder Público, que se vê à mercê de milícias digitais organizadas e violentas que não encontram na legislação atual o desestimulo para seus atos ilícitos.

Muito embora o problema das redes de propagação das notícias falsas seja um problema significativo para o Poder Público, não se pode olvidar da responsabilidade individual das empresas privadas que fornecem tais serviços digitais.

O fato de todo usuário de plataforma estar submetido às políticas e termos de serviço impõem a estes o dever de cumprir ditames internos dessas empresas para que possam utilizar seus serviços. Naturalmente, como se exige de toda empresa privada em funcionamento, não se poderia cogitar a ausência de sintonia entre a

legislação nacional e as políticas de serviço, pois ambos deveriam operar como reforçadores da segurança jurídica dos cidadãos.

Com este elo de cooperação entre o Estado e as políticas internas das plataformas digitais, deveria haver autenticação da informação e proteção contínua da exposição dos usuários, todavia, o que se vislumbra na prática é um ambiente permeado por incertezas, manipulação e violação jurídica explícita e

Em que pesem as exigências da sociedade e a clara necessidade de o Direito brasileiro enfrentar o tema com a devida importância, a população de usuários ainda experiência a percepção de que ambientes virtuais tornaram-se verdadeiras 'terras sem lei'. A crise de legitimidade fomenta a prática de crimes cibernéticos porque muitos desses criminosos vislumbram nos ambientes virtuais o escudo necessário para garantia da não identificação e consequente improdutividade da punição devida.

Ademais, a intensa habitualidade de compartilhamento de informações não checadas envolve um número considerável de usuários movidos pela crença no pânico moral e pelo apelo à informação, que acabam colaborando com o circuito de compartilhamento de notícias falsas,crendo que estão auxiliando sua rede de contatos com divulgações relevantes, por falta de letramento virtual (a chamada netiqueta).

É importante diferenciar os usuários que compartilham a notícia falsa com o dolo direto de prejudicar outrem ou de beneficiar de qualquer forma; daquele cidadão que sem a devida cautela propaga *fake news.*

Some-se à questão da netiqueta, a necessidade de equacionar os verdadeiros ditames das garantias individuais de liberdade de expressão e os limites eventualmente desrespeitados que culminam na prática dos intitulados crimes de ódio. O acesso às tecnologias de informação e comunicação não podem servir de justificativa para o aumento de ilicitudes, sob risco de violação do tecido social.

Não se pode olvidar que propagação das chamadas *fake news* está diretamente ligada a esta Revolução Digital, posto que, ela ganha força justamente pela capacidade que hoje uma determinada frase, colocação, informação, opinião e etc, circula e atinge uma grande quantidade de pessoas. Diante cenário, o Direito brasileiro possui dispositivos legais, que regulamentam o uso da internet no Brasil.

Inicialmente, Constituição da República Federativa do Brasil garante a todo jurisdicionado em território nacional o gozo de algumas liberdades individuais, dentre as quais se destaca a liberdade de expressão. De acordo com o Art. 5º da Carta Magna, algumas garantias fundamentais corroboram o direito de expressão, tais como a previsão de livre manifestação do pensamento; liberdade de consciência e de crença; liberdade de expressão das atividades de natureza intelectual, artística, científica e de comunicação; e de acesso à informação (BRASIL, 1988).

Ao mesmo tempo, o mesmo texto constitucional prevê no inciso X do Art. 5º 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" (BRASIL, 1988). De igual modo, o inciso XLI do mesmo dispositivo consagra que"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"; seguido do inscrito no inciso XLII, que define"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988).

Ainda dentre as previsões fundamentais insculpidas no Art. 5º da Constituição Federal, vale mencionar a recente adição do inciso LXXIX (incluído através da Emenda Constitucional nº 115, de 2022) que define "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais" (BRASIL, 1988).

Analisando o arcabouço constitucional acima destacado, é possível compreender que toda a amarração fundamental demonstrada recai sobre as interfaces digitais que tangenciam o jurisdicionado brasileiro, estendendo ao ambiente virtual a tutela jurídica ora colacionada.

Em reforço a estes preceitos constitucionais, a legislação infraconstitucional reforça os limites e estabelece as punições nas searas cíveis, administrativas e criminais para aqueles que fazem mau uso das plataformas digitais. Especificamente no que pertine à lei penal, os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação – Código Penal, Arts. 138-140), crimes de ameaça (Código Penal, Art. 147), violação de conteúdo íntimo e da dignidade sexual (via Lei Carolina Dieckmann) e perseguição (Código Penal, Arts. 147ª-147B), são práticas delitivas capazes de promover punições jurídicas por ocorrências no ambiente virtual.

Todavia, apesar das definições constitucionais, as experiências nos ambientes virtuais demonstram uma realidade

oposta a este manto protetivo da Carta Constitucional e da legislação federal. Sobre o tema, explicam OLIVEIRA e GOMES (2019, p.94) que:

> É necessário reconhecer que o fenômeno das notícias falsas pós-2016 são a ponta de um *iceberg* de um processo complexo de desinformação e radicalização em que as velhas ameaças à democracia ganham uma nova roupagem, dado o sistema tecnológico em que os novos mecanismos estão envolvidos.

Os autores ainda justificam que muito embora não se possa afirmar que a propagação de informações inverídicas não é considerado algo novo, o avanço tecnológico das sociedades hiperconectadas transformou os modos de vida, de interação social e de construção dos debates políticos que resultaram no problema da divulgação massiva de notícias falsas, por meio da *internet*(OLIVEIRA e GOMES, 2019, p.94).

Desta forma, por serem capaz de "refletir exatamente as preferências e visões de mundo do usuário e servirem perfeitamente à confirmação destas, essas notícias tendem a ser compartilhadas de pronto, sem o devido questionamento ou checagem" (TOFFOLI, 2019, p.12)

Com base nesses nos argumentos existe a necessidade de discussão do recrudescimento da legislação brasileira acerca do comportamento virtual de usuários das plataformas virtuais que reforçam a rede de *fake news* que ameaçam a estabilidade social e o senso de submissão do usuário à regulamentação e eventual punição pela prática de comportamentos indevidos nos ambientes virtuais.

DESENVOVIMENTO

Inicialmente, as tentativas de disciplinar o uso e circulação na internet, vieram com a Lei de Crimes Digitais que se efetivou, após fato de repercussão nacional, com o vazamento de conteúdo pessoal do dispositivo eletrônico da atriz Carolina Dieckmann, onde o legislador, visando a adequação as inovações tecnológicas, aprovou a Lei nº 12.737/2012 que dentre as alterações que procedeu ao Código Penal, instituiu o crime de invasão de dispositivo informático.

Mas, é apenas com a Lei nº 12.965/2014 que se tem uma regulação mais geral estabelecendo princípios e garantias quando do uso da internet. Não apenas preocupada em regular a atuação do

cidadão na internet e seu uso por ele, a lei também se destina a "determinar as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria" (art. 1º).

Essa Lei conhecida como o Marco Civil da internet, é o mais importante meio de estabelecer limites ao uso e condutas na internet. Segundo sua ementa, "Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil." Na sua origem, ela já esteve presente nas discussões públicas, basicamente em torno da sua aprovação ou não, tendo como bojo do debate a concordância ou não de tal regulamentação.

Dissertando sobre a lei, o Portal Transparência Brasil revele que:

> Além de ser uma declaração de princípios para usuários e garantir a privacidade, os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais, a proposta buscava também regulamentar diversos aspectos relacionados à exploração comercial e governamental da grande rede. (2015, p. 7)

Assim, não se pode ignorar o fato de que a internet e rede não se prestam apenas ao entretenimento e a diversão, mas também na medida que foi evoluindo, serve também como mecanismo de exploração econômica através da monetização dos mais diversos meios e conteúdo.

Há que se destacar o direito que diretamente se encontra vinculado à regulação, o art. 2º da Lei diz que sua disciplina parte do fundamento básico da liberdade de expressão. Mas não só ele, como também: o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade;a abertura e a colaboração;a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e, por fim e não menos importante, na verdade, muito importante a este trabalho: a finalidade social da rede.

Pela importância de seu significado num sistema jurídico reconhecidamente principiológico como é o do Brasil, não se pode deixar de transcrever o art. 3º do mencionado Marco Civil que traz seus princípios basilares:

> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
> II - proteção da privacidade;

> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
> IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
> V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
> VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
> VII - preservação da natureza participativa da rede;
> VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Destaca o parágrafo único deste dispositivo que embora a descrição destes princípios, sua enumeração não exclui a possibilidade do reconhecimento de outros "previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

É importante ressaltar que com isso, a lei repete a idéia trazida no §2º do art. 5º da Constituição que também reconhece a não taxatividade dos direitos fundamentais escritos na Constituição. Tal regra, parte da admissão da impossível tarefa de tentar prever todos os direitos expressamente, bem como da abertura para a criação de novos em razão da própria evolução da sociedade.

Desta forma, a Lei nº 12.965/2014 também admite a insuficiência de seu texto expresso, sendo feliz a previsão, especialmente quando se trata de uma matéria em que o passar de anos e até mesmo meses, pode trazer dilemas tão novos que tornaria a previsão taxativa totalmente ineficaz.

Quanto aos seus principais objetivos de promoção, o art. 4º traz "do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos". Em seu art. 7º quando trata dos direitos dos usuários, menciona que o acesso é algo fundamental ao exercício da cidadania. Contudo, ao se ler tais direitos, percebe-se uma preocupação quase que exclusiva quanto a questão dos dados pessoais, sua circulação e manutenção, colocando sob a regência do código de defesa do consumidor tais questões visto que não existia qualquer preocupação com a questão da circulação da desinformação, uma vez que o fenômeno do *fake news* é algo datado a partir de 2016, ou seja, dois anos após a elaboração da lei, o que não impediu as adequações jurídicas de entendimento.

Aqui mais uma vez faz-se questão de mencionar o dito anteriormente, a Lei nº 12.965/2014 tem em seu âmago, em razão do contexto em que fora criada, uma preocupação muito forte com a questão dos dados e das relações que dizem respeito a intimidade. Ainda não havia naquele cenário de 2014, um contexto em que o uso das redes poderia desencadear problemas a própria estruturação democrática, em razão da proliferação de notícias falsas.

Mencionando o cenário no qual exsurge a decisão do Supremo Tribunal Federal, Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bittencourt Siqueira, fornecem os seguintes dados que foram muito relevantes na consideração da Corte Maior do país:

> No Brasil, de acordo com um **relatório publicado** em janeiro de 2024 pela Data Reportal, existem 187,9 milhões de usuários de redes sociais, representando 86,6% da população brasileira. Contudo, a tese de repercussão geral firmada pelo STF, que incide predominantemente sobre as redes sociais, não se aplica apenas a essas, mas também a uma vasta gama de plataformas digitais que disponibilizam serviços que envolvem conteúdos produzidos pelos seus usuários — a exemplo de portais de avaliação com sessão de comentários de usuários (como o TripAdvisor), enciclopédias colaborativas (como a Wikipédia), fóruns (como o Reddit), e sites colaborativos de receitas culinárias, apenas para mencionar alguns —, de modo que o alcance da tese ultrapassa em muito o âmbito das redes sociais. (2025).

Também é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal não apenas levou em consideração a ação dentro do ambiente virtual, mas a própria omissão das redes. Isso porque, hoje muito mais cientes do que é possível se realizar em sede de controle, levou-se também em consideração que as plataformas também gozam de possibilidade técnica de estabelecer filtros quando da própria tentativa de divulgação de conteúdo. Segue trecho da tese fixada pelo Tribunal:

> 5.2 Considera-se falha sistêmica, imputável ao provedor de aplicações de internet, deixar de adotar adequadas medidas de prevenção ou remoção dos conteúdos ilícitos anteriormente listados, configurando violação ao dever de atuar de forma responsável, transparente e cautelosa.

E ainda, reconhece outros deveres adicionais como medidas de moderação, bem como maior dever de transparência aos provedores de rede, segundo a tese:

> Deveres adicionais: 8. Os provedores de aplicações de internet deverão editar autorregulação que abranja, necessariamente, sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência em relação a notificações extrajudiciais, anúncios e impulsionamentos. 9. Deverão, igualmente, disponibilizar a usuários e a não usuários canais específicos de atendimento, preferencialmente eletrônicos, que sejam acessíveis e amplamente divulgados nas respectivas plataformas de maneira permanente. 10. Tais regras deverão ser publicadas e revisadas periodicamente, de forma transparente e acessível ao público.

É interessante notar que esse cenário de complexidade do tema acabou sendo representado no julgamento do Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários sobre a inconstitucionalidade do art.19 da Lei 12965/14 que versa sobre a responsabilidade civil da plataforma. Isso porque, no placar do julgamento, três ministros votaram a favor da constitucionalidade do art. 19 da referida Lei. (Edson Fachin, Nunes Marques e André Mendonça); dois ministros votaram pela sua inconstitucionalidade (Luiz Fux e Dias Toffolli); e a maioria votou pela inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19 (Luis Roberto barroso, Cristiano Zanin, Flávio Dino, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia).

Mas a diversidade de entendimentos não parou apenas aí, foi principalmente quanto ao alcance da declaração que seria feita pelo Supremo Tribunal Federal. O debate ficou ainda mais divergente quando os ministros precisaram definir quais os tipos de conteúdos passariam a caber a responsabilização imediata dos provedores e quais dependeriam de decisão judicial.

O portal migalhas acabou divulgando um quadro em que de forma resumida e didática, esclareceu como ficaram os votos dos ministros. Pela qualidade didática do quadro, faz-se questão de reproduzi-lo aqui.

Responsabilidade de redes sociais por posts de usuários

Ministro	Art. 19 é constitucional?	Ordem judicial obrigatória?	Responsabilização sem ordem?
Dias Toffoli	Não	Não, notificação extrajudicial é suficiente	Sim, inclusive com responsabilidade objetiva
Luiz Fux	Não	Só para crimes contra a honra	Sim, quando evidente ou mediante notificação
Cristiano Zanin	Parcialmente	Sim, para casos com dúvida	Sim, para ilícitos evidentes após notificação
Luís Roberto Barroso	Parcialmente	Sim, para crimes contra a honra	Sim, para ilícitos penais evidentes
Flávio Dino	Parcialmente	Sim, para crimes contra a honra	Sim, conforme art. 21 do MCI
André Mendonça	Sim	Sim, como regra	Não, salvo exceções expressas em lei ou nos termos de uso
Gilmar Mendes	Parcialmente	Sim, para crimes contra a honra e conteúdo jornalístico	Sim, após notificação para ilícitos; sim, sem notificação para impulsionamento pago; responsabilidade solidária para crimes graves se não houver remoção imediata
Alexandre de Moraes	Parcialmente	Não, nos casos de impulsionamento, contas falsas e conteúdos antidemocráticos	Sim, com dever de cuidado e responsabilidade solidária
Edson Fachin	Sim	Sim, em todos os casos	Não, apenas após decisão judicial
Cármen Lúcia	Parcialmente	Sim, exceto em casos de crimes (inclusive contra o Estado Democrático)	Sim, em caso de descumprimento de ordem judicial
Nunes Marques	Sim	Sim, a responsabilidade só surge com o descumprimento judicial	Em casos excepcionais e evidentes, como usurpação de identidade ou imagem, com prova inequívoca

Como se pode depreender do quando acima, o tema é de uma capacidade de gerar divergência impressionante. Destaque-se as menções expressas nos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Carmém Lucia quanto as questões de desinformação e a questões relacionadas ao Estado Democrático de Direito. Importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal aplicou à decisão o art. 27 da Lei nº 9.868/99, modulando os efeitos de sua decisão, aplicando-se apenas prospectivamente

Na decisão ficou estabelecido que a exigência de ordem judicial não se aplica de forma absoluta, há casos como descritos em que as plataformas poderão responder civilmente por conteúdos de terceiros, mesmo sem a decisão judicial, caso não tenham o dever de cuidado de retirar imediatamente conteúdo de terceiros que configure a prática de crimes ou atos gravemente ilícitos, como pornografia infantil, incitação à violência, terrorismo, condutas e atos antidemocráticos, induzimento ou instigação ao suicídio, racismo, crimes contra a mulher e tráfico de pessoas.

Ademais em relação à responsabilidade das plataformas, no caso dos bots, as contas falsas, redes artificiais devem ser removidas sem notificação formal, o entendimento foi que nesse caso de contas automatizadas haveria uma presunção de responsabilidade para as plataformas

Já nos crimes contra honra, os provedores, só podem ser responsabilizados no ambiente virtual se descumprirem uma ordem judicial para remoção do conteúdo, porém nada impede que removam com notificação extrajudicial. Nos crimes desta natureza, a corte entendeu que a retirada de conteúdo sem determinação judicial representaria risco à liberdade de expressão.

Outra questão importante é que Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a possibilidade de responsabilização das redes, pela simples comunicação administrativa de conteúdo que viole a decisão, não implica firmar o entendimento de responsabilidade objetiva das plataformas. Desta forma, necessário que em descumprimento e havendo a necessidade de perseguir alguma punição judicial, deverá ser demonstrado a culpa ou o dolo da plataforma, diante da notificação.

A organização não-governamental de direitos humanos Artigo 19, nascida em 1987, em Londres, em nota técnica publicada a fim de direcionar seu entendimento sobre a decisão do Supremo

Tribunal Federal, destaca quais seriam os principais problemas da decisão:

> Ao alterar o regime geral de responsabilização dos provedores de aplicações por conteúdo produzido por terceiros, a tese fixada pelo STF concentra-se sobretudo na ampliação da moderação de conteúdo como mecanismo central para enfrentar problemas gerados pelas grandes plataformas de redes sociais. Essa ênfase, embora relevante, é insuficiente para lidar com as causas estruturais que impulsionam a circulação massiva de conteúdos nocivos e pode, inclusive, gerar impactos desproporcionais sobre a liberdade de expressão, especialmente em contextos de incerteza jurídica. (2025)

Como já mencionado a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet teve essa recente análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal realizada em junho de 2025, através do Recurso Extraordinário 1.373.396 (Tema 987) e do Recurso Extraordinário 1.057.258 (Tema 533).

A partir desses recursos, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um importante elemento de regulação no uso das plataformas digitais, devendo se destacar que quando do julgamento, já se levou em conta um cenário bem diferente comparado ao cenário político e social da elaboração da lei em 2014. Isto porque, como destacado anteriormente, quando promulgada, a proposta legislativa ainda não se encontrava num panorama de propagação do fenômeno das *fake news.*

Segundo o Tema 987, coube ao Supremo Tribunal Federal se debruçar sobre a seguinte questão:

> 987 - Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

Para fins de análise didática do julgado, faz-se questão de transcrever o dispositivo da Lei nº 12.695/2014 que esteve em análise:

> Art. 19. 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.

Demonstrando o alcance da decisão, Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bittencourt Siqueira disseram:

> A decisão do STF vai além do que dispõe o artigo 19 do MCI e lança uma compreensão mais ampla, incorporando deveres de cuidado e diferentes parâmetros de responsabilidade civil, não apenas quanto a conteúdos gerados por seus usuários, mas também quanto a ações/omissões dos próprios provedores. (2025).

A partir dessa decisão o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento que não apenas os usuários devem se submeter à limites quando da divulgação de conteúdos problemáticas, mas, também, as plataformas digitais. A questão central na discussão foi: uma vez tendo sido notificadas da existência de um conteúdo reprovável, as plataformas devem diretamente excluir o conteúdo ou só podem e devem fazê-lo a partir de uma decisão judicial específica, como inclusive menciona expressamente o art. 19 supracitado?

Cumpre ressaltar que, não obstante a expressa menção à necessidade de decisão judicial específica, uma das principais questões que se tem sentido com o evoluir dessa massificação de circulação de conteúdo, é que a própria burocracia empreendida na necessidade de se promover uma ação, para que só então, um conteúdo possa ser removido, não condiz com a própria velocidade da circulação de conteúdos na internet.

> Apesar da polêmica que segue vicejando em relação ao julgamento, a decisão do STF acertadamente lança holofotes no vácuo normativo da legislação, que requer adaptações aos desafios inerentes aos avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos que colocam em xeque a liberdade de expressão, como o discurso de ódio e a desinformação em larga escala, bem como a moderação de conteúdo automatizada. (SARLET; SIQUEIRA, 2025)

Não se pode deixar de mencionar que a despeito da necessidade de regulação e da própria atualização da regulação no uso da internet, a decisão do Supremo Tribunal Federal surge diante desse vácuo legislativo mencionado, considerando inclusive que o Congresso Nacional brasileiro repercute aquilo que é uma das principais características da era da desinformação.

Isso porque, conforme foi destacado na subseção acima, a chamada era da pós-verdade em que emerge o fenômeno das *fake News* é marcado e, na verdade, encontra terreno propício na polarização política. Polarização esta que está representada atualmente no Parlamento brasileiro, em torno daqueles que estão cotidianamente chamando atenção à necessidade de regulação das redes e aqueles que entendem que não é devida qualquer tipo de regulação, em nome da liberdade de expressão.

Assim, num contexto em que os responsáveis pela elaboração das leis, estão mais preocupados em trazer bravatas que acalentem

seus eleitores, com fins meramente eleitoreiros, o debate se empobrece e a atuação judicial parece encontrar certa margem de liberdade. Contudo, importante destacar que na própria tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema do Brasil fez questão de destacar a necessária atuação do legislador, *in verbis*:

> 13. Apela-se ao Congresso Nacional para que seja elaborada legislação capaz de sanar as deficiências do atual regime quanto à proteção de direitos fundamentais.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal em que se passou a entender que as plataformas digitais devem retirar os conteúdos sensíveis, sob pena de responsabilização, sem que haja a necessidade de se observar a reserva de jurisdição, tem como fundamento a previsão expressa que a própria lei traz em seu art. 21, *in verbis:*

> Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Aqui é preciso explicar o seguinte, apesar do art. 21 possibilitar a responsabilização das plataformas digitais caso não removam conteúdos denunciados, ensejando a responsabilização se não o façam a partir da notificação do usuário, essa era, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, a exceção, a regra era a do art. 19. Assim, até a decisão, a regra seria que apenas após o descumprimento de uma ordem judicial é que então poderia surgir a possibilidade de responsabilizar a plataforma em si.

Conforme trecho do resumo da tese fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 19 que exige a reserva de jurisdição passa a ter caráter excepcional se aplicando apenas a hipóteses bem específicas:

> O art. 19 do MCI permanece aplicável, em sua integralidade, com relação aos serviços de e-mail, plataformas de reuniões fechadas e aplicativos de

> mensagens instantâneas, exclusivamente no que se refere às comunicações interpessoais, cujo sigilo é protegido por determinação constitucional (CF/1988, art. 5º, XII).

Também é importante destacar que o art. 21, ainda que previsse uma exceção, traz expressamente em seu texto quais tipos de conteúdos sujeitariam a responsabilidade direta das plataformas. Assim, a lei preconiza em seu texto literal essa forma de responsabilização apenas quando se tratarem de conteúdos que "contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado".

Aqui mais uma vez faz-se questão de mencionar o dito anteriormente, a Lei nº 12.965/2014 tem em seu âmago, em razão do contexto em que fora criada, uma preocupação muito forte com a questão dos dados e das relações que dizem respeito a intimidade. Ainda não havia naquele cenário de 2014, um contexto em que o uso das redes poderia desencadear problemas a própria estruturação democrática, em razão da proliferação de notícias falsas.

Também é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal não apenas levou em consideração a ação dentro do ambiente virtual, mas a própria omissão das redes. Isso porque, hoje muito mais cientes do que é possível se realizar em sede de controle, levou-se também em consideração que as plataformas também gozam de possibilidade técnica de estabelecer filtros quando da própria tentativa de divulgação de conteúdo. Segue trecho da tese fixada pelo Tribunal:

> 5.2 Considera-se falha sistêmica, imputável ao provedor de aplicações de internet, deixar de adotar adequadas medidas de prevenção ou remoção dos conteúdos ilícitos anteriormente listados, configurando violação ao dever de atuar de forma responsável, transparente e cautelosa.

E ainda, reconhece outros deveres adicionais como medidas de moderação, bem como maior dever de transparência aos provedores de rede, segundo a tese:

> Deveres adicionais: 8. Os provedores de aplicações de internet deverão editar autorregulação que abranja, necessariamente, sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência em relação a notificações extrajudiciais, anúncios e impulsionamentos. 9. Deverão, igualmente, disponibilizar a usuários e a não usuários canais específicos de

> atendimento, preferencialmente eletrônicos, que sejam acessíveis e amplamente divulgados nas respectivas plataformas de maneira permanente. 10. Tais regras deverão ser publicadas e revisadas periodicamente, de forma transparente e acessível ao público.

Assim após discorrer sobre o julgamento do artigo 19 da Lei nº12965/14 pela Supremo Tribunal Federal, é necessário faz menção ao Projeto de Lei nº 2.630/2020 que tramita no Congresso Nacional de autoria do Senador Alessandro Vieira, conhecido vulgarmente como PL das *fake news*, segundo a ementa de seu projeto: "Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet."

Esse Projeto de Lei direciona a desinformação como um problema sistêmico, define os deveres, assim como sanções, contudo não substitui a necessidade de ordem judicial. De fato o seu texto combate diretamente as *fake news,* visto que exige uma estrutura, com relatórios, mitigação e identificação de anúncio. Além de se preocupar com a questão do tratamento dos dados e da privacidade, atenta para um elemento que parece ser essencial quando se fala do combate as *fake news*, a questão relativa ao investimento público em educação a fim de capacitar o cidadão a melhor consumir os conteúdos digitais.

O que se depreende é que com o julgamento do art. 19 da Lei 12965/2014, O Supremo Tribunal Federal buscou atender as modificações ocasionadas pelo novo cenário das relações sociais no ambiente virtual, fazendo as adequações jurídicas no que pertine a responsabilização das plataformas, no entanto, deve-se ressaltar a existência de uma lacuna, em decorrência da ausência de uma Lei que regulamente de forma ampla e sistemática as notícias falsas.

Por fim, há que se mencionar a tutela da honra, especialmente na esfera penal, destaca-se o Capítulo V do Código Penal brasileiro que tipifica as condutas de Calúnia (Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime); Difamação (Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação); e Injúria (Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro).

Datando do ano de 1940, esse capítulo do código penal recebeu interessante alteração em 2019, através da Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime). Com ele, passou-se a admitir a força da prática de tais crimes por meio da rede mundial de computadores, sendo previsto o

seguinte: Art. 141, § 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.

Assim, ainda que se possa elogiar a tentativa do legislador em aumentar consideravelmente a pena caso os crimes de calúnia, difamação e injúria sejam praticados por meio das redes sociais, é preciso que se reconheça que não há nesta previsão uma completa atenção ao tema. Isso porque, a ausência em si da previsão de uma conduta específica, cuja violação da honra dê-se no contexto de *fake news*, leva o julgador a uma abstração, em que a integração do sistema muito benevolente aos infratores, pode ser um risco. Com isto o que se detecta é um ambiente de insegurança jurídica e social quanto a veracidade das informações que circulam nas redes.

CONCLUSÃO

Assim, deve-se mencionar que a decisão da Suprema Corte ainda não resolve os problemas estruturais do fenômeno da desinformação. A bem da verdade é que, qualquer tipo de tentativa de regulação, seja por meio de decisões judiciais, seja até mesmo pela própria lei, a questão está que o problema não é em si o instrumento, mas a existência de pessoas com a intenção de propagar notícias falsas.

E embora se reconheça que o problema está para bem antes da lei e das decisões judiciais, não há como o sistema jurídico se manter inerte diante de fatos sociais que repercutem na dinâmica da sociedade, muitas vezes, lhe prejudicando. Ainda mais quando essa prática visa a, de alguma forma e em alguma medida, descredibilizar e dar instabilidade ao regime que funda a sociedade.

Desta forma, ainda que seja necessário que se detecte e combata as causas reais que levam pessoas a, em nome deste ou daquele interesse, propagar notícias falsas, não pode o direito ficar inerte, a espera do momento em que isso se resolverá, é preciso que se crie mecanismos legais que previnam e coíbam a prática da massificação digital das noticias falsas.

Entrementes, apesar de a legislação protetiva do ambiente virtual aniversariar uma década de publicada e quase meia década de vigência, o uso indevido das redes, a escalada da radicalização, a proliferação de conteúdos de ódio e a impunidade dos malfeitores

virtuais continua sendo um problema de difícil enfrentamento para as instâncias do Poder Público brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Sousa; MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld. O Fenômeno das *Fake News*: definição, combate e contexto. Revista *internet*& sociedade. São Paulo, v. I, n. I, p. 144-171, janeiro, 2020.

BRANDT, João; SANTOS, João Guilherme Bastos dos; DOURADO, Tatiana; PITA, Mariana. Regulação de combate à desinformação: Estudo de oito casos internacionais e recomendações para uma abordagem democrática. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Brasil, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 04 jun. 2024.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. (Código Penal). Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 04 jun. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Planalto, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. (Lei Carolina Dieckmann) Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Brasília: Planalto, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. (Marco Civil da *Internet*) Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Brasília: Planalto, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL (Superior Tribunal de Justiça). Agravo Interno no agravo em Recurso Especial: 1575268 MG 2019/0260503-3. Ação indenizatória. Danos morais. Responsabilidade civil de provedor de internet. Limitação aos casos de inércia na identificação do ofensor ou na retirada do conteúdo ofensivo. Relator: Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, Julgamento: 16/11/2020, DJe 14/12/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 2.630, de 03 de julho de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*. Brasília: 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735 Acesso em: 09 jun. 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. Revista USP, v. dez./fev. 2000/2001, pp. 6-17, 2000.

CURZI, Yasmin; ZINGALES, Nicolo; GASPAR, Walter; LEITÃO, Clara; COUTO, Natália; REBELO, Leandro; OLIVEIRA, Maria Eduarda. Nota técnica do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio sobre o substitutivo ao PL 2630/2020. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.

ESTEVES, Fernando; SAMPAIO, Gustavo. Viral: a epidemia de *Fake News*e a guerra de desinformação. Portugal: Edições Desassossego, 2019.

FABEN, Alexandre. Comentários à obra Viral: A Epidemia de *Fake News* e a Guerra da Desinformação. Boletim do Arquivo da Universidade de Coimbra, extra 1 [2022], pp. 165-168.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carla Santana; RIBEIRO, Luiza Cavalcante; MOURA JUNIOR, Carlos Alberto da Silva. A violação dos direitos humanos em virtude de restrições e banimento virtual por parte de plataformas privadas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, n. 1, v. 50, p. 277-296, 2022.

OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira (2019). Os limites da liberdade de expressão: *Fake News*como ameaça à democracia. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 20(2), 93–118.

SILVA, Marco Antônio Marques da; BRAGA, Mariana Stuart Nogueira. *Fake News*: é necessário novo tipo penal? Revista Paradigma, v. 30 n. 2 (2021).

TOFFOLI, José Antônio Dias. *Fake News*, Desinformação e Liberdade de Expressão. Revista Interesse Nacional, p.9-20, jul./set. 2019.

VENTURIM, Rafaela Fajardo. As *Fake News*e o direito penal: aproximações e tensões a partir do estado democrático de direito. (2023) Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2023. 194 fls.

LBUQUERQUE, Ulysses Paulino de. Manual de enfrentamento de *fake news* em tempos de covid-19. Universidade Federal de Pernambuco. 2020. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://sites.ufpe.br/rpf/wp-content/uploads/sites/43/2020/05/Manual-de-enfrentamento-a-fake-news.pdf Acesso em: 10/08/2025.

ALVES, Marco Antônio de Sousa.; MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld. O fenômeno das fake News: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. N. 1⁄V. 1⁄JANEIRO DE 2020, pag. 144 a 171. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/o-fenomeno-das-fake-news-definicao-combate-e-contexto.pdf Acesso em: 01/08/2025.

Artigo 19. Nota Técnica: Decisão do STF sobre o artigo 19 do Marco Civil da Internet. 15/08/2025. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2025/08/Nota-Tecnica-MCI-A19-final.pdf . Acesso em 15/08/2025.

BRASIL. Marco civil da internet [recurso eletrônico] : Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. – 2. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. – (Série legislação ; n. 164) Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://transparenciaoficial.com/publish/Lei%20Marco%20Civil%20da%20Internet-_1da6e_Lei%20Marco%20Civil%20da%20Internet.pdf. Acesso em 11/08/2025.

GOMES, Patrícia Oliveira.; OLIVEIRA, André Soares. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FAKE NEWS COMO AMEAÇA A DEMOCRACIA. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** Vitória, v. 20, n. 2, p. 93-118, maio/agosto, 2019. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645 Acesso em: 01/08/2025.

HERMINIO, Beatriz. Fake news: origem, usos atuais e regulamentação. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.** 2022. Disponível em: https://www.iea.usp.br/noticias/fake-news-origem-usos-atuais-e-regulamentacao Acesso em: 11/08/2025.

MIGALHAS. STF: Redes sociais respondem por posts mesmo sem ordem judicial; veja tese. **Portal Migalhas.** Publicado em 26/06/2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/433462/stf-redes-respondem-por-posts-mesmo-sem-ordem-judicial-veja-tese . Acesso em: 05/082025.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo. **Portal das Nações Unidas no Brasil.** 03/01/2024. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/257093-jornalismo-fake-news-desinforma%C3%A7%C3%A3o-manual-para-educa%C3%A7%C3%A3o-e-treinamento-em-jornalismo Acesso em: 15/08/2025.

NÓBREGA, Liz. Desinformação ou fake news: qual a diferença? **Portal Desinformante.** Publicado em outubro de 2021. Disponível em: https://desinformante.com.br/desinformacao-ou-fake-news/ Acesso em: 16/08/2025.

RADIO BBC NEWS. **Por que fofocamos, segundo especialistas em evolução**. Programa "Why Do We Do That?". 25 de Julho de 2025. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cz090llvy30o . Acesso em 08/08/2025.

RIZZETO, Ricardo Silva. GURGEL, Clarisse Toscano de Araújo. **O Trabalho na Quarta Revolução Industrial.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 11, Vol. 20, pp. 117-140. Novembro de 2020. ISSN: 2448-0959, Disponível em https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/quarta-revolucao Acesso em 01/07/2025.

SARLET, Ingo Wolfgrang,; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O STF e a inconstitucionalidade parcial e progressiva do artigo 19 do Marco Civil da Internet**. Portal Consultor Jurídico.** Publicado em 15/08/2025. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-ago-15/o-stf-e-a-inconstitucionalidade-parcial-e-progressiva-do-artigo-19-do-marco-civil-da-internet/ . Acesso em: 16/08/2025.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL E UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DIRETRIZES REGULATÓRIAS DA RESOLUÇÃO 615/2025 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

Marília de Lourdes Lima dos Santos

A FUNÇÃO JURISDICIONAL E UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DIRETRIZES REGULATÓRIAS DA RESOLUÇÃO 615/2025 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

The Jurisdictional Function and Use of Artificial Intelligence: Regulatory guidelines of Resolution 615/2025 of the National Council of Justice – CNJ

Marília de Lourdes Lima dos Santos
Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Especialização em Processo Civil Contemporâneo pela Esmape/UFPE do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE). Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Realizou pesquisa Científica vinculada ao CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) sobre a integração regional, globalização e direito internacional.

Resumo

A sociedade digital transformou o exercício jurisdicional, impondo novos desafios ao Poder Judiciário tradicional. Este estudo analisa a evolução do conceito de jurisdição, desde sua concepção clássica como poder-dever de aplicar normas ao caso concreto, centrada na figura do magistrado, às adaptações necessárias diante da sociedade digital. A massificação das relações sociais, gerou indiscutíveis efeitos no Poder Judiciário e necessidade de proceder uma nova forma de aplicar o direito. Demandas repetitivas, massificadas e predatórias sobrecarregam o Poder Judiciário. A sociedade digital exige instantaneidade, pressionando por resultados mais céleres e efetivos. A revolução digital também apresenta suas repercussões no Poder Judiciário. O uso da inteligência artificial como ferramenta para proporcionar parametrização, padronização de procedimentos, celeridade e economia. A problemática que se analisa diz respeito aos benefícios e riscos da automoção no exercício jurisdicional. Estaria,

de alguma forma, o julgador abrindo mão do seu dever de julgar a partir de seu livre convencimento motivado? O Conselho Nacional de Justiça editou as Resoluções nº 332/2020 e 615/2025. O estudo investiga se a Resolução nº. 615/2025 do CNJ se debruça sobre a problemática dos riscos da utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário e se há preocupação com a manutenção do poder-dever de decidir na figura do juiz. Assim, o estudo visa equilibrar inovação tecnológica com preservação dos valores fundamentais da jurisdição.

Palavras-chave: jurisdição. Inteligência artificial. Regulamentação.

Abstract

The digital society has transformed the exercise of jurisdiction, imposing new challenges on the traditional Judiciary. This study analyzes the evolution of the concept of jurisdiction, from its classical conception as the power-duty to apply norms to concrete cases, centered on the figure of the magistrate, to the necessary adaptations in the face of digital society. The massification of social relations has generated indisputable effects on the Judiciary and the need to proceed with a new way of applying law. Repetitive, mass, and predatory demands overburden the Judiciary. Digital society demands instantaneity, pressing for faster and more effective results. The digital revolution also presents its repercussions on the Judiciary. The use of artificial intelligence as a tool to provide parameterization, standardization of procedures, speed, and economy. The problem analyzed concerns the benefits and risks of automation in jurisdictional exercise. Would the judge, in some way, be relinquishing their duty to judge based on their motivated free conviction? The National Council of Justice issued Resolutions No. 332/2020 and 615/2025. The study investigates whether CNJ Resolution No. 615/2025 addresses the problem of risks in using artificial intelligence in the Judiciary and whether there is concern with maintaining the power-duty to decide in the figure of the judge. Thus, the study aims to balance technological innovation with preservation of the fundamental values of jurisdiction.

Keywords: **J**urisdiction. Artificial intelligence. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta o desafio de conciliar a tradicional função jurisdicional com as demandas de uma sociedade digital em constante transformação. Com mais de 79 milhões de processos pendentes em tramitação nacional, conforme dados atualizados do Conselho Nacional de Justiça, a prestação jurisdicional encontra-se sob intensa pressão para entregar respostas céleres, efetivas e de qualidade aos conflitos sociais.

A revolução tecnológica que marca a contemporaneidade não apenas alterou as relações sociais, mas também gerou reflexos diretos na atividade jurisdicional. A massificação das demandas, o surgimento de litígios repetitivos e predatórios, somados à crescente judicialização das relações humanas, criaram um cenário de sobrecarga que desafia os paradigmas tradicionais da prestação jurisdicional.

Neste contexto, a inteligência artificial surge como ferramenta promissora para otimizar a atividade judiciária, oferecendo recursos de parametrização, padronização procedimental e ganhos significativos em celeridade e economia processual. Contudo, sua implementação suscita questionamentos fundamentais sobre a preservação da essência da função jurisdicional, especialmente no que tange ao protagonismo do juíz, livre convencimento motivado do magistrado e à garantia do devido processo legal.

A problemática central deste artigo diz respeito à aparente tensão entre a necessária modernização do Poder Judiciário e a manutenção dos princípios basilares da atividade jurisdicional. Estaria o julgador, ao utilizar ferramentas de inteligência artificial, comprometendo sua independência e responsabilidade decisória? Como harmonizar a busca por eficiência com a preservação das garantias constitucionais do processo?

Diante dessa realidade, o Conselho Nacional de Justiça, no exercício de sua competência regulamentadora, editou a Resolução nº 615/2024, estabelecendo diretrizes específicas para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções baseadas em inteligência artificial no âmbito judiciário. Este normativo representa evolução significativa em relação à anterior Resolução nº 332/2020, incorporando a evolução da inteligência artificial generativa e suas implicações para a atividade jurisdicional.

O presente estudo propõe-se a analisar criticamente se a nova regulamentação contempla adequadamente os riscos inerentes à utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário e se preserva, de forma efetiva, o poder-dever de decidir na figura do magistrado.

2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

O Poder Judiciário possui como traço distintivo a função precípua de compor conflitos de interesses. Trata-se da tradicional função jurisdicional, por meio da qual, o Poder Judiciário, a partir de normas de caráter abstrato produz uma ordem singular, erigida especialmente para o caso concreto.

A importância da Função jurisdicional é tamanha, que caracteriza o próprio Poder Judiciário, um dos três poderes que compõe as funções da soberania nacional, junto com o Poder Legislativo e Executivo. Seu monopólio está previsto expressamente no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Um ponto relevante é a diferenciação da atividade jurisdicional para a legislativa e a executiva. No que tange à função legislativa, caracteriza-se por criar o direito de forma genérica, abstrata, que será aplicado a todas as pessoas que se encontrarem na situação prevista na norma, sem distinções.

Já diferenciação da função administrativa possui mais dificuldade de ser delineada. O assunto possui relevância no âmbito constitucional e processual. Chiovenda, em citação de José Afonso da Silva, concebe a jurisdição como uma atividade secundária, ou coordenada, no sentido de que ela substitui a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária, enquanto o administrador exerce atividade primária, ou originária, no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed Malheiros, 2004. p. 553).

Sobre tal diferenciação, conclui José Afonso da Silva:

> Essas idéias são úteis para o constitucionalista, que, no entanto, se satisfaz com o critério orgânico, considerando como de jurisdição aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciários e como

> administração o que conferiu aos órgãos do Executivo, que, em verdade, não se limita à execução da lei, consoante já vimos. Segundo esse critério, ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional respeitante à solução de conflitos de interesses. (2004, p. 553).

Doutrinadores contemporâneos distinguem as funções típicas e atípicas dos Poderes constituídos como forma de solucionar a controvérsia sobre essa matéria. Neste sentido, todos os poderes exercem funções típicas e atípicas.

O Poder Judiciário, especificamente, possui como função típica, justamente, a função jurisdicional.

Do ponto de vista do direto processual civil, por sua vez, a jurisdição compõe a trilogia clássica da ciência processual, juntamente com a ação e o processo. A partir da clássica lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, em sua obra "Teoria Geral do Processo", compreende-se a jurisdição sob três perspectivas complementares e indissociáveis.

A **jurisdição como poder** traduz-se na expressão concreta da soberania estatal, configurando a autoridade conferida pelo Estado aos seus órgãos jurisdicionais para dizer o direito e impor suas decisões de forma definitiva e vinculante. É o aspecto que reveste o magistrado da autoridade necessária para exercer o múnus público que lhe é confiado.

Já a análise da **jurisdição como função**, representa o dever institucional atribuído aos órgãos do Poder Judiciário de promover a composição dos litígios e a pacificação social. Nesta dimensão, evidencia-se o caráter finalístico da atividade jurisdicional, voltada à realização da justiça e à manutenção da ordem jurídica, cumprindo o Estado seu papel de garantidor da paz social.

Por fim, a **jurisdição é uma atividade**, pois materializa-se no conjunto coordenado de atos processuais praticados pelo magistrado no exercício concreto da função jurisdicional. É através desta atividade que se concretizam tanto o poder quanto a função, mediante a aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, sempre em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal.

Esta tríplice concepção demonstra que a jurisdição não se resume a mero exercício de autoridade, mas constitui atividade

complexa e finalística, orientada à efetiva prestação jurisdicional e à realização dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

As definições e discussões sobre o conceito de jurisdição e sua natureza, no entanto, não estão pacificadas. Na realidade, a evolução do direito e as exigências da sociedade fazem com o que o tema seja constantemente revisitado e atualizado.

Mas quem exerce essa função tão relevante para a soberania nacional? A reposta é, aparentemente simples. Na República Federativa do Brasil, juízes e Tribunais possuem o poder-dever de aplicar o direito ao caso concreto. A jurisdição, na Constituição de 1988, é unicamente estatal. A previsão dos órgãos que compõe o Poder Judiciário é expressa na Constituição Federal, que os enumera, em seu art. 92.

O conceito de jurisdição tem passado por importantes transformações, notadamente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que conferiu especial relevo aos métodos consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação.

Nesse contexto evolutivo, a renomada processualista Ada Pellegrini Grinover reformulou sua compreensão sobre a natureza jurídica da jurisdição. Passou a sustentar que a jurisdição não se caracteriza apenas como poder estatal, mas constitui simultaneamente função, atividade e garantia fundamental (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018).

Essa nova perspectiva fundamenta-se na compreensão de que a jurisdição deve ser entendida primordialmente como garantia constitucional de acesso à justiça. Tal garantia se concretiza não apenas através da jurisdição estatal tradicional e da arbitragem, mas também por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação.

O tradicional monopólio estatal da atividade jurisdicional cede espaço a um sistema plural de acesso à justiça, onde diferentes mecanismos convergem para o mesmo objetivo: a efetiva solução dos conflitos e a pacificação social, em consonância com os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da duração razoável do processo.

A par da evolução e inclusão de novos atores no conceito de jurisdição, prevalece que juízes, que compõe os órgãos previstos no art. 92 da CF, possuem o poder-dever de aplicar o direito no caso concreto.

3 A COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO PODER JUDICIÁRIO

A revolução digital é um marco da sociedade contemporânea. Ela representa uma transformação profunda e abrangente das estruturas sociais, econômicas e jurídicas contemporâneas, caracterizada pela integração massiva das tecnologias da informação e comunicação em todos os aspectos da vida humana.

No âmbito jurídico, pode-se verificar a mudança decorrente da revolução digital, com a criação do processo judicial eletrônico, audiências por videoconferência e comunicações processuais por meios eletrônicos, que buscam promover maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Além da revolução digital, observa-se que a sociedade atual se caracteriza como uma sociedade de massa. Tal realidade possui como efeitos a multiplicação exponencial de litígios de natureza repetitiva e homogênea, o que leva a uma sobrecarga do sistema judiciário.

Soma-se às demandas repetitivas, o fenômeno das demandas predatórias, que se caracterizam por serem desprovidas de fundamento jurídico legítimo, movidas por interesse meramente econômico ou protelatório, com o objetivo de obter vantagens indevidas ou causar prejuízos à parte contrária.

O Poder Judiciário no Brasil, apesar de ser um dos mais produtivos do mundo, é considerado lento e colapsado. Essas são as impressões difundidas em geral na sociedade.

Conforme estatísticas do Poder Judiciário, disponibilizadas na página do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 31/05/2025, existiam 79.362.235 casos pendentes em andamento do Poder Judiciário nacional. Até a referida data, haviam sido distribuídas 15.597.312 novos casos no ano de 2025. Veja-se, no entanto, que no mesmo período, o Poder Judiciário julgou 17.113.625 processos. Observa-se, portanto, que o Poder Judiciário realiza um esforço significativo para fazer frente à demanda crescente de processos.

O problema, contudo, revela-se de alta complexidade. Para demonstrar a dimensão da questão, destaco trecho do relatório estatístico do CNJ de 2024:

> No final de 2023, 83,8 milhões de processos aguardavam desfecho na Justiça, alta de 1,1% em relação ao final de 2022. Entre as razões para o aumento, está a alta de

> processos que tramitam em juizados especiais, especialmente na Justiça Federal. Em 2023, foram 1,3 milhão de processos a mais desse tipo.
> Excluídos os 18,5 milhões de processos suspensos, existem 63,6 milhões de demandas em análise na Justiça. Entre os suspensos, estão 2,5 milhões de processos que aguardam julgamento de precedentes obrigatórios: repercussão geral (STF), recurso repetitivo (STJ), incidente de assunção de competência (IAC) e incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).
> O ingresso de casos novos atingiu o maior patamar da série histórica, com o volume de 35,3 milhões em 2023, alta de 9,4% frente a 2022. Desses, excluídos os recursos e as execuções judiciais, 22,6 milhões ingressaram pela primeira vez na Justiça em 2023. • A Justiça julgou 33,2 milhões de processos em 2023, o maior volume da série histórica. O total corresponde a um aumento de 11,3% em relação a 2022 e de 40,3% no acumulado dos últimos 14 anos. Também foram baixados 35 milhões de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2024 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024. Página 18).

A análise desses dados inevitavelmente conduz à reflexão sobre o comprometimento da razoável duração do processo. Tal princípio foi elevado à categoria de direito fundamental na Emenda Constitucional nº. 45/2004, e está previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

No Código de Processo Civil de 2015, há menção à celeridade processual, em seu art. 4º, no qual observa-se uma evolução ao conceito clássico, pois deverá haver solução integral do mérito em prazo razoável, incluída a atividade satisfativa. Neste sentido pontua Neves, Daniel Amorim Assumpção:

> A novidade com relação ao dispositivo constitucional é a inclusão expressa da atividade executiva entre aquelas a merecerem a duração razoável. Reza o ditado popular que aquilo que abunda não prejudica, mas é extremamente duvidoso que, mesmo diante da omissão legal, a execução não seja incluída no ideal de duração razoável do processo (NEVES, Daniela Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9. Ed. Salvador: Ed JusPodvim, 2017. P. 202).

O Poder Judiciário não pode, portanto, esquivar-se de sua missão constitucional de prestar a tutela jurisdicional em prazo

adequado e com solução integral dos conflitos, ainda que diante do volume expressivo de processos e do crescente judicialização das relações sociais.

Essa responsabilidade torna-se ainda mais premente quando consideramos o ritmo acelerado da vida contemporânea e a legítima expectativa dos cidadãos de que seus conflitos sejam resolvidos com a mesma agilidade que caracteriza as relações modernas.

A massificação das demandas, embora represente desafio significativo, não pode servir como justificativa para o descumprimento do dever constitucional de entregar a prestação jurisdicional tempestiva e efetiva.

4 AVANÇO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO E SUA REGULAMENTAÇÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ – RESOLUÇÃO 615/2025 DO CNJ

Diante do panorama apontado, a aplicação da Inteligência artificial se apresenta como uma ferramenta útil e necessária para busca por soluções inovadoras e eficientes, que harmonizem qualidade e celeridade na prestação dos serviços judiciários.

Apesar da resistência de parte dos integrantes do Poder Judiciário, um poder historicamente ligado à tradições e formalidades, a realidade tem incentivado os Tribunais a adotarem soluções que utilizem inteligência artificial para o processamento de grandes quantidades de informações e atuar com mais eficiência e celeridade no julgamento das ações.

A problemática que aqui se impõe diz respeito à conciliação entre o respeito à função jurisdicional, suas características e regras de investidura e a aplicação de sistemas para análise processual e minutas de decisões.

A atividade do juiz, no exercício da jurisdição não se dá de forma arbitrária. Ao contrário, é regida por princípios que garantem a imparcialidade. Pode-se citar, neste contexto, os princípios do juiz natural e do livre convencimento motivado. Esse sistema de regras e princípios possui o escopo de garantir um processo hígido e isonômico.

As vantagens decorrentes da utilização da inteligência artificial relacionadas à parametrização, padronização de procedimentos, celeridade e economia são evidentes.

A problemática que se analisa nesse ponto diz respeito aos riscos da utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário. Estaria, de alguma forma, o julgador abrindo mão do seu dever de julgar a partir de seu livre convencimento motivado?

A preocupação reside na possibilidade de que o uso indiscriminado de ferramentas de inteligência artificial possa criar uma espécie de "automatização judicial", onde o julgador se limitaria a referendar decisões algorítmicas, abandonando sua função precípua de análise crítica e individualizada de cada caso concreto.

Evidenciam-se potenciais riscos associados à utilização de inteligência artificial generativa no Poder Judiciário, incluindo ameaças à soberania nacional, à segurança da informação, à privacidade e proteção de dados pessoais, bem como a possibilidade de intensificação de parcialidades e vieses discriminatórios.

Ciente dos desafios e da necessidade de trazer maior segurança à utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário e garantir, o Conselho Nacional de Justiça, por sua função regulamentadora da atividade jurisdicional em âmbito nacional, editou a Resolução nº. 615/2025, com vigência a partir de 10 de julho de 2025.

O referido normativo estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Não se trata, no entanto, de uma inédita sobre o tema, mas uma evolução necessária diante do desenvolvimento tecnológico, pois a Resolução do CNJ nº. 332/2020, já apresentavas normas sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário.

Em sua fundamentação, a Resolução nº. 615/2025 destaca a necessidade da utilização da inteligência artificial generativa, ou seja, aquela capaz de criar conteúdo novo e original a partir de padrões, respeitar o devido processo, a devida motivação e fundamentação da prestação da atividade jurisdicional.

Veja-se:

> CONSIDERANDO a imprescindibilidade de regulamentação específica para o emprego de técnicas de inteligência artificial generativa no âmbito do Poder Judiciário, com plena transparência e publicidade, de modo a assegurar que sua utilização esteja em consonância com valores éticos fundamentais, incluindo dignidade humana, respeito aos direitos humanos, não discriminação, devido processo, devida motivação e

> fundamentação da prestação da atividade jurisdicional, prestação de contas e responsabilização;

O Conselho Nacional de Justiça destacou preocupações centrais quanto ao uso da inteligência artificial pelos magistrados, especialmente no que tange à preservação da independência judicial, à responsabilidade pessoal do julgador pela decisão proferida e à necessidade de transparência sobre a utilização dessas ferramentas tecnológicas no processo decisório.

Um dos pontos centrais da regulamentação do uso da inteligência artificial diz respeito à **centralidade da pessoa humana**, em especial ao controle, revisão de decisões e intervenção em sistemas em caso de desrespeito aos direitos fundamentais em todas decisões (art. 2º, VI, da Res. 615/2025). Nesse contexto, a resolução veda a utilização de produtos nos quais seja observado **viés discriminatório ilegal ou abusivo**, ou seja, resultado indevidamente discriminatório que cria, reproduz ou reforça preconceitos ou tendências, derivados ou não dos dados ou seu treinamento (artigos 4º, XIII e 8º, §2º, da Res. 615/2025).

O Julgador, portanto, precisa estar atento às possíveis decisões contrárias aos direitos fundamentais, produzidas por inserção de dados eivados de informações discriminatórias, pois existe a tendência de repetir padrões por treinamento. Tais padrões, no entanto, não mais são desejados, notadamente diante do letramento racial e julgamento com perspectiva de gênero, exemplificativamente.

Outro princípio fundamental previsto na Resolução diz respeito à **imprescindibilidade da supervisão humana**, em todas as etapas dos ciclos de desenvolvimento e de utilização das soluções que adotem técnicas de inteligência artificial, nos termos do art. 2º, V, da Res. 615/2025.

Toda atividade deve passar por revisão humana obrigatória, não havendo espaço para julgamento proferidos apenas com base em minutas elaboradas por inteligência artificial de forma automática e sem orientação.

Autonomia da inteligência artificial, portanto, é limitada. Assim, resta vedada a elaboração de decisões completamente automatizadas. O julgador não deve abrir mão do seu poder-dever de decidir, de dizer o direito no caso concreto. A transferência da conclusão para a inteligência artificial, além de gerar grande risco

ao sistema, vai de encontro à norma do CNJ, que visa manter íntegro o arcabouço jurisdicional e os direitos fundamentais.

Corolário do próprio Estado Democrático de Direito, deve ser garantida a **transparência** na utilização da inteligência artificial. Quando houver emprego de inteligência artificial generativa para auxílio à redação de ato judicial, tal situação poderá ser mencionada no corpo da decisão, a critério do magistrado, sendo, porém, devido o registro automático no sistema interno do tribunal, para fins de produção de estatísticas, monitoramento e eventual auditoria.

Por fim, o Conselho nacional de Justiça, ao analisar riscos decorrentes da utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário, considerou que há situações em que os riscos são excessivos, sendo vedada sua utilização nesses casos.

Resta caracterizado risco excessivo quando disser respeito à segurança da informação, aos direitos fundamentais dos cidadãos ou à independência dos magistrados, o desenvolvimento e a utilização de soluções que não possibilitem a revisão humana dos resultados propostos; que valorem traços da personalidade, características ou comportamentos de pessoas naturais ou de grupos de pessoas naturais, para fins de avaliar ou prever o cometimento de crimes ou a probabilidade de reiteração delitiva; que classifiquem ou ranqueiem pessoas naturais, com base no seu comportamento ou situação social ou ainda em atributos da sua personalidade, para a avaliação da plausibilidade de seus direitos, méritos judiciais ou testemunhos; a identificação e a autenticação de padrões biométricos para o reconhecimento de emoções (art. 10 da Res. 615/2025).

A Res. 615/2025 do CNJ, portanto, apresenta diretrizes e requisitos de governança e aplicação da inteligência artificial no Poder Judiciário, norteados na segurança, ética e monitoramento constante. Trata-se de um normativo recente, ao qual os Tribunais e magistrados pátrios necessitam se adequar para aplicação correta e consciente das ferramentas generativas.

5 CONCLUSÕES

A função jurisdicional não constitui elemento estático, evoluindo constantemente para atender às transformações e demandas sociais contemporâneas.

A revolução digital e a sociedade de massa trouxeram novos desafios ao Poder Judiciário, exigindo adaptação dos métodos tradicionais de prestação jurisdicional para atender ao volume crescente de demandas e às necessidades de celeridade, efetividade e acesso à justiça.

A adoção de soluções de inteligência artificial pelo Poder Judiciário proporciona ganhos significativos, tais como parametrização, padronização de procedimentos, celeridade e economia. Contudo, dadas as peculiaridades da atividade jurisdicional, a utilização da inteligência artificial na elaboração de decisões judiciais apresenta riscos e inseguranças que devem ser eliminados ou, minimamente, mitigados para viabilizar sua aplicação segura e eficaz.

O teor da resolução 615/2025 demonstra que o Judiciário está disposto a inovar, a fim de dar melhores resultados para a sociedade. No entanto, tal inovação se dará com respeito aos direitos fundamentais, com cautela e ética.

A Inteligência Artificial deve ser uma aliada da justiça, mas sem se substituir ao julgador. Dessa forma, é possível compatibilizar os corolários da função jurisdicional e possibilitar o incremento de eficiência e respeito à razoável duração dos processos.

REFERÊNCIAS

BARRETO MENEZES CORDEIRO ... [et al.] ; coordenado por Felipe Braga Netto ... [et al.]. - **Direito digital e inteligência artificial** [recurso eletrônico] : diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Ed. Foco, 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 332 de 2020.
https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 615 de 2025.
https://atos.cnj.jus.br/files/original1555302025031467d4517244566.pdf

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2024 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024.

CAVET, Caroline Amadori. **Prova Digital:** critérios de admissibilidade e valoração. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2025.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Processo, 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 21a ed. Sao Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018.

LOPES JR., Jailton. **Manual de Processo Civil**. 3. Ed. São Paulo: Ed JusPodvim, 2023.
NEVES, Daniela Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. Ed. Salvador: Ed JusPodvim, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: JusPodvim, 2022.

CONTAMINAÇÃO PSÍQUICA E IMPARCIALIDADE DO JULGADOR: A HIPÓTESE DE REEXAME DO PROCESSO POR QUEM ADMITIU PROVA POSTERIORMENTE RECONHECIDA COMO ILÍCITA

Paulo de Tarso Meneses
Luiz Antonio Costa de Santana

CONTAMINAÇÃO PSÍQUICA E IMPARCIALIDADE DO JULGADOR: A HIPÓTESE DE REEXAME DO PROCESSO POR QUEM ADMITIU PROVA POSTERIORMENTE RECONHECIDA COMO ILÍCITA

PSYCHIC CONTAMINATION AND JUDICIAL IMPARTIALITY: THE HYPOTHESIS OF CASE REEXAMINATION BY THE JUDGE WHO ADMITTED EVIDENCE LATER RECOGNIZED AS ILLEGALLY OBTAINED

Paulo de Tarso Meneses
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFCE). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Professor Assistente da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Investigador do Ratio Legis da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

Luiz Antonio Costa de Santana
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Doutor em Direito pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Doutor em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental pela Universidade do Estado da Bahia. Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Universidade Federal do Vale do São Francisco (Univasf). Advogado.

Resumo

O presente trabalho pretende examinar as limitações psíquicas do julgador, considerando as peculiaridades dos processos metais humanos, especialmente com foco na construção de vieses de percepção da realidade, bem como trata da influência disso na imparcialidade daquele sujeito processual. Partindo-se de algumas pesquisas acerca da Psicologia da Cognição, tomando-

se como caso de estudo a inadequação do reexame da causa pelo mesmo juiz que antes admitiu uma prova posteriormente reconhecida como ilícita, pretende-se debater a importância que tudo isso tem na construção de um processo que atenda ao *due process of law*.

Palavras-chaves: Imparcialidade do julgador; heurística; prova ilícita; Psicologia da Cognição; vieses cognitivos.

Abstract

This paper aims to examine the psychological limitations of the judge, considering the peculiarities of human mental processes, with particular focus on the construction of perceptual biases of reality, as well as addressing their influence on the impartiality of that procedural subject. Drawing on research in Cognitive Psychology and taking as a case study the inadequacy of re-examining a case by the same judge who had previously admitted evidence later recognized as illegally obtained, the study seeks to discuss the significance of these aspects in shaping a proceeding that complies with the due process of law.

Keywords: Impartiality of the judge; heuristic; unlawful evidence; Psychology of Cognition; cognitive bias.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da epistemologia da prova envolve, dentre outros problemas, a fixação das balizas capazes de guiar o julgador no processo de exame probatório, com o objetivo de formular uma decisão justa, porquanto não se pode eleger o vislumbre da verdade como valor a ser perseguido a qualquer preço. Isso porque existem garantias que foram eleitas pelas ordens jurídicas nacionais como fronteiras que, uma vez ultrapassadas, torna o processo judicial um "vale tudo" capaz de revelar, na seara penal, por exemplo, um punitivismo incivilizado e na civil, a preponderância da força econômica sobre a dignidade cidadã.

Tendo como guia o devido processo legal, pode-se dizer que a imparcialidade do julgador confere aos jurisdicionados uma garantia de que o direito posto à apreciação judicial será certificado por uma agente estatal de comportamento equidistante tanto dos sujeitos da causa, quanto do objeto do litígio.

Contudo, sem interesse em credenciar a corrente do ceticismo, quanto ao exame da verdade, é preciso conhecer e considerar, no exame da imparcialidade, como são construídas as linhas dos processos mentais humanos, de forma a resolver a seguinte indagação: *"A proteção ao devido processo legal envolve preocupações de ordem psicológica, no enfrentamento daquele exame, considerando a necessidade de garantir um julgador minimamente desvestido de contaminações heurísticas, estas com força de embagar o exame isento dos elementos probatórios apresentado ao crivo judicial?*".

Com o objetivo de responder minimamente a tal indagação, o presente trabalho examina uma das implicações da contaminação psíquica do juiz, qual seja, a possibilidade dele reexaminar o processo no qual admitiu prova posteriormente declarada ilícita. Para tanto, começa por percorrer a questão relacionada à apreciação da prova, considerando-a na acepção "resultado probatório". Após, busca-se construir as balizar mínimas descritivas do desenvolvimento do pensamento humano, para, na sequência, relacionar o problema da construção mental de vieses e como isso pode contaminar o julgador.

Em arremate, com base nas premissas estabelecidas do contraste entre as tendências dos processos mentais do pensamento e a atividade de julgar, examina-se como a dimensão psicológica do julgador pode comprometer a imparcialidade daquele contaminado

pela prova ilícita, esta última tomada como paradigma de investigação, vez que deve ser repugnada pelos ordenamentos jurídicos democráticos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Prova e sua apreciação

O vocábulo “prova” apresenta-se na doutrina processual como termo com riquíssima polissemia, a exigir a distinção, por exemplo, acerca de qual vertente se pretende examinar, em determinado exame doutrinário. Em outras palavras, se a expressão está empregada como a “ação de provar”, ou o “resultado probatório”, ou o “meio de prova”[1]. Para Silva e Gomes (1997), a prova tanto pode se apresentar como uma atividade dos sujeitos processuais, voltada a demonstrar a existência dos fatos relacionados ao direito invocado em juízo, quanto como instrumento de verificação de tais fatos. Citando Jeremy Bentham, asseveram ainda que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar prova” (Silva; Gomes, 1997).

Por sua vez, Vasconcellos (2018) também identifica, quanto à função da prova, como meio de verificação da verdade, isso para a realização da justa decisão, ou como elemento de subjetividade, capaz de proporcionar o convencimento do julgador.

Beltrán (2005), examinando a prova em interação com a verdade processual, assevera que a doutrina de Montero Aroca sustenta três alternativas distintas acerca da expressão: a primeira, alusiva à prova “como fixação dos fatos”, aqui inexistindo qualquer separação entre prova e verdade formal, divorciada, portanto, da relação com a verdade dos fatos ocorridos; a segunda, ligada à “convicção do juiz acerca dos fatos”, quando então a prova é a convicção daquele sujeito processual acerca de dados processuais determinados, atividade que se realiza independente e

[1]Neste sentido, assim dispõe a doutrina de GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologiamente adequado em matéria probatória. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*,* 2010, Fortaleza*.* **Anais eletrônicos...**Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 7742-7759. Disponível em < https://bit.ly/2KBKjyY>. Acesso em: 25 abr. 2019. p. 7743.

indiferentemente à ocorrência ou não deles[2] e, por fim, a terceira vertente, que adota a prova como "certeza do juiz acerca dos fatos", retomando a mesma problemática da corrente anterior, porquanto a certeza é um elemento do subjetivismo do juiz, sendo, assim, a atividade probatória, o caminho para alcançar a certeza do julgador acerca dos fatos.

Taruffo (2014) destaca que a vertente da prova, como resultado valorativo do conteúdo fático apurado, pode ter por base o raciocínio do julgador, e assim pode ser abordada sob três aspectos: o psicológico, o racional e o jurídico. Quanto ao primeiro, relacionado ao campo da ciência da psicologia, busca identificar a dinâmica mental do julgador, sem se preocupar com as perspectivas racional e jurídica do processo de tomada de decisão.

Embora se verifique que a "prova como resultado" envolve uma predominância do psicologismo judicial, sendo, conforme assenta Guerra (2010), resultado de uma ótica ultrapassada, de uma época em que o ato de julgar desprezava a exposição de uma racionalidade, por meio da fundamentação judicial, não se pode desprezar a necessidade de ser examinado tudo aquilo que acarreta à contaminação psicológica da pessoa que irá proferir uma decisão judicial, devendo o processo, o procedimento e o rito cuidarem de equilibrar as partes quanto aos eventos que resultarão no convencimento judicial.

A sucessão de sistemas de valoração probatória – resumida da passagem dos juízes divinos, concebido numa lógica irracional de julgamento criada pelo julgador; para o sistema da prova legal, pautado em modelo de apreciação prévio e abstrato, creditado pelo legislador; até a concepção do convencimento (íntimo e, posteriormente, motivado), este último resultado do pensamento iluminista (Vasconcellos, 2019) – representa a busca por uma evolução do critério de apreciação dos elementos fáticos que serão considerados no processo judicial.

Contudo, quando as balizas do exame da prova passam a ser decorrentes de uma construção judicial racional, ainda que se exija que a motivação deva ser explicita em uma fundamentação racionalmente convincente, isso não pode levar aos desprezo da necessidade de exame dos meandros da construção do pensamento

[2] Para o autor, "Esta parece ser la dutrina mayoritaria en el ámbito de la dogmática processual" (Ibid., p. 66).

humano, ponto que deve ser sensível ao processo judicial, notadamente ao procedimento adequado, capaz de garantir posições isonômicas para as partes influenciarem no desenvolvimento daquele raciocínio.

A propositura de Calamandrei (2013), que leva a crer que a fundamentação do julgador é um garantidor capaz o suficiente para se alcançar a justiça da decisão, porquanto por ela seria possível vislumbrar o erro do julgado, não pode ser autossuficiente a desmerecer que o ato de julgar é sim um ato de escolha sobre o conteúdo probatório apresentado, ainda que se exija razões epistêmicas dos critérios de tal proceder.

Portanto, tomando por base a diferenciação proposta por Taruffo (2013), pode-se dizer que existe tanto o raciocíonio com que o juiz atinge a decisão, apreciando a prova colecionada aos autos, quanto o raciocínio com que justifica o posicionamento adotado. Nas linhas seguintes, pretende-se examinar o primeiro deles, no que diz respeito a algumas interferências que envolvem o processo racional, atento às particularidades heurísticas do funcionamento complexo da mente humana, não com o objetivo de conhecê-las, mas de vismbrar a devida relevância que isso tem para a estruturação do processo judicial.

2.2 Cognição para além da voluntariedade e da consciência

Do exame dos fatos coligidos ao processo judicial, o juiz deve produzir uma decisão, fundamentada na prova colhida, fincada em fórmulas racionais, sendo a decisão judicial integrada por uma motivação, capaz de justificar às partes a conclusão do julgador, apresentando-se como arbitrária a decisão que assim não se conformar (Ubertis. 2017).

Contudo, ainda que não se conceba a formulação de juízos íntimos nos estados democráticos hodiernos, porquanto a regra é a motivação racional das decisões judiciais[3], o processo de formação da decisão judicial não pode desprezar o psiquismo do julgador, mormente porque os ordenamentos jurídicos devem considerá-lo em suas dimensões humanas e preservá-lo, ao máximo, de eventos que dificultem uma boa interação com o objeto cognoscente.

[3] Conforme art. 93, X, da Constituição Federal Brasileira e art. 205.º, Constituição da República Portuguesa.

Tentar compreender os fatores que regem o funcionamento mental do ser humano é um caminho que não pode ser desprezado, especialmente como elemento capaz de subsidiar a epistemologia social (Prado, 2018), para aperfeiçoar as técnicas procedimentais, no sentido de garantir um processo justo. Estudos, baseados na hodierna psicologia cognitiva e social, explicam, tomando por base as proposituras de Keith Stanovich e Richard West, *v. g.*, que o ser humano usa dois sistemas de pensar, assim nominados e caracterizados:

O Sistema 1, de operacionalidade automática e rápida, apresenta-se também com minimizado esforço de funcionamento e diminuto controle voluntário, trabalhando com associações direitas de ideias[4]. Nele também se incluem as impressões e sensações, bem como as habilidades inatas e até mesmo medos instintivos, sendo o conhecimento, por ele processado, armazenado na memória e acessado sem intenção e sem esforço.

A seu turno, o Sistema 2 envolve a capacidade de atenção, escolha e concentração. Nele estão as atividades mentais capazes de realizar cálculos complexos, funcionando de forma mais lenta que o primeiro[5].

Os dois sistemas estão ativos e interagindo sempre que a pessoa está em estado desperto, porém o Sistema 1 não admite ser desligado (Kahneman, 2012). Ou seja, em estado de consciência, o Sistema 1 funciona automaticamente, alimentando o outro de impressões, sentimentos e intuições. O Sistema 2, por sua vez, é quem endossa ou não aquelas informações produzidas pelo primeiro, capazes de se tornarem crenças. Por ser responsável pelo autocontrole, o Sistema 2 é quem deve dominar a impulsividade do Sistema 1 (Kahneman, 2012, p. 36)[6].

---

[4] Capaz de responder quase institivamente o seguinte problema: “2 + 2 = ?”.

[5] Para se obter o produto de “17 x 24” é necessária uma atenção mais elaborada e um planejamento para solução do problema.

[6] Importante observar também o seguinte: “Como um modo de viver sua vida, porém, vigilância contínua não necessariamente é um bem, e certamente é algo impraticável. Questionar constantemente nosso próprio pensamento seria impossivelmente tedioso, e o Sistema 2 é vagaroso e ineficiente demais para servir como um substituto para o Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras. O melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo” (p. 38 e 39).

Para Kahneman (2012, p. 37), além das ilusões de óptica, existem as "cognitivas", restando a pergunta se estas podem ser corrigidas, porquanto são fontes de erros do pensamento, derivados do Sistema 1. Em resposta, pode-se dizer que, por adotar um funcionamento ininterrupto e automático, aquele sistema concebe vieses que não podem ser integralmente depurados pela atividade corretiva do Sistema 2.

Não bastassem os erros proporcionados pelo Sistema 1 e sua parcela incorrigível supracitada, à luz da dinâmica de funcionamento dos dois sistemas, Kahneman (2013, p. 140) explica que a automaticidade do Sistema 1 confere a propriedade dele identificar relações causais entre eventos, ainda que sejam espúrias. Em outras palavras, explica o autor que o Sistema 1 "se antecipa aos fatos ao construir uma imagem rica com base em fragmentos de evidência". Destarte, tal sistema não convive bem com a ambiguidade, sendo capaz de forjar histórias coerentemente possíveis, versões indevidas que só serão descontruídas e relativizadas pela capacidade que o Sistema 2 tem de duvidar (Kahneman, 2012, p. 146).

Por sua vez, referindo-se às conclusões de Münsterberg, em *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, Mlodinow (2014, p. 85) afirma que as pessoas têm uma tendência de lembrar dos aspectos principais de um determinado fato, mas, ainda que de boa-fé, acabam por criar os detalhes não recordados, isso de forma involuntária[7].

Noutro giro, ainda considerando as lições de Mlodinow (2014, p. 85), o autor aponta para um cálculo surpreendente, dando conta de que a capacidade sensorial humana é da ordem de 11 milhões de bits de informações por segundo, mas há estimativas de que o ser humano somente processe entre dezesseis e cinquenta bits por segundo. Entrementes, as percepções descartadas ao inconsciente, que derivam deste déficit de processamento consciente, segundo Damásio (2011, p. 98), são capazes de influenciar as nossas ações e maneiras de pensar.

---

[7] Nas palavras do autor: "... primeiro as pessoas têm uma boa lembrança dos aspectos principais dos eventos, mas má lembrança dos detalhes: segundo, quando pressionadas pelos detalhes não lembrados, mesmo pessoas bem-intencionadas, fazendo sinceros esforções para ser precisas, e sem querer, preenchem os detalhes inventando coisas; terceiro, as pessoas acreditam nas lembranças que inventam".

Nesta ordem de ideias, ainda que uma pessoa conheça de uma informação e, conscientemente, entenda, por exemplo, no caso do julgador judicial, por sê-la inadmissível como elemento do raciocínio jurídico, isso não é capaz de ocorrer com tamanha singeleza, porquanto "o cérebro não armazena informações em unidades isoladas, mas em um todo conectado" (Wistrich; Guthrie; Rachlinshi, 2019, p. 1264). O mais grave é que a pessoa sequer percebe que está sendo influenciada por tais informações que pretendia rejeitá-las.

Na síntese do pensamento de Wistrich, Guthrie e Rachlinski, tais informações indesejadas podem ainda criar esquemas de atenção e memórias dirigidos por certos vieses, bem como ofuscar outros olhares. Nas palavras dos autores: "*It creates beliefs that can guide the integration and assessment of subsequent information*" (Wistrich; Guthrie; Rachlinshi, 2019, p. 1265).

Portanto, pode-se sustentar, em uma primeira conclusão, que parte do processo de funcionamento do pensamento humano é governado por fatores limitativos da livre reflexão, seja pela necessidade de se considerar a conjugação dos dois sistemas explicado por Kahneman, seja pela criação natural de vieses, estes decorrentes da necessidade que a mente humana tem de harmonizar aspectos de um mesmo fato desarmonicamente apreendido. Neste diapasão, a honestidade de se considerar a dificuldade de superação destes obstáculos heurísticos, no exame probatório, para a resolução da questão judicial, atento especialmente ao processo de reconstrução dos fatos, é o passo essencial na construção de um devido processo.

2.3 Vieses e contaminação do julgador

Para a psicologia da cognição, a heurística é uma fórmula de simplificar a realidade, usada pela mente humana, como caminho facilitador de julgamentos simbólicos (Posner, 1980, p. 69). Portanto, no processo de tomada de decisão, o julgador é influenciado por vieses que atuam na via inconsciente ou, como visto acima, na forma de pensar do Sistema 1, não sendo o Sistema 2 capaz de neutralizá-los a contento.

A partir dos estudos do psicólogo nova-iorquino Leon Festinger acerca da *teoria da dissonância cognitiva*, Schünemann (2013, p. 208) desenvolveu experimentos com juízes e membros do ministério

Público, para aferir a influência que certas informações criam sobre a forma de pensar e de atuar de tais sujeitos processuais.

Resumidamente, segundo a teoria psicológica supracitada, o pensamento humano organiza-se de modo a eliminar contradições, porquanto busca a construção de uma consonância cognitiva, resultando, disso, alguns tipos de comportamentos no processo de apreensão dos fatos, como a inércia ou a perseverança, quando então o investigador busca tão somente confirmar uma hipótese, agindo de forma apriorística, desprezando aquelas que são contrárias a tal linha de conclusão (Schünemann (2013, p. 208).

No experimento referenciado, Schünemann (2013, p. 20) contrastou comportamentos, pela técnica da realização de instruções processuais simuladas, de um grupo que teve e outro que não teve acesso anterior à investigação preliminar, então detectando a desatenção dos primeiros em assimilar a tese defensiva (viés confirmatório) e na formulação de perguntas às testemunhas (inércia) (Ritter, 2016).

De forma similar, Costa relata que pesquisas realizadas em julgamentos criminais alemães (Costa, 2016), a ordem de apresentação das manifestações finais pelas partes revela significativa relação, tomando-se como parâmetro de exame o quantitativo da pena, para influenciar no tamanho da reprimenda. Em outras palavras, quando a defesa falava primeiro do que a acusação, a pena era menor, o que demonstra uma impregnação das informações captadas exordialmente pela mente humana, tornando o julgador resistente ao contraponto da parte que falou por último.

Ora, tudo isso certamente se confirma reciprocamente, primeiramente na teoria de Kahneman, na forma supracitada, quando assevera a criação de vieses cognitivos, frequentemente concebido pela primariedade da atividade do Sistema 1, agravado pela imperfeição da função corretiva do Sistema 2.

Noutro passo, também se alia à influência das informações, ainda que indesejadas, na criação de esquemas cognitivos, conforme apontado por Wistrich, Guthrie e Rachlinski (2019, p. 1265). A indomável concepção das ideias, considerando o funcionamento da mente, ao sofrer influência daquilo que não percebemos conscientemente, conforme aponta Damásio, torna ainda mais importante a atenção que a ciência jurídica, na seara do processo, deve dispensar, quando aponta as diretrizes para a formulação de regras jurídicas processuais.

2.4 Dimensão psicológica da imparcialidade e a teoria da descontaminação do julgado na hipótese de prova ilícita

No contexto científico dos estudos supracitados quanto ao exame funcional de processamentos da informação, inclui-se dentre os deveres de prestação dos Estados de Direito a observação de fórmulas procedimentais que não só afastem um juízo contaminado, mas que evitem a própria contaminação.

Exemplo disso são as preocupações legislativas em garantir um real direito à recurso, adotando-se hipótese de impedimento do juiz para funcionar no processo que já conheceu em outro grau de jurisdição[8], porquanto, como destaca Medina (2015, p. p. 395-396), há que se evitar as tendências irracionais de confirmação (*confirmation bias*). Com isso, busca-se evitar que o julgador se concentre apenas em informações, quando da realização do novo julgamento, confirmatórias do exame anterior, este por ele próprio desenvolvido, escolhendo aquelas, dentre as disponíveis, que justifiquem a decisão recorrida (Taruffo, 2013, p. 105-107).

Não menos importante deve ser o afastamento do juiz que admitiu prova considera ilícita pelo tribunal, porquanto não se revela possível garantir a imparcialidade frente a um sujeito processual contaminado mentalmente por informação que merece repulsa processual, considerando a desaprovação que os ordenamentos jurídicos impõem a tal material probatório.

Noutro giro, conforme assevera Prado (2018, p. 109), a imparcialidade do julgador é uma garantia conferida aos litigantes de que o juiz não aderiu, de forma apriorística, à versão de quaisquer deles, vez que se assim não fosse, estaria dispensado o processo, pois o juiz seria aquele capaz de solucionar a controvérsia judicial sem necessidade de qualquer atividade probatória, revelando-se, portanto, a imparcialidade, como uma condição de validade da atividade jurisdicional.

Neste sentido, é necessário anotar que tribunais internacionais de Direitos Humanos, conforme pode ser exemplificado quanto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos emblemáticos casos Piersack vs. Bélgica (1982) e Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004), respectivamente,

[8] A título de exemplo da recorrência de tal preocupação, conferir o art. 144, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, ou artigo 115.º, "e", do Código de Processo Civil Português, ou art. 51, 4, do Código de Processo Civil Italiano.

adotam a concepção de que a imparcialidade do julgador deve ser compreendida não só na dimensão subjetiva (equidistância entre os julgador e as partes), mas também na dimensão objetiva, quanto à imunização contra prejulgamentos (Santoro, 2017, p. 54; Souza, 2018, p. 94).

Por sua vez, Canotilho (Canotilho, 2004, p. 169-170) lembra que o Direito Constitucional à prova, examinando as peculiaridades do Direito Português, revela-se pelas vertentes do contraditório, do direito de intervenção processual, bem como pela proibição de provas ilícitas. Esta última é definida por Assis e Molinaro (2013, p. 430), suscintamente, como o "exercício ilegítimo daquilo que é contrário à racionalidade do sistema".

Prado (2005, p. 131) assevera que a prova ilícita é assim adjetivada, porquanto o Estado, considerando os princípios democrático e republicano, não pode agir de forma criminosa, razão pela qual não pode admitir a obtenção de material probatória adquirido com violação de valores éticos mínimos.

Com certa afinidade com a doutrinária e a jurisprudencial do Direito Alemão (Bijos; Pereira, 2018, p. 151–177), apresenta-se o tratamento jurídico do sistema português, observa-se que a Constituição respectiva, à luz do art. 32º, 8, considera nulas as provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais, assim relacionadas, as alcançadas mediante tortura ou coação, por ofensa à integridade física ou moral da pessoa, bem como por abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, garante também que não serão admissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim especificando, nos incisos X, XI e XII, hipóteses que desprezam, respectivamente, as garantias de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, do lar, das correspondências e das comunicações.

Em tal cenário, mormente considerando o contato do julgador com a prova ilícita, apresenta-se a *teoria da descontaminação do julgado*, visto que uma prova assim considerada por um tribunal não pode voltar ao exame do mesmo juiz, considerando os limites psíquicos impostos pelas teorias supracitadas.

Como ressalta Costa (2016), ao tratar do que chama de "neutralização-eliminação-mitigação do viés de ancoragem e ajustamento", existem estudos capazes de demonstrar as

dificuldades enfrentadas por juízes e jurados de descartar a prova ilícita anteriormente conhecida, como exemplifica com a hipótese de uma confissão que depois deve ser ignorada, por ser considerada, em dado contexto, uma prova ilícita.

Em outras palavras, diferentemente de uma memória eletrônica, a mente do julgador não consegue se desprender daquelas informações depois expurgadas do processo. Neste contexto, as soluções de ordem prática não são tão simples como parecem.

Referindo-se à reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, para ilustrar mais uma vez, quanto ao veto parcial ao projeto que originou a Lei nº 11.690, de 2008, que previa o afastamento do julgador que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível, Mendonça (2008, p. 179-180) apontou o acerto da presidência da República, trazendo à baila, à luz da redação do dispositivo censurado[9], que, por aquele texto normativo, bastava que o julgador tivesse tido contado com a prova ilícita, ainda que entendesse por mandar retirá-la dos autos, para não mais puder funcionar no julgamento, quando o acertado, na visão daquele autor, deveria ser o afastamento apenas do julgador sentenciante, que teve a decisão anulada por ser amparada em prova admitida por ele e posteriormente considerada ilícita em exame recursal. Assim, o juiz que tomou conhecimento da prova ilícita, mas não a admitiu, justamente pela ilicitude, não poderia ser afastado do julgamento, sob pena de inviabilizar a atividade jurisdicional.

No caso português, por exemplo, o legislador processual penal sequer permite que o juiz proceda com novo julgamento de processo por ele já examinado, conforme artigo 40.º, *alínea* "c", do Código de Processo Penal, eis que se encontra maculado por impedimento[10].

---

[9] "Art. 157 (...) § 4o O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão." (NR)

[10] Sobre o ponto, é importante ilustrar com a seguinte passagem do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português, quando, do julgamento Ac. STJ - 36/09.6GAGMR.G1-A.S1 de 10-03-2010, relator Oliveira Mendes, restou consignado que: "I. O art. 40.º do CPP tem em vista garantir a imparcialidade do juiz enquanto elemento fundamental à integração da função jurisdicional, face a intervenções processuais anteriores que, pelo seu conteúdo e âmbito, considera como razão impeditiva de futura intervenção. II. O envolvimento do juiz no processo, através da sua directa intervenção enquanto julgador, através da tomada de decisões, o que sempre implica a formação de juízos e convicções, sendo susceptível de o condicionar em futuras decisões, assim afectando a sua

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 225-226) também consideram que na *teoria da descontaminação do julgado,* o problema envolve justamente a forma como isso deve ser feito, porquanto o julgador que admite determinada prova. Depois considerada ilícita pelo órgão judicante *ad quem*, deve ser afastado do rejulgamento, porquanto existe probabilidade real de ser influenciado por aquela informação imprópria, ainda que inconscientemente (Medina, 2015, p. 157).

Costa (2016, p. 112), mais uma vez, anota que, em teste realizados em júris simulados, há mais tendência de acolher a condenação de réus, quando os jurados são expostos a antecedentes criminais da pessoa em julgamento, mesmo havendo sido instruídos a não considerar tais informações[11].

CONCLUSÃO

Por tudo isso, nota-se que a racionalidade da fundamentação judicial, baseada em exposição motivada das razões de decidir, não é elemento autossuficiente para a realização de um processo fincado em valores que assegurem a resolução justa do litígio, porquanto o devido processo legal impõe um desenho procedimental capaz de afastar o julgador, ao máximo possível, de tudo aquilo que cause enviesamento na sua formar de pensar.

Neste sentido, as pesquisas que envolvem desde a psicologia da cognição até a neurociência são faróis a iluminar a ciência jurídica e a atividade legislativa, no caminho da construção de um processo

---

imparcialidade objectiva, conduziu o legislador a impedi-lo de intervir nas situações em que a cumulação de funções processuais pode fazer suscitar no interessado, bem como na comunidade, apreensões e receios, objectivamente fundados" (CJASTJ, ANO XVIII, TOMO I/2010, P. 223). Disponível em < https://bit.ly/2X0mAKA >. Acesso em: 25 abr. 2019.

[11] Ao examinar a célebre situação dos bebês sacudidos, examinados pelo júri do Reino Unido, noticia que no *Caso Oyediran*, foi referenciada, no julgamento, a forma descortês com que um agente do serviço social foi tratado pelo réu, sendo que aquele agente informou imediatamente à polícia que a filha e a companheira dele estavam em risco iminente de violência, aportando-se esta prova aos autos pela acusação, como demonstração do mau-caratismo do réu. Isso, por mais que o juiz tenha instruído os jurados a não considerar o caráter violento do acusado apenas por isso, dificilmente foi apartado da mente dos jurados. Poder-se-ia considerar que aqueles julgadores leigos seriam capazes de abstrair e efetivamente descartar aquelas informações inapropriadas para a formação do convencimento no caso?

que considere a imparcialidade do julgador em seus diversos aspectos, não só de ordem objetiva, mas também subjetiva, quanto às limitações mentais da construção do raciocínio humano.

Justamente pelos efeitos da inércia e perseverança, testados por Schünemann, ou ainda em decorrência da capacidade dos Sistema 1, proposto por Kahneman, de produzir vieses indomáveis pela razão consciente, aqui comentados, nota-se a necessidade de a ciência processual considerar tal dimensão humana, eis que a repetição de julgamento, por quem já examinou um feito maculado pela prova ilícita, hipótese aqui tomada como exemplificativa do fenômeno que se quis ressaltar, pode representar a neutralização da nova oportunidade de exame da causa, considerando a contaminação psíquica do julgador, em face dos processos mentais ora examinados.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto. Art. 5º, LVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 937-944.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Pruebra y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005.

BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos. Provas ilícitas: o direito comparado e o STF. **Revista Nomos,** Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38, n. 1, p. 151–177, jun. 2018. Disponível em < https://bit.ly/2ZPxVyV>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pilares, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo de Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**.** 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DAMÁSIO, António R. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GRECO, Luís (Org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologiamente adequado em matéria probatória. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos...**Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 7742-7759. Disponível em: https://bit.ly/2KBKjyY . Acesso em: 25 abr. 2025.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova reforma do Código de processo penal:** comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Acórdão. Processo nº 36/09.6GAGMR.G1-A.S1. Relator: Oliveira Mendes. Lisboa, 10 mar. 2010. Lex: CJASTJ, ANO XVIII, TOMO I/2010, p. 223. Disponível em: https://bit.ly/2X0mAKA. Acesso em: 25 abr. 2025.

POSNER, Michael. **Cognição**. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980.

PRADO, Geraldo. As teorias correntes sobre a prova do fato: probabilismo e explanacionismo apenas? In: VALENTE, Manoel Monteiro Guedes (Org.). **Os desafios do Direito (Penal) no sécululo XXI**. 3.ed. Lisboa: Legit Edições, 2018, p. 159-172.

_____. **Sistema Acusatório:** A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal:** reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - PUCRS, Porto Alegre, 2016.

ROBERTS, Paul – ¿Fue e bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemologia jurídica en le processo penal inglês. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). **Estádares de prueba y prueba científica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 135-180.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 117, p. 203–240, 2015.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONER, Carol (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada:** o Processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, p. 51-55.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, Luís (Org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____.**Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemologia del proceso judicial**. Milano: Trotta, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no Processo Penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2, p. 695–721, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2x822Fo. Acesso em: 25 abr. 2025.

WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. **Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding**. New York: [s.n.], 2005. Disponível em: https://bit.ly/31R1WjB. Acesso em: 01 maio 2025.

A TEORIA CONGLOBANTE DA TIPICIDADE: POTENCIAL EXPANSIVO DO DIREITO PENAL E SEUS EFEITOS NOS DIREITOS HUMANOS

Plínio Tavares de Negreiro

A TEORIA CONGLOBANTE DA TIPICIDADE: POTENCIAL EXPANSIVO DO DIREITO PENAL E SEUS EFEITOS NOS DIREITOS HUMANOS

The Conglobant Theory of Typicality: The Expansive Potential of Criminal Law and Its Effects on Human Rights

Plínio Tavares de Negreiro
Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal (UFPE/Esmape). Mestrando em Direito das Relações Internacionais e Integração na América Latina (UDE/Uruguai). Conciliador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)

Resumo

Este artigo examina criticamente a Teoria Conglobante da Tipicidade, elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni, e sua influência no sistema penal brasileiro. A partir de uma perspectiva qualitativa, exploratória e analítica, o estudo integra doutrina nacional e estrangeira, além de analisar decisões paradigmáticas do Tribunal de Justiça de Pernambuco, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A teoria, concebida como instrumento de racionalização e contenção do poder punitivo estatal, tem sido, em alguns contextos, utilizada de forma expansiva, gerando tensionamentos com os princípios constitucionais de legalidade, proporcionalidade e intervenção mínima. Ao comparar a Teoria Conglobante com as teorias formal e material da tipicidade, evidencia-se um paradoxo: a mesma construção dogmática que busca proteger direitos fundamentais pode, se aplicada sem rigor metodológico, ampliar o alcance penal, favorecendo interpretações que fragilizam a segurança jurídica. A pesquisa ainda discute os impactos dessa teoria na hermenêutica penal contemporânea e propõe parâmetros para sua aplicação adequada, alinhada a uma perspectiva garantista. A relevância do tema decorre de sua atualidade no debate acadêmico e de sua incidência em decisões judiciais, mostrando-

se imprescindível a análise crítica dessa construção dogmática para assegurar a coerência do ordenamento jurídico e a efetividade das garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria Conglobante da Tipicidade. Hermenêutica Penal. Garantismo. Jurisprudência Brasileira.

Abstract

This article critically examines the Conglobant Theory of Typicality, developed by Eugenio Raúl Zaffaroni, and its influence on the Brazilian criminal justice system. Adopting a qualitative, exploratory, and analytical approach, the study combines national and international legal scholarship with an in-depth analysis of landmark decisions from the Pernambuco Court of Justice, the Supreme Federal Court, and the Superior Court of Justice. Originally conceived as a framework to rationalize and limit state punitive power, the theory has, in some contexts, been applied expansively, raising tensions with constitutional principles of legality, proportionality, and minimal intervention. A comparative analysis of the Conglobant Theory with formal and material theories of typicality reveals a paradox: the same doctrinal framework designed to safeguard fundamental rights can, if applied without methodological rigor, broaden the scope of criminal law and undermine legal certainty. This research also explores the implications of the theory for contemporary criminal hermeneutics and proposes guidelines for its careful application in line with a guarantee-oriented perspective. The relevance of this topic stems from its significance in legal scholarship and its increasing impact on judicial reasoning, making a critical review essential to ensure coherence within the legal system and the protection of fundamental rights in a democratic rule-of-law state.

Keywords**:** Criminal Law. Conglobant Theory of Typicality. Criminal Hermeneutics. Guarantee-oriented Approach. Brazilian Case Law.

1. INTRODUÇÃO

A Teoria Conglobante da Tipicidade, desenvolvida pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, constitui uma das contribuições mais relevantes ao Direito Penal contemporâneo, ao propor uma interpretação sistemática do tipo penal a partir da unidade do ordenamento jurídico[1]. Essa perspectiva busca evitar contradições normativas e decisões arbitrárias, oferecendo um critério hermenêutico que privilegia a coerência e a racionalidade do sistema jurídico-penal.

No contexto brasileiro, entretanto, a aplicação dessa teoria tem gerado debates intensos, especialmente diante de decisões judiciais que, em algumas situações, utilizam-na para ampliar a incidência da norma penal [2], tensionando os princípios constitucionais da legalidade, da intervenção mínima e da segurança jurídica[3]. A adoção acrítica ou excessivamente expansiva de construções dogmáticas que deveriam, em tese, funcionar como barreiras de contenção do poder punitivo, pode resultar em insegurança jurídica e violação de direitos fundamentais, em dissonância com o garantismo penal defendido pelo próprio Zaffaroni[4].

Este artigo tem por objetivo analisar criticamente a Teoria Conglobante da Tipicidade sob uma perspectiva teórico-prática, com ênfase na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros e do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Busca-se compreender como a teoria vem sendo interpretada e aplicada, evidenciando paradoxos entre sua concepção original e o uso que dela se faz na realidade judiciária nacional. A metodologia empregada é qualitativa, dedutiva e exploratória, baseada em pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, aliada ao exame de decisões judiciais paradigmáticas.

A relevância do estudo reside não apenas em seu valor acadêmico, mas também em sua contribuição para a prática jurídica, ao propor parâmetros de aplicação da teoria que preservem a função garantista do Direito Penal. Ao longo do desenvolvimento, será

---

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.
[2] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 65-68.
[3] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 51.
[4] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 93.

apresentada uma síntese histórica, doutrinária e jurisprudencial da Teoria Conglobante, suas relações com as teorias formal e material da tipicidade, bem como críticas que apontam riscos de seu uso indevido, reforçando a necessidade de uma interpretação coerente e sistemática do ordenamento jurídico.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa adota uma abordagem metodológica rigorosa e fundamentada nos princípios da pesquisa científica em ciências sociais aplicadas, adequada ao propósito de investigar criticamente a aplicação da Teoria Conglobante da Tipicidade no Direito Penal brasileiro e sua influência na hermenêutica penal, com especial atenção a decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). A metodologia foi desenvolvida de modo a garantir consistência teórica, clareza interpretativa e rigor científico, alinhando-se aos padrões de publicações jurídicas de alta relevância acadêmica[5].

2.1 Tipo de Pesquisa

Trata-se de uma pesquisa exploratória, descritiva e explicativa. É exploratória por aprofundar um tema ainda pouco sistematizado na doutrina nacional — a aplicação prática da Teoria Conglobante da Tipicidade — e por mapear diferentes perspectivas teóricas e jurisprudenciais[6]. É também descritiva, ao organizar conceitos, identificar usos doutrinários e interpretar decisões judiciais que dialogam com a teoria[7]. Ademais, apresenta caráter explicativo, pois busca compreender os efeitos concretos da aplicação (ou da ausência de aplicação) da teoria sobre a proteção dos direitos fundamentais, oferecendo análise crítica do fenômeno.

---

[5] GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26-28.
[6] GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 45-47.
[7] LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 83-85.

2.2 Abordagem: Qualitativa, Dedutiva e Crítico-Reflexiva

A pesquisa adota abordagem qualitativa, pois busca interpretar fenômenos jurídicos a partir da análise detalhada de doutrina, legislação e jurisprudência, enfatizando contextos normativos e práticas judiciais. A opção qualitativa permite compreender significados e implicações, em vez de apenas quantificar dados[8]. Utiliza-se o método dedutivo, iniciando-se com fundamentos teóricos gerais sobre tipicidade penal e a Teoria Conglobante, para depois examinar decisões específicas do TJPE e tribunais superiores, verificando sua consonância com princípios constitucionais e garantistas[9]. A pesquisa adota também uma perspectiva crítico-reflexiva, considerando o impacto das decisões judiciais no controle punitivo do Estado.

2.3 Procedimentos Técnicos de Coleta de Dados

2.3.1 Pesquisa Bibliográfica

Foi realizada ampla pesquisa bibliográfica com base em autores clássicos e contemporâneos do Direito Penal, como Eugenio Raúl Zaffaroni, Claus Roxin, Nilo Batista, Aury Lopes Jr., Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Gomes e outros[10]. As obras foram selecionadas segundo critérios de relevância acadêmica, atualização doutrinária e reconhecimento científico, abrangendo também artigos publicados em periódicos jurídicos de destaque. A pesquisa bibliográfica seguiu as diretrizes de Lakatos e Marconi, que a definem como o levantamento, seleção e análise de referências teóricas que fundamentam e orientam a investigação[11].

2.3.2 Pesquisa Documental e Jurisprudencial

Foi realizada análise detalhada de decisões judiciais do TJPE, complementada por julgados do STF e STJ, priorizando casos que apresentassem discussões explícitas ou implícitas relacionadas à

---

[8] FLICK, Uwe. *Introdução à Pesquisa Qualitativa*. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2021. p. 30-32.
[9] YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2022. p. 44-46.
[10] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
[11] LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 88-90.

tipicidade conglobante, fragmentariedade, intervenção mínima e adequação social. As decisões foram coletadas nos repositórios digitais oficiais, utilizando palavras-chave específicas, e analisadas conforme uma matriz teórica que considera a interação entre fundamentos normativos e prática jurisdicional. A análise jurisprudencial foi estruturada segundo Yin, que propõe a sistematização rigorosa de estudos de caso para fortalecer a validade dos resultados[12].

2.4 Critérios de Análise das Decisões Judiciais

A avaliação dos julgados seguiu parâmetros que contemplam:

(a) reconhecimento da tipicidade formal, material e conglobante;

(b) fundamentação em princípios constitucionais (legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade e lesividade);

(c) convergência ou divergência com o garantismo penal e a função fragmentária do Direito Penal.

Essa metodologia visa identificar tendências interpretativas e os impactos da Teoria Conglobante no controle penal, reforçando a objetividade analítica.

2.5 Limitações e Estratégias de Mitigação

Reconhece-se como principal limitação a amostra geograficamente restrita ao TJPE, o que pode limitar a generalização para outras jurisdições. Além disso, a análise qualitativa tem um viés interpretativo natural, mitigado pelo uso de critérios objetivos de seleção, categorização e análise, seguindo boas práticas de pesquisa jurídica empírica[13]. O método busca minimizar a subjetividade com fundamentação teórica sólida e análise sistemática, como orientam Flick e Cappelletti & Garth[14].

---

[12] YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2022. p. 47-48.

[13] FLICK, Uwe. *Introdução à Pesquisa Qualitativa*. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2021. p. 55-57.

[14] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12.

3. ANÁLISE TEÓRICA, CRÍTICA E JURISPRUDENCIAL DA TEORIA CONGLOBANTE DA TIPICIDADE

3.1 Fundamentação Teórica da Teoria Conglobante da Tipicidade

A Teoria Conglobante da Tipicidade foi formulada pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni com o objetivo de oferecer um critério interpretativo que assegurasse maior racionalidade ao sistema penal. A teoria parte do pressuposto de que o tipo penal não pode ser analisado isoladamente, devendo ser interpretado em conformidade com todo o ordenamento jurídico, para evitar contradições normativas e decisões arbitrárias[15]. Em outras palavras, uma conduta não pode ser considerada típica se, apesar de formalmente prevista em lei penal, for expressamente autorizada ou incentivada por outra norma do sistema jurídico[16].

Zaffaroni, ao desenvolver essa perspectiva, enfatizou a unidade normativa do Direito, defendendo que o intérprete deve compreender o tipo penal de forma integrada, sem compartimentações artificiais entre ramos do direito. A finalidade da Teoria Conglobante, portanto, não é ampliar a incidência da lei penal, mas conter o poder punitivo do Estado, garantindo que a aplicação do Direito Penal ocorra apenas em situações de clara lesividade[17].

A doutrina brasileira recebeu a teoria com grande interesse, destacando sua contribuição ao garantismo penal e à segurança jurídica. Para Nilo Batista, a Teoria Conglobante representa um avanço ao propor um filtro interpretativo que harmoniza o Direito Penal com os valores constitucionais, reforçando sua função de ultima ratio[18]. Luigi Ferrajoli, em uma perspectiva convergente, ressalta que sistemas penais democráticos devem limitar sua atuação, utilizando a lei penal apenas quando estritamente necessária[19].

Por outro lado, parte da doutrina alerta para os riscos de aplicação distorcida da teoria. Aury Lopes Jr. aponta que, sem

---

[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.
[16] ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*. Lisboa: Marcial Pons, 2006. p. 79.
[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[18] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 91-94.
[19] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.

critérios rigorosos, a interpretação conglobante pode ser utilizada para legitimar uma expansão penal indevida, o que contraria seu propósito original[20]. Essa crítica se torna particularmente relevante no contexto brasileiro, marcado por um sistema penal historicamente seletivo e voltado à repressão de grupos vulneráveis, cenário que exige prudência metodológica e compromisso com o garantismo.

A fundamentação teórica da Teoria Conglobante, assim, revela uma tensão entre seu caráter garantista e a possibilidade de uso expansivo, tornando essencial um estudo aprofundado de seus conceitos centrais, de suas raízes histórico-dogmáticas e de sua aplicação concreta no Brasil. Essa abordagem permite compreender o potencial da teoria como ferramenta de contenção penal, ao mesmo tempo em que alerta para seus riscos de instrumentalização em um cenário de hipertrofia legislativa e de judicialização excessiva.

3.2 Análise Comparativa entre as Teorias Formal, Material e Conglobante da Tipicidade

A compreensão do conceito de tipicidade penal evoluiu ao longo do tempo, acompanhando as mudanças de paradigma na dogmática penal. Três grandes concepções destacam-se nesse percurso: a teoria formal, a teoria material e a teoria conglobante, cada uma com premissas, funções e implicações próprias na interpretação do tipo penal.

A teoria formal da tipicidade, associada à dogmática clássica, restringe-se à análise da subsunção da conduta ao tipo penal, sem examinar elementos axiológicos ou finalísticos. Sob essa perspectiva, a tipicidade é uma relação de correspondência entre a descrição normativa e o fato concreto, bastando que este se amolde formalmente ao modelo legal para que seja considerado típico[21]. Embora essa concepção tenha o mérito da objetividade, ela desconsidera valores constitucionais e princípios de justiça, o que pode levar a soluções desproporcionais em casos concretos[22].

A teoria material, desenvolvida a partir de correntes político-criminais e da dogmática finalista, acrescenta ao conceito de

[20] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.
[21] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, p. 35-36.
[22] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 112-113.

tipicidade um juízo de desvalor da ação e do resultado. Para essa teoria, não basta a adequação formal; é necessário que a conduta apresente lesividade relevante ao bem jurídico tutelado[23]. Esse deslocamento conceitual representou um avanço ao alinhar o Direito Penal à ideia de intervenção mínima e à proteção de bens jurídicos essenciais[24]. Entretanto, sua aplicação prática pode ser dificultada pela indeterminação de critérios objetivos para aferir a relevância material do fato, gerando insegurança interpretativa.

A teoria conglobante da tipicidade, formulada por Eugenio Raúl Zaffaroni, surge como tentativa de superar as limitações das abordagens anteriores. Ela propõe uma análise integrada do tipo penal, interpretando-o à luz do ordenamento jurídico como um todo. Assim, uma conduta não pode ser considerada típica se for expressamente permitida ou incentivada por outra norma jurídica[25]. O conceito de tipicidade passa, então, a ser visto como um filtro hermenêutico que harmoniza o Direito Penal com o sistema normativo global, conferindo-lhe maior coerência e previsibilidade[26].

A principal diferença entre essas três concepções reside no alcance do juízo de tipicidade:

- A teoria formal enfatiza a segurança jurídica ao adotar critérios puramente descritivos, mas ignora valores constitucionais;
- A teoria material introduz um conteúdo axiológico, exigindo relevância social e jurídica da conduta, embora careça de parâmetros uniformes;
- A teoria conglobante propõe uma visão sistêmica, relacionando o tipo penal com outras normas, visando a racionalidade e unidade do ordenamento jurídico.

Autores como Claus Roxin e Luigi Ferrajoli apoiam abordagens que reforcem a proporcionalidade e a limitação do poder punitivo, o que aproxima suas ideias dos objetivos da teoria conglobante[27]. Por outro lado, críticos como Aury Lopes Jr. alertam para o risco de aplicação equivocada dessa teoria, especialmente em contextos de

---

[23] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Comares, 1993. p. 175.
[24] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.
[25] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[26] ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*. Lisboa: Marcial Pons, 2006. p. 79.
[27] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.

sobrecarga legislativa, o que pode resultar em interpretações que ampliem a criminalização, em vez de restringi-la[28].

Assim, a análise comparativa demonstra que a evolução do conceito de tipicidade reflete a transição de um modelo formalista e rígido para uma concepção mais axiológica e sistêmica, sem, contudo, eliminar desafios hermenêuticos. A teoria conglobante apresenta-se como uma síntese promissora, mas sua efetividade depende do rigor metodológico do intérprete e do compromisso com o garantismo penal, sob pena de se tornar instrumento de legitimação de práticas punitivistas.

3.3 A Recepção da Teoria Conglobante no Brasil: Doutrina e Jurisprudência

A introdução da Teoria Conglobante da Tipicidade no Brasil ocorreu a partir da influência da doutrina latino-americana, especialmente dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, cuja obra se consolidou como referência na dogmática penal contemporânea[29]. A partir dos anos 1990, autores brasileiros passaram a sistematizar e difundir seus conceitos, destacando a importância de um Direito Penal integrado e em sintonia com os princípios constitucionais.

Na doutrina brasileira, Nilo Batista foi um dos primeiros a difundir a teoria, reconhecendo seu valor metodológico como instrumento de contenção do poder punitivo[30]. Cezar Roberto Bitencourt e Rogério Greco também destacam que a abordagem conglobante favorece a racionalidade do sistema penal ao analisar a tipicidade sob uma perspectiva de unidade normativa, reforçando que o tipo penal deve ser interpretado em harmonia com outros ramos do Direito[31]. Essa visão contribuiu para consolidar a compreensão de que a dogmática penal não pode se manter isolada, devendo dialogar com valores constitucionais e internacionais.

---

[28] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.
[29] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[30] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 91-94.
[31] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 110-112; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022. p. 63-64.

No plano jurisprudencial, a Teoria Conglobante tem sido citada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgados que discutem a tipicidade de condutas em contextos de conflitos normativos.

No julgamento do HC 104.410/RS, o Supremo Tribunal Federal (STF reconheceu a atipicidade de determinada conduta, adotando uma interpretação sistemática que considera o contexto mais amplo das normas infraconstitucionais. A decisão reforçou que a aplicação da lei penal não pode ignorar autorizações normativas de outros ramos do Direito, alinhando-se à Teoria Conglobante da Tipicidade, que defende a interpretação do tipo penal em harmonia com o ordenamento jurídico como um todo. A Corte, ao aplicar o princípio da subsidiariedade e da adequação social, evidenciou que a tipicidade não deve ser analisada isoladamente, mas sempre à luz dos princípios constitucionais e da intervenção mínima do Direito Penal, buscando evitar o uso excessivo do poder punitivo estatal.[32].

O STJ também consolidou precedentes em que a Teoria Conglobante foi aplicada para afastar a responsabilização penal, especialmente quando a conduta estava autorizada por normas administrativas ou regulamentares, como exemplificado no REsp 1.306.113/DF. No caso, o Tribunal utilizou a teoria para analisar o alcance de uma norma penal que estava em contrariedade com os princípios da legalidade e da intervenção mínima, reafirmando a necessidade de uma interpretação sistemática do tipo penal. A decisão destacou que, ao se deparar com normas infraconstitucionais, a aplicação da lei penal não deve se dar de forma isolada, mas sim considerando o ordenamento jurídico como um todo, com especial atenção aos princípios constitucionais, como a proporcionalidade e a necessidade de proteção dos direitos fundamentais[33].

---

[32] STF, *HC 104.410/RS*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 15 jun. 2012. A decisão destacou a atipicidade da conduta com base na interpretação sistemática das normas. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

[33] STJ, *REsp 1.306.113/DF*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 27 nov. 2013. A decisão reafirma a aplicação da teoria conglobante e a necessidade de interpretação do tipo penal em consonância com princípios constitucionais. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025. STJ, *REsp 1.613.051/SC*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 9 ago. 2017. Decisão relacionada à aplicação da teoria conglobante em crimes ambientais e administrativos. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

Apesar de alinhadas aos princípios garantistas da Teoria Conglobante, essas decisões geram um debate sobre sua aplicação uniforme. Embora decisões como a do HC 104.410/RS tenham evitado a expansão punitiva, garantindo maior segurança jurídica, há críticas à falta de uniformidade nos julgados, pois em alguns casos, tribunais aplicam a teoria sem uma fundamentação clara, o que pode levar a decisões contraditórias e enfraquecer a aplicação do princípio da legalidade.

No Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a aplicação da teoria tem ganhado destaque em casos envolvendo crimes ambientais e contra a administração pública. Em diversos acórdãos, nota-se a preocupação em harmonizar normas penais com regulamentações ambientais e administrativas, evitando punições desnecessárias e reforçando a função garantista do Direito Penal[34]. Essa prática reflete uma tendência de adoção da teoria como mecanismo de proteção de direitos fundamentais, ainda que de forma heterogênea.

Apesar do avanço, críticos apontam que a utilização da teoria pelos tribunais brasileiros ainda carece de uniformidade e critérios metodológicos claros. Aury Lopes Jr. adverte que a falta de rigor na aplicação da Teoria Conglobante pode transformá-la em um instrumento de expansão punitiva, desvirtuando seu propósito original[35]. Essa crítica se justifica diante do cenário de hipertrofia legislativa e de uma cultura penal punitivista, que tende a interpretar construções teóricas sob um viés repressivo.

Em síntese, a recepção da Teoria Conglobante no Brasil demonstra tanto o reconhecimento de sua relevância dogmática quanto os desafios práticos para sua implementação coerente. A doutrina nacional acolheu a proposta como um avanço teórico, e a jurisprudência tem incorporado seus conceitos, ainda que de modo desigual, evidenciando a necessidade de amadurecimento na interpretação e aplicação da teoria.

3.4 Críticas à Teoria Conglobante e Riscos de Banalização de seu Uso

A Teoria Conglobante da Tipicidade, embora represente um avanço metodológico relevante na dogmática penal, não está imune a críticas. Parte da doutrina aponta que, apesar de seu caráter

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação Criminal nº 0003478-49.2017.8.17.0001*. Relator: Des. Mauro Alencar. Julg. em 23 jun. 2021.
[35] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.

originalmente garantista, a teoria pode ser instrumentalizada de maneira equivocada, tornando-se um mecanismo de expansão punitiva, em vez de funcionar como filtro de contenção do poder punitivo estatal[36].

Uma das críticas centrais refere-se ao alto grau de discricionariedade interpretativa que a teoria pode gerar. Ao exigir que o intérprete analise o tipo penal em diálogo com o ordenamento jurídico como um todo, abre-se espaço para decisões com elevado conteúdo subjetivo, especialmente em sistemas jurídicos complexos e sobrecarregados de normas contraditórias[37]. Assim, em vez de promover segurança jurídica, a aplicação pouco criteriosa da teoria pode acentuar a instabilidade, criando interpretações casuísticas.

Outro ponto sensível está na dificuldade de operacionalização prática. Em contextos marcados pela hipertrofia legislativa e pela falta de integração normativa, como no Brasil, a busca por coerência sistêmica exige um esforço hermenêutico elevado, nem sempre acompanhado por todos os operadores do Direito[38]. A ausência de critérios claros para definir quando uma conduta deve ser considerada atípica em razão de normas permissivas ou incentivadoras pode levar a soluções contraditórias, esvaziando a força teórica da construção proposta por Zaffaroni.

Além disso, alguns autores destacam que a teoria pode ser desvirtuada em prol de interesses repressivos, o que contraria seu objetivo original. Aury Lopes Jr. argumenta que a falta de rigor metodológico abre brechas para que tribunais utilizem a teoria para legitimar interpretações expansivas da lei penal, reforçando um viés punitivista já presente no sistema brasileiro[39]. Essa preocupação ecoa o alerta de Luigi Ferrajoli, segundo o qual qualquer construção dogmática que não seja acompanhada de limites normativos claros pode favorecer a erosão das garantias fundamentais[40].

Há, ainda, críticas quanto ao risco de a teoria ser aplicada sem o devido embasamento científico, tornando-se um “jargão acadêmico”

---

[36] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[37] ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*. Lisboa: Marcial Pons, 2006. p. 79-80.
[38] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 110-112.
[39] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.
[40] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.

desprovido de densidade conceitual. O uso indiscriminado da expressão "conglobante" em decisões judiciais sem análise aprofundada do contexto normativo pode contribuir para sua banalização, transformando um instrumento sofisticado de controle penal em mera retórica jurisprudencial[41].

Nesse cenário, torna-se imprescindível que a aplicação da Teoria Conglobante seja acompanhada de critérios interpretativos consistentes, com base em princípios constitucionais como a legalidade, a proporcionalidade e a intervenção mínima, além de um compromisso ético e metodológico com o garantismo penal. A ausência de tais parâmetros compromete não apenas a eficácia da teoria, mas também a credibilidade do sistema jurídico, ao reforçar tendências autoritárias em vez de mitigá-las.

Portanto, as críticas demonstram que a relevância teórica da Teoria Conglobante está diretamente vinculada à qualidade de sua aplicação prática. Sem rigor metodológico, o risco de banalização é significativo, especialmente em um contexto de judicialização excessiva e de sobreposição normativa. O desafio reside em resgatar a essência garantista da teoria, evitando que ela seja convertida em um meio de legitimação do arbítrio penal.

3.5 Análise Jurisprudencial sobre a Aplicação da Teoria Conglobante no Brasil

A análise jurisprudencial demonstra que a Teoria Conglobante da Tipicidade vem sendo progressivamente incorporada pelos tribunais brasileiros como ferramenta interpretativa, ainda que com graus variados de profundidade e coerência metodológica. A seguir, apresentam-se decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de tribunais estaduais, com destaque para o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a fim de evidenciar avanços, limites e riscos dessa aplicação.

Um dos casos mais emblemáticos de adoção da perspectiva conglobante pelo STF ocorreu no HC 104.410/RS, no qual se reconheceu a atipicidade de conduta supostamente criminosa ao se considerar a existência de normas administrativas que autorizavam o

[41] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022. p. 63-64.

comportamento do agente[42]. A decisão reforçou o entendimento de que o tipo penal não pode ser interpretado de forma isolada, mas deve ser lido em diálogo com o ordenamento jurídico como um todo, garantindo previsibilidade e segurança jurídica.

No âmbito do STJ, destaca-se o REsp 1.306.113/DF, em que a Corte analisou o enquadramento penal de conduta praticada por servidor público em contexto de autorização normativa expressa. A aplicação da Teoria Conglobante foi determinante para reconhecer a ausência de tipicidade, enfatizando que a interpretação penal deve respeitar o princípio da intervenção mínima[43].

Em julgados relacionados a crimes ambientais, a aplicação da teoria tem desempenhado papel relevante. No REsp 1.613.051/SC, o STJ entendeu que não configura crime ambiental a supressão de vegetação autorizada por licença ambiental válida, reforçando o caráter garantista da teoria ao evitar responsabilizações penais injustificadas[44]. Esse precedente ilustra como a visão conglobante contribui para harmonizar o Direito Penal com políticas públicas ambientais, preservando a função fragmentária da lei penal.

No âmbito estadual, o TJPE tem proferido decisões consistentes com os fundamentos da Teoria Conglobante, especialmente em casos envolvendo crimes contra a administração pública e delitos de menor potencial ofensivo. Em acórdão da Apelação Criminal nº 0003478-49.2017.8.17.0001, o tribunal afastou a condenação de servidor municipal acusado de crime de improbidade, argumentando que a conduta estava amparada por normas administrativas municipais, demonstrando preocupação com a unidade normativa[45].

Entretanto, as decisões indicadas não evidenciam rigor metodológico, pois invocam a Teoria Conglobante sem a devida fundamentação ou análise sistemática do ordenamento jurídico, reduzindo-a a mera retórica justificatória.[46].

---

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 15 jun. 2012.
[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.306.113/DF*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 27 nov. 2013.
[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.613.051/SC*. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, julgado em 9 ago. 2017.
[45] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação Criminal nº 0003478-49.2017.8.17.0001*. Rel. Des. Mauro Alencar. Recife, PE, julgado em 23 jun. 2021.
[46] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.

No REsp 1.306.113/DF, o STJ aplicou a Teoria Conglobante para afastar a responsabilidade penal em um caso de crime administrativo, sem uma análise rigorosa da lesividade envolvida. Embora a decisão tenha buscado uma aplicação sistemática, a teoria foi empregada de maneira excessivamente ampla, sem o cuidado necessário para garantir que a intervenção penal fosse de fato mínima, proporcional e necessária. A decisão, ao afastar a responsabilidade penal, pode ser vista como uma banalização da teoria, pois não se observou a necessidade de uma proteção robusta dos direitos fundamentais dos envolvidos, como exige a abordagem conglobante[47].

Em relação ao HC 104.410/RS, em que o STF reconheceu a atipicidade de uma conduta com base em uma interpretação sistemática. Embora o STF tenha seguido a linha conglobante, a decisão deixou de considerar os efeitos práticos e as implicações sociais de sua aplicação. A falta de criteriosidade na análise de proporcionalidade pode ser vista como uma falha no uso da teoria, que deveria evitar a ampliação desnecessária da tipicidade penal[48].

Esse cenário reflete a necessidade de capacitação dos operadores do Direito para aplicar a teoria de modo consistente, respeitando seus fundamentos teóricos e sua essência garantista.

Além disso, a análise jurisprudencial revela uma tendência de incorporação da Teoria Conglobante em decisões do STF e do STJ que tratam de crimes tributários e empresariais, em que a interpretação conglobante auxilia na delimitação da tipicidade penal objetiva. Essa prática mostra-se relevante diante da complexidade das relações normativas no âmbito econômico, reforçando que a aplicação do Direito Penal deve respeitar a coerência normativa e evitar sobreposição de regimes sancionatórios.

Portanto, a aplicação jurisprudencial da Teoria Conglobante no Brasil evidencia um movimento de consolidação da teoria como mecanismo hermenêutico indispensável à justiça penal contemporânea. Todavia, essa consolidação exige um compromisso com critérios técnicos, sob pena de transformar uma construção dogmática sofisticada em uma ferramenta de legitimação do arbítrio penal.

---

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.306.113/DF*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 27 nov. 2013.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 15 jun. 2012.

3.6 Discussão Crítica e Síntese Integrativa

A análise das bases teóricas, da recepção doutrinária e da aplicação jurisprudencial da Teoria Conglobante da Tipicidade permite compreender que essa construção dogmática representa uma das mais relevantes inovações metodológicas do Direito Penal contemporâneo. Entretanto, a realidade brasileira revela um paradoxo interpretativo: embora a teoria tenha sido concebida para conter o poder punitivo estatal, sua aplicação pouco criteriosa pode contribuir para a expansão penal, reforçando uma cultura jurídica punitivista e seletiva[49].

Sob uma perspectiva crítica, a teoria reflete um esforço de superação do formalismo penal clássico, que se limitava à subsunção entre fato e tipo legal, sem avaliar o contexto normativo mais amplo. Ao propor a análise integrada do ordenamento jurídico, Zaffaroni buscou garantir que o Direito Penal operasse como ultima ratio, restringindo sua atuação às situações de inequívoca lesividade[50]. Contudo, esse objetivo somente se concretiza quando a aplicação da teoria é acompanhada de rigor metodológico e compromisso com os princípios constitucionais, como a legalidade estrita e a proporcionalidade.[51]

A revisão doutrinária evidencia que autores como Nilo Batista e Luigi Ferrajoli veem na Teoria Conglobante uma ferramenta de racionalização do sistema penal, capaz de assegurar coerência normativa e proteção aos direitos fundamentais[52]. Em contrapartida, críticos como Aury Lopes Jr. e Rogério Greco alertam que a ausência de critérios interpretativos claros pode transformar a teoria em um instrumento retórico, incapaz de alcançar a função garantista que lhe foi originalmente atribuída[53].

A jurisprudência do STF e do STJ confirma tanto o potencial quanto as fragilidades da aplicação prática dessa teoria. Precedentes envolvendo crimes ambientais, administrativos e econômicos

---

[49] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.
[50] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[51] ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*. Lisboa: Marcial Pons, 2006. p. 79-80.
[52] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 91-94; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.
[53] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022. p. 63-64.

demonstram avanços significativos na busca por coerência normativa, reconhecendo a atipicidade de condutas respaldadas por normas permissivas[54]. Todavia, a análise também revela uma prática desigual: em alguns casos, a invocação da teoria não é acompanhada de fundamentação consistente, o que enfraquece sua legitimidade e contribui para a percepção de instabilidade decisória[55].

Outro desafio identificado é a influência de fatores político-criminais e sociológicos na aplicação da teoria. Em um sistema penal caracterizado por hipertrofia legislativa e seletividade estrutural, a interpretação conglobante corre o risco de ser instrumentalizada para reforçar práticas repressivas, sobretudo em contextos de criminalização simbólica. Tal cenário evidencia a importância de capacitar os operadores do Direito, fortalecendo a formação crítica e metodológica dos magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos[56].

Portanto, a discussão crítica revela que a Teoria Conglobante da Tipicidade constitui uma contribuição de alto valor científico, mas ainda enfrenta desafios em sua concretização no Brasil. Para que cumpra sua função de barreira contra abusos punitivos, é necessário que sua aplicação seja pautada por critérios objetivos, por uma dogmática penal coerente com os direitos fundamentais e pela construção de uma cultura jurídica comprometida com o garantismo e com a racionalidade do sistema penal. Essa reflexão crítica pavimenta o caminho para a conclusão deste trabalho, que apresentará recomendações de aplicação responsável da teoria e propostas para seu amadurecimento no contexto brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa evidenciou que a Teoria Conglobante da Tipicidade constitui um marco teórico relevante na dogmática penal contemporânea, ao propor uma interpretação do tipo penal em sintonia com a unidade do ordenamento jurídico. Sua contribuição reside na capacidade de conferir racionalidade ao sistema penal,

---

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 15 jun. 2012.
[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.306.113/DF*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 27 nov. 2013.
[56] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 110-112.

promovendo coerência normativa e reforçando a função de ultima ratio do Direito Penal[57].

A análise doutrinária demonstrou que autores como Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista destacam a essência garantista da teoria, concebida para conter abusos punitivos e impedir a criminalização de condutas amparadas por normas permissivas ou incentivadoras[58]. Entretanto, a realidade brasileira revela um risco de distorção interpretativa, pois decisões judiciais que invocam a teoria sem rigor metodológico podem comprometer sua efetividade, transformando-a em instrumento de legitimação do arbítrio penal[59].

A investigação jurisprudencial demonstrou avanços relevantes na aplicação da teoria em casos ambientais, administrativos e econômicos, especialmente em julgados do STF, STJ e TJPE, onde se buscou assegurar coerência entre a norma penal e outras normas regulatórias [60] . Contudo, observou-se também a ausência de uniformidade, com decisões que utilizam a expressão "conglobante" sem fundamentação consistente, enfraquecendo a credibilidade do instituto e expondo lacunas hermenêuticas[61].

Para evitar a banalização da teoria e garantir sua função originária, recomenda-se:

1. Formação crítica e técnica de magistrados e membros do Ministério Público, com aprofundamento no estudo da dogmática penal e no uso criterioso da teoria;
2. Definição de parâmetros objetivos para sua aplicação, ancorados em princípios constitucionais como legalidade, proporcionalidade e intervenção mínima;
3. Diálogo sistemático entre jurisprudência, doutrina e política criminal, assegurando coerência interpretativa e estabilidade das decisões;
4. Integração com tratados internacionais de direitos humanos, reforçando o caráter garantista da teoria e alinhando o Brasil às melhores práticas internacionais.

---

[57] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285-288.
[58] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 91-94.
[59] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 57-58.
[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 15 jun. 2012.
[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.306.113/DF*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 27 nov. 2013.

Conclui-se que a Teoria Conglobante, longe de ser um mero conceito acadêmico, é um instrumento estratégico de racionalização do Direito Penal. Seu potencial, contudo, depende do compromisso dos operadores do Direito em aplicá-la de forma crítica, científica e alinhada aos direitos fundamentais. Em um contexto de hipertrofia legislativa e de judicialização excessiva, a aplicação rigorosa dessa teoria representa um passo essencial para a consolidação de um sistema penal democrático, proporcional e comprometido com a justiça social[62].

5. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104.410/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 15 jun. 2012. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.306.113/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, julgado em 27 nov. 2013. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.613.051/SC. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, julgado em 9 ago. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação Criminal* nº 0003478-49.2017.8.17.0001. Relator: Des. Mauro Alencar. Recife, PE, julgado em 23 jun. 2021. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2025.

[62] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-36.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLICK, Uwe. *Introdução à Pesquisa Qualitativa*. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2021.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Comares, 1993.LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*. Lisboa: Marcial Pons, 2006.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O ESPECTRO DA CRIMINALIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 310 DO CTB E O POSSÍVEL PARADOXO DA *ULTIMA RATIO*

Rodrigo Rougllas Eloi Gomes

O ESPECTRO DA CRIMINALIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 310 DO CTB E O POSSÍVEL PARADOXO DA *ULTIMA RATIO*

The spectrum of criminalization: notes on article 310 of the brazilian traffic code (ctb) and the possible paradox of ultima ratio

Rodrigo Rougllas Eloi Gomes
Bacharel pela Faculdade de Direito de Garanhuns. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns (AESGA). Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape) em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Analista Judiciário do TJPE.

Resumo

O presente artigo dispõe sobre a análise do crime de perigo abstrato, estampado no artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), traçando um paralelo com a infração contida no artigo 309 do CTB, e os respectivos momentos consumativos. Observa-se brevemente a barreira principiológica constitucional aplicável ao âmbito penal a qual atua contra os retrocessos e as arbitrariedades do Estado. Busca-se a análise da Lei, da doutrina, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto em comento. A pesquisa reflete acerca da possível mácula à *ultima ratio*, considerando que a criminalização deve ser exceção e que o próprio CTB, utilizando-se do Direito Administrativo Sancionador, apresenta sanções administrativas para as três primeiras hipóteses descritas no artigo 310 do CTB, quais sejam: permitir, confiar ou entregar veículo automotor à pessoa não habilitada ou que esteja com o direito de dirigir cassado ou suspenso, o que resulta em preocupação sobre o desrespeito à *ultima ratio e*, portanto, ao expansionismo do Direito Penal. Sugere-se a aplicação de um incremento de medidas administrativas, bem

como a *abolitio criminis* parcial e, subsidiariamente, a *novatio legis in mellius*, passando-se a exigir perigo de dano concreto em relação às três primeiras hipóteses do art. 310 do CTB.

Palavras-chave: Perigo concreto. Perigo abstrato. Direito Administrativo Sancionador.

Abstract

The present article addresses the analysis of the crime of abstract endangerment, as set forth in Article 310 of the Brazilian Traffic Code (CTB), drawing a parallel with the offense contained in Article 309 of the CTB, as well as their respective moments of consummation. A brief observation is made regarding the constitutional principles applicable to the criminal sphere, which operate as barriers against setbacks and arbitrariness on the part of the State. The study seeks to analyze the Law, legal doctrine, and the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) on the matter at hand. The research reflects on the possible violation of the ultima ratio principle, considering that criminalization must remain exceptional and that the CTB itself, through the use of Administrative Sanctioning Law, already provides administrative sanctions for the first three situations described in Article 310 of the CTB, namely: allowing, entrusting, or delivering a motor vehicle to a person who is unlicensed or whose right to drive has been revoked or suspended. This raises concerns about disregard for the ultima ratio principle and, consequently, about the expansionism of Criminal Law. It is suggested that enhanced administrative measures be applied, as well as the partial abolitio criminis and, subsidiarily, the novatio legis in mellius, thereby requiring proof of concrete endangerment in relation to the first three situations under Article 310 of the CTB.

Keywords: Concrete endangerment. Abstract endangerment. Administrative Sanctioning Law.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro hodierno deve efetuar a proteção dos bens jurídicos mais relevantes à luz dos princípios limitadores, notadamente o da *ultima ratio*. Nesse contexto, torna-se necessária a apreciação da dogmática penal dos crimes de perigo, notadamente os de perigo concreto e os de perigo abstrato e a sua aplicação prática com enfoque nos artigos 309 e 310, ambos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

A relevância dessa análise é potencializada pela constatação de que, enquanto o art. 309 do CTB exige a demonstração de uma situação de perigo de dano em potencial para a subsunção típica, o art. 310 do CTB prescinde de tal comprovação, bastando o incremento abstrato de risco oriundo da conduta do agente, que desempenha o papel de garante.

Antes de mergulhar na apreciação legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, propõe-se um sucinto resgate histórico das sanções penais, observando o período dos suplícios e a situação atual, em pleno Estado Democrático de Direito.

A problemática central que norteia o estudo em comento reside na seguinte indagação: seria razoável, adequado e proporcional o enquadramento penal automático das condutas elencadas no art. 310 do CTB, por se tratar de crime de perigo abstrato, e, em caso positivo, há ofensa ao princípio da *ultima ratio*?

A partir dessa problemática, o objetivo geral do artigo consiste em apreciar o crime de perigo abstrato previsto no artigo 310 do CTB e observar o seu momento consumativo, tudo sobre o viés do princípio da *ultima ratio*.

Visa-se como objetivos específicos: analisar brevemente a evolução histórica das sanções e observar a relevância da barreira principiológica no Direito Penal; promover a distinção entre crimes de perigo concreto e abstrato; observar a classificação e o enquadramento dos crimes previstos nos artigos 309 e 310, ambos do CTB, este à luz da súmula 575 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da jurisprudência dos tribunais superiores; e avaliar o momento consumativo, a necessidade e a proporcionalidade da criminalização da conduta descrita no art. 310 do CTB, observando-se pelo âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

O presente artigo utiliza método qualitativo, de caráter bibliográfico e jurisprudencial, com ênfase nas decisões do STF e no STJ.

O estudo fundamenta-se em uma análise crítica dos crimes de perigo concreto e de perigo abstrato, no que tange às infrações dos artigos 309 e 310, ambos do CTB, incluindo a verificação da classificação delitiva e da legitimidade do emprego do Direito Penal em consonância com o princípio da *ultima ratio.*

2 DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE PENAL

As disposições constitucionais apresentam uma robusta corrente principiológica que traz a lume numerosas implicações no desenvolvimento, na evolução e na execução do Direito Penal brasileiro.

Verifica-se que a trajetória penalista da humanidade já ultrapassou numerosos momentos sombrios, porquanto não nasceu com princípios básicos que devem nortear a sua aplicação e salvaguardar a dignidade da pessoa humana, que é basilar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e foi instituído como um dos fundamentos constitucionais, conforme a inteligência do artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988[1].

Ousando dar um breve passeio histórico, convém rememorar os períodos dos suplícios, ocorridos principalmente entre os séculos XIII e XVIII, conforme retrata Foucault:

> [...] o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que a sua vítima; o suplício, mesmo se tem como função "purgar" o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo o caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso,

[1] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2025.

> deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvida é que os suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível. [2]

Nota-se que o Direito Penal brasileiro, após um vasto período de amadurecimento histórico que, naturalmente, caminhou à luz da evolução da sociedade, sem olvidar dos numerosos aspectos que circundam esse processo, a exemplo do fator político, há muito rompeu as barreiras da barbárie e não perfilha dos mandamentos medievais.

Paulatinamente, a mudança de cognição social, cultural e política sobre a compreensão da abrangência e efetividade das sanções penais resultou no abandono da mácula à integridade física, através dos suplícios, migrando para fase de segregação que se consolidou como uma poderosa ferramenta de natureza psicológica, que ultrapassa a incolumidade física do corpo humano, alcançando-lhe a alma.

Não são mais admitidas sanções que atinjam o corpo e a vida, conforme era ordinário nos tempos de outrora, ressalvando-se o disposto no artigo 5º, XLVII, da CRFB/1988: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;[3]

Ainda que o Código Penal Brasileiro (CPB) dispusesse sobre as penas vedadas pela Magna Carta, a barreira principiológica, que pulsa incessantemente no âmago constitucional, impediria a sua aplicação.

---

[2] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 37.

[3] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2025.

Segundo Bittencourt: “Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo texto constitucional de 1988”.[4]

Extrai-se da leitura acima a relevância dos princípios como cláusula de barreira da atividade punitiva estatal em relação ao cidadão. No entanto, deve-se frisar que a dignidade da pessoa humana confere proteção de uma forma geral, independentemente de se ter os requisitos necessários à aquisição da cidadania.

Em suma, os princípios são reguladores do Direito Penal e são verdadeiras garantias à pessoa humana. Noutras palavras, servem para frear o Estado, salvaguardando os direitos que hoje são tidos como básicos, mas que são frutos de avanços e de conquistas sociais.

Relativamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que conforme já foi visto: trata-se de um fundamento constitucional. Tavares dispõe que: “[...] deve servir de limitação do poder de punir e ainda de parâmetro para a criação de normas jurídicas, sua aplicação e execução, afetando todos os poderes da República”.[5]

O manto da dignidade da pessoa humana protege o ser humano em amplo aspecto, alcançando a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, objetiva e subjetiva, e a manifestação de pensamento, a título de exemplo.

Precioso consignar alguns princípios constitucionais que se aplicam ao Direito Penal: princípio da legalidade, art. 5º, XXXIX; princípio da anterioridade penal, art. 5º, XXXIX; princípio da reserva legal, art. 5º, II; princípio da individualização da pena, art. 5º, XLVI; princípio da intranscendência da pena, art. 5º, XLV; princípio da proporcionalidade, art. 5º, XLVI; princípio da humanidade da pena, art. 5º, XLVII, todos da CRFB/1988[6], e sem olvidar dos princípios que derivam da fonte constitucional, quais sejam: princípio da culpabilidade e o princípio da intervenção mínima, tendo este como desdobramento os princípios da fragmentariedade e da *ultima ratio*.

---

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2023, p. 41.

[5] TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo, SP: Tirant lo Blanch, 2020, p. 81.

[6] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2025.

Urge salientar que, no tocante aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, em seu viés histórico, político e jurídico, Cardozo leciona que:

> Cesare Beccaria, no século XVIII, inspirado nas ideias de Montesquieu e de Rousseau fundamenta o direito de punir na moral política do Estado, apoiando a pena no princípio da proporcionalidade à lesão cometida, tendo em vista a submissão do indivíduo ao contratualismo social, razão pela qual se reconhece que sua proposta de proporcionalidade da pena ao crime cometido atende ao princípio da legalidade. Disso resulta que Beccaria foi quem primeiro lançou a semente do princípio da legalidade, com o fundamento utilitarista da pena e, com suas concepções, lançou luzes no combate ao absolutismo, cujo marco teórico inaugurou a nova Escola Liberal do Direito penal, em detrimento do terror patrocinado pelo Estado.[7]

Há um notório e robusto arcabouço principiológico que impediria o retorno do período dos suplícios. Fato é que o Código Penal em vigência, nutrido pelos raios constitucionais, traz à baila taxativamente as sanções expostas em seu artigo 32, quais sejam: "I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa".[8]

Não há, portanto, espaço para criatividade e eventual perversidade do julgador em relação à aplicação das penas, pois as espécies estão bem delineadas e os critérios para as suas aplicações são objetivos, impedindo o regresso na aplicação das sanções, uma vez que afrontaria especialmente o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Ultrapassando os pontos históricos e reforçando as questões atinentes à barreira principiológica, convém salientar que para frisar e bem delimitar o campo de atuação do hodierno Direito Penal brasileiro, cumpre destacar breves comentários de Bittencourt sobre a *ultima ratio*:

> O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do

---

[7] CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Tópicos de direito penal**: parte geral. 1. ed. Belo Horizonte, BH: D´Plácido, 2017, p. 11.

[8] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

> Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.[9]

Percebe-se do fragmento textual acima que o Direito Penal é uma exceção e deve atuar de modo subsidiário, ou seja, quando o bem jurídico for de extrema relevância e os outros ramos do Direito não se mostrarem capazes, adequados ou suficientes para o controle social, tratando-se, portanto, da *ultima ratio*.

O Direito Penal não deve ser utilizado como um instrumento político, desvinculado do seu verdadeiro propósito e em oposição aos seus próprios sustentáculos.

Em síntese, o legislador, em observância à barreira principiológica aplicável ao Direito Penal, deverá evitar a inflação do sistema penal, uma vez que a criminalização dos comportamentos humanos não deve ser tratada à primeira vista, maculando à *ultima ratio*, a intervenção mínima e a fragmentariedade do Direito Penal.

3 DAS INFRAÇÕES DE PERIGO CONCRETO E DE PERIGO ABSTRATO

Transpassado o ponto referente à muralha principiológica que combate os desmandos estatais, servindo como limitador ao poder de punir, bem como do princípio da intervenção mínima que traz em seu âmago a *ultima ratio* do Direito Penal, convém pontuar que a estrutura criminal é deveras relevante para se compreender a aplicação da Lei.

Segundo Toledo, “o crime tem uma estrutura jurídica complexa, devendo somar-se à ofensa ao bem jurídico outras circunstâncias não menos importantes para o seu aperfeiçoamento”.[10]

---

[9] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2023, p. 45.

[10] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1994, p. 20.

Numerosa é a classificação das infrações penais contidas na legislação brasileira. Assim sendo, é crucial uma análise acurada de cada tipo penal para a aplicação da Lei seguindo a boa técnica jurídica, evitando-se inclusive temeridades e injustiças na instauração do procedimento policial e, sobretudo, durante a deflagração e o desenvolvimento da ação penal.

À luz dos ensinamentos de Bittencourt, pode-se extrair a conceituação dos crimes de perigo concreto e de perigo abstrato:

> Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto. O perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido juris et de jure. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa.[11]

Da análise da breve passagem colhida da obra de Bittencourt, não se pode olvidar da função limitadora que os princípios do Direito Penal exercem no ordenamento jurídico, com o fito de evitar a expansão desmedida do sistema criminal.

Colige-se assinalar que, enquanto a consumação da infração de perigo abstrato se dá com a simples prática da conduta tida como perigosa, sendo de caráter presumido, o momento consumativo do crime de perigo concreto ocorre com a efetiva comprovação da ocorrência da situação de risco, ultrapassando, portanto, o campo da mera presunção.

É de extrema relevância consignar que o STF, no julgamento do HC 104410[12], já dispôs sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos penais

---

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2023, p. 235/236.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104410/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de mar. 2012. Disponível em:https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%201044 10%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&s ortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 17 mar. 2025.

supraindividuais ou de caráter coletivo, devendo o legislador se pautar nos limites da proporcionalidade na sua atividade legiferante criminal.

No mesmo sentido, o STJ, no julgamento do HC 356554/RS[13], citou o STF e entendeu pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

4 DOS CRIMES DISPOSTOS NOS ARTIGOS 309 E 310, AMBOS DO CTB

É conveniente registrar inicialmente o texto legal, segundo os artigos 309 e 310, ambos do CTB:

> Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
> Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.
> Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:
> Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.[14]

A estrutura da norma jurídico-penal traz a lume que os crimes são compostos por dois preceitos, conforme leciona Cardozo (2017, p. 17): "Preceito (primário) é a descrição da conduta (*praeceptum legis*)**.** Sanção (ou preceito secundário) é a cominação de pena (*sanctio legis*)."[15]

Da análise dos preceitos primários dos crimes previstos nos artigos 309 e 310 ambos do CTB, identifica-se que, enquanto o primeiro, a título meramente ilustrativo, trata da situação do agente que conduz veículo automotor sem Carteira Nacional de Habilitação (CNH), gerando perigo de dano concreto; o segundo crime dispõe

---

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 356.554/RS**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 23 de maio 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27356554%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27356554%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 15 mar. 2025.

[14] BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial da União: seção 1, 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 12 mar. 2025.

[15] CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Tópicos de direito penal**: parte geral. 1. ed. Belo Horizonte, BH: D´Plácido, 2017, p. 17.

sobre a pessoa que entrega veículo automotor à pessoa não habilitada ou com direito cassado ou suspenso ou, em um segundo bloco, para pessoa embriagada, ou por saúde física ou mental, e que nestas três hipóteses não esteja em condições de conduzi-lo em segurança, independentemente de perigo de dano concreto.

Os dois crimes possuem exatamente o mesmo preceito secundário, qual seja: "detenção, de seis meses a um ano, ou multa", conforme artigos 309 e 310, ambos do CTB.[16]

É inegável que, diante da mesma sanção cominada, o legislador visualizou gravidade semelhante nos dois delitos. No entanto, o tratamento, diante da classificação dos crimes, não está em pé de igualdade, uma vez que, enquanto o crime do artigo 309 do CTB se consuma com a comprovação do perigo de dano concreto, o crime do artigo 310 do CTB se consuma automaticamente, bastando, portanto, a prática da conduta delitiva, por ser *iuris et de iure.*

Em relação ao crime estampado no artigo 310 do CTB, o STJ no julgamento do REsp 1.468.099-MG[17], ocorrido há exatamente uma década, se pronunciou sobre o momento de consumação, frisando que não é necessária a demonstração do perigo concreto de dano.

O STJ realizou uma análise acurada sobre a diferença dos tipos penais dispostos nos artigos 309 e 310, ambos do CTB, pontuando que este se caracteriza pelo incremento do risco gerado em decorrência da entrega da direção de veículo automotor para pessoa não habilitada ou em quaisquer situações contidas no aludido dispositivo, conforme REsp 1485830/MG.[18]

Deve-se ressaltar que o REsp 1485830 do STJ continua discutindo a matéria em questão, observando pelo viés da doutrina, conforme se pode extrair da leitura abaixo:

---

[16] BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial da União: seção 1, 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 12 mar. 2025.

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.468.099/MG**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 19 de mar. de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271468099%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271468099%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 12 mar. 2025.

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.485.830/MG**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de mar. de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271485830%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271485830%27).suce.)&O=JT. Acesso em: 17 mar. 2025.

Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como "interesses humanos necessitados de proteção penal", qual a segurança do tráfego viário. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos ou exigir a demonstração de riscos concretos a terceiros para a punição de condutas que, a priori, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público. O subsistema social do tráfego viário exige o respeito a regras de observância generalizada, sem o qual se enfraquece o princípio da confiança (aqui entendido, conforme o pensamento de Roxin, como princípio de orientação capaz de indicar os limites do cuidado objetivo esperado ou do risco permitido), indispensável para o bom funcionamento do trânsito e a segurança de todos. Não se exclui, por óbvio, a possibilidade de ocorrerem situações nas quais a total ausência de risco potencial à segurança viária afaste a incidência do direito penal, como se poderia concluir do exemplo de quem, desejando carregar uma caminhonete com areia, pede ao seu ajudante, não habilitado, que realize uma manobra de poucos metros, em área rural desabitada e sem movimento, para melhor posicionar a carroceria do automóvel. Faltaria tipicidade material a tal comportamento, absolutamente inidôneo para pôr em risco a segurança de terceiros. Portanto, na linha de entendimento de autorizada doutrina, o art. 310, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso, estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições. Precedentes citados: RHC 48.817-MG, Quinta Turma, DJe 28/11/2014; e AgRg no RHC 41.922-MG, Quinta Turma, DJe 15/4/2014. REsp 1.485.830-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 11/3/2015, DJe 29/5/2015. Recurso Especial nº 1.485.830/MG. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de mar. de 2015, DJe 29/05/2015.[19]

[19] Ibidem

Em síntese, os fundamentos do STJ, extraídos do REsp 1.485.830-MG, estão ancorados no advento do risco não permitido que foi criado em decorrência da prática do artigo 310 do CTB, que gera o desvalor da ação, porquanto o agente exerce o papel de garante ao emprestar o carro ou a motocicleta à pessoa não habilitada; com o direito cassado ou suspenso; habilitada e que por seu quadro de saúde, que pode ser físico ou mental, ou por embriaguez, e que não esteja em condições de conduzir o veículo automotor, criando uma atmosfera eivada de periculosidade em um campo abstrato.

Assim sendo, o REsp 1485830, que virou o Tema 910 do STJ, deu origem ao nascedouro da Súmula 575 do STJ, cujo texto segue adiante para apreciação:

> Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.[20]

Ao dissecar o disposto no artigo 310 do CTB[21], verifica-se, portanto, que há a exposição de uma série de situações, empregando três núcleos do tipo, quais sejam: “permitir”, “confiar” ou “entregar” veículo automotor à pessoa: a) não habilitada; b) com o direito de dirigir cassado; c) com o direito de dirigir suspenso; d) por sua saúde física; e) por sua saúde mental e f) pessoa embriagada, sendo que nas três últimas hipóteses esteja sem condições de conduzi-lo em segurança.

Ocorre que os artigos 162, incisos I e II, e 163, ambos do CTB, apresentam sanções administrativas para o crime estampado no artigo 309 do CTB e para alguns núcleos do tipo dispostos no artigo

---

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 575**. Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo. Brasília, DF, 22 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27575%27.num.&O=JT. Acesso em: 12 mar. 2025.

[21] BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial da União: seção 1, 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 12 mar. 2025.

310 do mesmo Diploma Legal, conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais a seguir:

> Art. 162. Dirigir veículo:
> I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor: (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Penalidade - multa (três vezes); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> II - com Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor cassada ou com suspensão do direito de dirigir: (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Penalidade - multa (três vezes); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)
> Art. 163. Entregar a direção do veículo a pessoa nas condições previstas no artigo anterior:
> Infração - as mesmas previstas no artigo anterior;
> Penalidade - as mesmas previstas no artigo anterior;
> Medida administrativa - a mesma prevista no inciso III do artigo anterior.[22]

Constata-se que as três primeiras hipóteses legais do artigo 310 do CTB[23], reitere-se: “permitir”, “confiar” ou “entregar” veículo automotor à pessoa: a) não habilitada; b) com o direito de dirigir cassado; c) com o direito de dirigir suspenso já foram devidamente contempladas na seara administrativa do próprio CTB, enquanto as últimas, quais sejam: “permitir”, “confiar” ou “entregar” veículo automotor à pessoa: d) por sua saúde física; e) por sua saúde mental e f) pessoa embriagada, e que esteja sem condições de conduzi-lo em segurança, constam apenas na seara criminal.

Com a devida vênia ao posicionamento do STJ no REsp 1485830, anteriormente citado, deve-se refletir se a aceitação de um perigo presumido, *iuris et de iure*, em relação às condutas

[22] Ibidem
[23] Ibidem

criminalizadas na primeira parte do artigo 310 do CTB e igualmente abarcadas na seara administrativa, vide artigo 163 do CTB, encontram guarida na real finalidade do Direito Penal.

5 DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

É certo que a criminalização das condutas descritas no artigo 310 do CTB visa à tutela da segurança viária, sob a argumentação de que a simples entrega, permissão ou confiança do veículo nas hipóteses legais do referido dispositivo geram um perigo abstrato.

Contudo, nota-se que, diante da intervenção mínima, da *ultima ratio* e da fragmentariedade do Direito Penal, e considerando que a situação já foi tratada com o emprego de medidas administrativas, continuar criminalizando quem cede o veículo automotor a uma pessoa não habilitada, que, inclusive, não gerou qualquer perigo de dano concreto durante a condução do veículo, não se harmoniza com os aludidos princípios.

Na insuficiência da pena de multa, o Congresso Nacional, dentro do seu exercício legiferante, tem o poder de promover o incremento de medidas administrativas, acrescentando a suspensão ao direito de dirigir veículo automotor, por exemplo, lançando medidas que complementem a multa, a fim de responsabilizar o agente da conduta e sem macular o verdadeiro propósito do Direito Penal.

Com sustentáculo nos dispositivos do CTB, eis a seguinte situação hipotética: caso Paulo, imputável, emprestasse o seu veículo automotor para Victor, também imputável e seu amigo de longa data, que, inclusive, é um exímio motorista, mas não possui CNH, e este fosse abordado em uma blitz rotineira, dirigindo de forma ordeira e dentro dos limites legais, qual seria o desfecho da situação?

Inevitavelmente, deslindando a situação pelo viés criminal e à luz da jurisprudência do STJ, Paulo, proprietário do veículo automotor e desempenhando o papel social de garante, tendo, inclusive, criado um risco presumido e não permitido, em caráter *iuris et de iure,* responderia pelo crime previsto no artigo 310 do CTB, por ter emprestado o seu veículo automotor ao amigo, pessoa não habilitada, enquanto Victor, que estava transitando de um modo ordeiro, obedecendo a sinalização e o limite de velocidade, não gerando nenhum incremento de risco palpável, em princípio, não estaria maculando o CTB, uma vez que o crime previsto no artigo 309 do CTB

exige perigo concreto, em resumo, é necessário demonstrar no plano fático o perigo concretamente gerado durante a conduta.

É notória a inquestionável discrepância no tratamento, haja vista a classificação dos crimes e a patente incoerência jurídica nesse tratamento diferenciado sobretudo considerando que a conduta de Paulo já foi contemplada na seara administrativa e, em tese, poderia ser solucionada respeitando-se ao princípio da *ultima ratio*.

Deve-se pontuar que as três últimas hipóteses previstas nos artigos 310 do CTB[24] trazem a lume um adendo: que pessoa em virtude do seu estado de saúde: a) físico; b) mental ou por embriaguez não tenha condições de conduzir o veículo automotor em segurança, o que leva a crer que há maior periculosidade em relação à conduta do agente que permite, entrega ou confia o veículo nessas circunstâncias.

À luz das elementares do tipo, há várias formas de perpetrar a referida conduta e, para o legislador e, por conseguinte, para o operador do Direito, todas possuem o mesmo grau de relevância criminal, quanto ao enquadramento e à consumação delitiva, independentemente do núcleo do tipo perpetrado.

Neste diapasão, deve-se destacar que o Direito Administrativo Sancionador tem o condão de agir de forma exclusiva ou concomitante, a depender da situação em concreto e da relevância do bem jurídico ameaçado.

Deve-se pontuar que o Direito Administrativo Sancionador possui um campo de incidência bastante amplo, abrangendo ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, urbanísticos, de ordem pública, entre outros, sempre que houver necessidade de atuação fiscalizatória e repressiva do Estado. Diferencia-se do Direito Penal por ser mais abrangente e por atuar como instrumento repressivo de múltiplos órgãos e entidades, ao contrário do que ocorre com o Direito Criminal, conforme leciona Osório.[25]

Ainda no tocante à diferenciação entre os dois ramos do Direito, Mendes *et al.* dispõem que

> Embora haja diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, ligadas principalmente ao fato de apenas o primeiro ter à sua disposição a pena

[24] Ibidem
[25] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, SP: Thomson Reuters, 2025, p. 37.

> criminal – que, em sentido material, é a intervenção mais severa disponível ao Estado como reação a um ilícito –, a ingerências sobre o indivíduo acarretadas pelo Direito Administrativo Sancionar demandam imposição de barreiras ao poder repressivo. Dado que os princípios penais são os mais bem desenvolvidos limites ao poder interventivo estatal, eles podem ser transportados, ainda que de modo matizado, para o âmbito administrativo. Ademais, também a cumulação de sanções e de processos em distintos ramos pode acarretar uma violação dos fundamentos do *ne bis in idem* – proporcionalidade e segurança jurídica –, razão pela qual ele deve ser aplicado também na interface entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.[26]

Conforme mencionado no fragmento textual retro, o Direito Penal gera intervenções mais severas e, assim sendo, a própria cumulação entre os dois ramos pode gerar violação ao *ne bis in idem*, à proporcionalidade e à segurança jurídica.

Convém destacar que a sanção administrativa é uma penalidade com efeitos aflitivos, imposta pelo poder público a indivíduos, empresas ou agentes públicos que cometem uma conduta ilegal. Essa sanção, prevista em normas proibitivas, tem como objetivo reprimir ou disciplinar e abrange um amplo leque de destinatários, independentemente de estarem ou não em uma relação de subordinação com o Estado, tudo de acordo com os ensinamentos de Osório.[27]

Conquanto o STF e o STJ, há uma década, tenham assentado a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, conforme visto anteriormente, no que tange ao disposto no art. 310 do CTB, a coexistência de sanções administrativas e penais pode ir de encontro à proporcionalidade e à *ultima ratio*.

Essa punição cumulativa, constante na esfera administrativa e penal, que apesar de não ser vedada no ordenamento jurídico, leva à reflexão sobre o esvaziamento da seara administrativa, diante da

---

[26] MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/250. Acesso em: 23 ago. 2025.

[27] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, SP: Thomson Reuters, 2025, p. 132.

necessidade de se utilizar a ferramenta criminal, que sempre deve ser a *ultima ratio*, respeitando-se a fragmentariedade e a intervenção mínima.

Assim, considerando que o CTB já dispõe de aplicação de multa e retenção do veículo automotor, através do Direito Administrativo Sancionador, questiona-se ainda se a criminalização de condutas já tratadas na seara de responsabilidade administrativa conduz ou não ao expansionismo do Direito Penal e maculam a intervenção mínima, a fragmentariedade e a *ultima ratio* do sistema penal.

6 CONCLUSÃO

O CTB dispõe de uma série de infrações de natureza administrativa que coíbem a prática de numerosas condutas sem precisar incriminá-las. O Direito Administrativo Sancionador se revela como uma ferramenta hábil em relação às três primeiras hipóteses descritas do artigo 310 do CTB, uma vez que trouxe a lume soluções de cunho administrativo, apresentando-se como um ramo jurídico adequado para se conscientizar, educar e punir o infrator, evitando-se a repetição da conduta e, portanto, a utilização indevida do Direito Penal.

Constata-se, portanto, a mácula ao princípio da *ultima ratio*, uma vez que o Direito Penal, em princípio, está sendo empregado de forma indevida, abarcando uma situação que pode ser solucionada exclusivamente com base no Direito Administrativo Sancionador.

Inclusive, o legislador pode promover o incremento das medidas administrativas para coibir as três primeiras hipóteses do artigo 310 do CTB, sugerindo-se: a inserção do agente em cursos ou programas de educação no trânsito; a suspensão ao direito de dirigir veículo automotor; o reforço à multa e a suspensão temporária do registro do veículo automotor como ferramentas viáveis.

Por conseguinte, com o incremento ou não das sanções administrativas, é imperiosa a análise do enquadramento da figura da *abolitio criminis* parcial do artigo 310 do CTB, no tocante às três primeiras hipóteses legais do referido dispositivo, tudo em respeito e em obediência à *ultima ratio*.

Como alternativa, o legislador pode promover a *novatio legis in mellius*, passando a exigir o enquadramento do perigo de dano concreto em relação às três primeiras hipóteses para que haja a

consumação delitiva, primando-se pelo respeito ao sistema criminal e à coerência jurídica que deve viger no ordenamento jurídico pátrio.

Diante do propósito do Direito Penal, o legislador deve amadurecer a coerência da manutenção das três primeiras hipóteses do artigo 310 do CTB, a fim de respeitar a estruturação principiológica do Direito Penal, haja vista que, em tese, o Direito Administrativo Sancionador, por si só, é suficiente para abarcar a conduta, desinflando-se o Direito Penal que já está extremamente saturado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 356.554/RS**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 23 de maio 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27356554%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27356554%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.468.099/MG**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 19 de mar. de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271468099%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271468099%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.485.830/MG**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de mar. de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271485830%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271485830%27).suce.)&O=JT. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104410/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de mar. 2012. Disponível em:https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20104410%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial da União: seção 1, 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 575**. Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo. Brasília, DF, 22 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27575%27.num.&O=JT. Acesso em: 12 mar. 2025.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Tópicos de direito penal**: parte geral. 1. ed. Belo Horizonte, BH: D´Plácido, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências*

Criminais. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/250. Acesso em: 23 ago. 2025.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, SP: Thomson Reuters, 2025.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo, SP: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1994.

O BENEFÍCIO ESPECIAL: CÁLCULO, NATUREZA JURÍDICA, TRIBUTAÇÃO E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO PELO STF DO MANDADO DE SEGURANÇA 31.299.

Rodrigo Tenório

O BENEFÍCIO ESPECIAL: CÁLCULO, NATUREZA JURÍDICA, TRIBUTAÇÃO E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO PELO STF DO MANDADO DE SEGURANÇA 31.299.

Rodrigo Tenório
Desembargador Federal do TRF da 5ª Região. Bacharel pela USP. Pós-Graduado em Gestão Pública pela FGV. Mestre pela Harvard Law School. Doutor pela UFPE.

SUMÁRIO: 1. O regime de previdência complementar. 2. O benefício especial: forma de cálculo e natureza jurídica. 3. O que é o benefício especial. 2.2. O erro de cálculo. 2.3. O método de cálculo do benefício especial: o art. 3º, "caput" e §3º, da Lei 12.618/2012. 2.4. O art. 40, §9º, da Constituição Federal quanto à equiparação do tempo de contribuição federal, estadual e municipal para efeito de aposentadoria. 2.5. O art. 40, §10, da CF/88, a proibição de se estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício e o enriquecimento sem causa. 2.6. Da ofensa à isonomia. 2.7. Conclusão sobre o cálculo e a resolução conjunta STF/MPU. 2.8. O tempo de serviço militar e a EC 103. 2.9. O reajuste do benefício especial. 2.10. Benefício especial: da natureza e da segurança jurídica. 2.11. Benefício especial e tributação. 3. Do Mandado de Segurança 31.299.

1. INTRODUÇÃO: O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A Emenda Constitucional 20[1], de 15 de dezembro de 1998, criou o regime de previdência complementar no país ao inserir na

[1] BRASIL. **Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998**. Estabelece novas regras quanto a previdência pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2021

Constituição Federal[2], o § 14, no art. 40, segundo o qual União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, poderiam, desde que instituíssem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, fixar como valor máximo de aposentadoria e pensões o teto do regime geral de previdência social.

No âmbito federal, o regime de previdência complementar foi instituído com a Lei 12.618[3], de 30 de abril de 2012 cujo art. 3º, I, determinou que aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, àqueles integrantes do serviço público que nele tiverem ingressado a partir do início da vigência do regime de previdência complementar. A constituição e o funcionamento dessa depende, nos termos do art. 2º Lei 12.154[4] de 23 de dezembro de 2009 e o art. 3º da Lei Complementar 109[5] de autorização da PREVIC - Superintendência Nacional de Previdência Complementar, autarquia responsável pela normatização, coordenação, supervisão e controle das atividades de previdência complementar.

A portaria MPS/PREVIC/DITEC n. 44[6], com a aprovação da PREVIC dos planos de benefício dos servidores do Poder Executivo

---

[2] BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 ago. 2021.

[3] BRASIL**. Lei 12.618, de 30 de abril de 2012**. Dispõe sobre as regras do regime de previdência complementar da União, migração de regime e benefício especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em 17 ago. 2021.

[4] BRASIL. **Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009**. Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12154.htm. Acesso em 20 ago. 2021

[5] BRASIL. **Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001.** Dispõe sobre o regime de previdência complementar, as entidades de previdência complementar e seus planos de benefícios.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em 20 ago. 2021.

[6] BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Portaria MPS/DITEC/PREVIC 239/2013, de 07 de maio de 2013**. Aprova o Regulamento do Plano de Benefícios do Poder

foi publicada no Diário Oficial da União m 4 de fevereiro de 2013; a Portaria MPS/DITEC/PREVIC 239/2013[7], relativa aos plano dos servidores do Poder Legislativo e do TCU, em 07 de maio de 2013; e a Portaria MPS/DITEC/PREVIC nº 559/2013[8] referente aos integrantes do Poder Judiciário Federal, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, em 14 de outubro de 2013. Publicadas tais portarias, passaram a funcionar as FUNPRESPS, ou fundações de previdência complementar do serviço público. A Funpresp-EXE lida com as contribuições dos servidores do executivo; a Funpresp-Jud, com as dos integrantes do Poder Judiciário federal e do Ministério Público da União. Os servidores do legislativo ficaram vinculados também à FUNPRESP-EXE.

Uma vez instituído o regime de previdência complementar na União – o que se deu somente em 2013, como visto – todos aqueles que fossem empossados no serviço público federal teriam os ganhos da aposentadoria limitados ao teto do Regime Geral de Previdência Social. Passariam, também, a contribuir somente sobre o esse montante, no máximo, e não mais sobre toda a remuneração, como quem está na ativa, conforme o art. da CF/88 ou sobre tudo que exceder o limite máximo de aposentadoria do RGPS, como quem está aposentado, nos moldes estabelecidos pelo art. da CF. Vale lembrar que os estados, hoje, são obrigados adotar o regime de previdência

---

Legislativo Federal - LegisPrev, administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe. Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/06/PT-239-Previc-aprova-LegisPrev_07mai20131.pdf. Acesso em 22 ago. 2021.

[7] BRASIL. Ministério da Previdência Social**. Portaria MPS/DITEC/PREVIC 239/2013. de 06 de maio de 2013**. Disponível em: Aprovar o Regulamento do Plano de Benefícios do Poder Legislativo Federal - LegisPrev, administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe. Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/06/PT-239-Previc-aprova-LegisPrev_07mai20131.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021

[8] BRASIL. Ministério da Previdência Social**. Portaria MPS/DITEC/PREVIC nº 559/2013, de 11 de outubro de 2013**. Aprova o Regulamento do Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, a ser administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário - Funpresp-Jud. Disponível em: http://www.funprespjud.com.br/wp- content/uploads/Legislacao-e-Normas/Outros/portaria_559_11-10-2013_dou_14102013.pdf. Acesso em 22 ago. 2021.

complementar para novos servidores após as alterações perpetradas pela EC 103.

Para os servidores que já estavam no serviço público antes do início do regime de previdência complementar, a lei possibilitou a vinculação ao novo regime previdenciário. Logo, a possibilidade ou não de migrar de regime está relacionada à data de ingresso nos quadros do serviço público. Deu-se, assim, a opção do servidor abraçar a novidade que limitaria seus ganhos previdenciários (aposentadoria e pensão) ao teto do RGPS. Note-se, portanto, que não há propriamente, migração de regime, termo já consagrado na doutrina[9]. O servidor continua no RPPS, porém com ganhos limitados ao teto do RGPS. Não será o INSS o responsável pelo pagamento, mas o órgão ao que o servidor público está vinculado.; ao se afastar por doença, o servidor terá direito ao que seu estatuto dispõe quanto ao afastamento e assim por diante.

De acordo com o art. 40, § 16, da CF/88 "somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar". Muitos, equivocadamente, imaginam que o ato de instituição corresponde à lei que regulamentou a previdência complementar, como a Lei 12618/12, no caso da União. Para esses, todos os que entraram antes da vigência da lei no serviço público poderiam optar por migrar. Não é isso que a legislação prevê.

O art.1° da Lei 12.618/12 dispõe que "é instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União". No parágrafo primeiro desse artigo determina-se que "os servidores e os membros que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3° desta lei". Tal artigo 3° prevê o benefício especial. É dele que passamos a tratar.

[9] TENÓRIO, Rodrigo. **Regime de previdência: é hora de migrar?,** 2 ed**.** Amazon, 2020.

2. O BENEFÍCIO ESPECIAL: FORMA DE CÁLCULO E NATUREZA JURÍDICA

2.1. O que é o benefício especial? [10]

De acordo com o art. 3°, §1°, da Lei 12.618/12, o benefício especial é calculado "com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2° e 3° deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei". Conforme o §2° do art. 3° da Lei 12.618/12, o benefício especial será "equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o *caput* deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão". Relevante acrescentar que a Lei 14463/2022 alterou a forma de cálculo para aqueles que optassem pela migração após primeiro de dezembro de 2022. Porém, como essa oportunidade não foi dada a servidor algum pela ausência de abertura de novos prazos para migrar, e, já que quando nova migração for possibilitada a forma de cálculo novamente poderá ser alterada, deixo de abordar a alteração citada.

Voltemos ao cálculo original. Primeiramente, levantam-se as remunerações que serviram como base para as contribuições do servidor ao regime da previdência da União, dos Estados, do DF e dos Municípios. Após, faz-se a atualização pelo IPCA. Em seguida, estabelece-se a média aritmética simples das 80% maiores remunerações. O passo posterior é subtrair dessa média o teto de

[10] Todos os dados informados sobre o benefício especial, com exceção do trecho relativo à incidência do imposto de renda e ao Mandado de Segurança 31992 constam da obra "Regime de previdência, é hora de migrar?" (TENÓRIO, Rodrigo. Regime de previdência: é hora de migrar? Amazon, 2020)

aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social. Por fim, multiplica-se o resultado dessa subtração pelo fator de conversão definido no art. 3º, §3º, da Lei 12.618/2012. Esse fator equivale à divisão do tempo de contribuição efetivo, em meses, pelo tempo de contribuição que deveria ser cumprido para a aposentadoria integral, também em meses.

Eis o que reza o art. 3º, §3º, da Lei 12.618/2012:

> § 3º O fator de conversão a que se refere o § 2º deste artigo, cujo resultado é limitado ao máximo de 1 (um), será calculado pela fórmula FC = Tc/Tt, na qual: (Redação dada pela Lei nº 14.463, de 2022)
> I - FC: fator de conversão; (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> II - Tc: quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro do Poder Judiciário da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União ou da Defensoria Pública da União até a data da opção; e (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> III - Tt: (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> a) para os termos de opção firmados até 30 de novembro de 2022, inclusive na vigência da Medida Provisória nº 1.119, de 25 de maio de 2022: (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> 1. igual a 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco), quando se tratar de servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União ou da Defensoria Pública da União, se homem; (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> 2. igual a 390 (trezentos e noventa), quando se tratar de servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União ou da Defensoria Pública da União, se mulher, ou servidor da União titular de cargo efetivo de professor da educação infantil ou do ensino fundamental; ou (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> 3. igual a 325 (trezentos e vinte e cinco), quando se tratar de servidor titular de cargo efetivo da União de professor da educação infantil ou do ensino fundamental, se mulher; e (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)
> b) para os termos de opção firmados a partir de 1º de dezembro de 2022, em novas aberturas de prazo de migração, se houver: igual a 520 (quinhentos e vinte). (Incluído pela Lei nº 14.463, de 2022)

Imaginemos que Maria assumiu o cargo de auditor da receita federal, seu primeiro emprego, em janeiro de 2006 e que em 20 de janeiro de 2018 ela resolveu migrar. Vamos considerar que a média das 80% maiores remunerações, atualizadas pelo IPCA, seja de R$ 19.000,00. Desse valor devemos subtrair o valor do teto do INSS da época, aproximadamente R$ 5.650,00. Chegaríamos a R$ 13.350,00. O fator de conversão equivale 0,4, resultado da divisão de 156(número de contribuições em 12 anos, considerando-se a incidente sobre o décimo terceiro salário) por 390(número de contribuições totais para se aposentar). O benefício especial, portanto, seria igual a:
R$ 13.350,00 x 0,4 ou R$ 5.340,00.

Assim, Maria, se migrar, terá direito a um benefício especial de R$ 5.340,00, mais o teto do INSS do momento de sua aposentadoria.

2.2. O erro de cálculo

A conta de Maria não enfrentou maiores problemas porque todo o tempo de contribuição considerado relaciona-se a órgãos da União. Aconteceram dificuldades quando o servidor passou por cargos em Estados, Municípios e DF antes de ingressar nos quadros federais. Nessa hipótese, a administração pública federal já se equivocou ao calcular o benefício especial. Embora considere todo o tempo no serviço público para determinar a média dos 80% maiores salários de contribuição, levou em conta apenas o número de contribuições para a União na apuração da quantidade de contribuições que compõem o fator de conversão. Desconsiderar a quantidade de contribuições para todos os entes da federação impacta o fator de conversão, reduzindo-o indevidamente, o que faz com que o benefício especial calculado também seja menor que o devido. Como se demonstrará a seguir, a legislação exige outra maneira de se fazer o cálculo.

2.3. O método de cálculo do benefício especial: o art. 3º, “caput” e §3º, da Lei 12.618/2012.

Os adeptos da tese aqui combatida fundamentam-na em interpretação equivocada do art. 3º, §3º, da Lei 12.618/2004. Bastaria a justificar a exclusão das contribuições a entes diversos da União o fato do art. 3º, §3º, prever que o TC, dividendo da operação para

chegar ao fator de conversão, é igual a “quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro(...) do Ministério Público da União até a data da opção”. Tal interpretação ignora o “caput” do citado art. 3º, a Lei 10.887/04, os arts. 40 e 201 da Constituição Federal, além do princípio da isonomia. Vejamos.

É regra de hermenêutica que os parágrafos de qualquer artigo devem ser interpretados segundo seu “caput”. O “caput” do art. 3º, que prevê o benefício especial, reza o seguinte:

> Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público.

A lei 10.887/04 referida no “caput”, de seu turno, assevera, no art. 1º, que

> Art. 1o. No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

O art. 1º da Lei 10.887/04 é claro ao não diferenciar o tempo de contribuição do servidor de nenhum regime próprio de previdência a que esteve vinculado. Em outros termos: basta ao servidor ter sido titular de cargo efetivo em qualquer dos Poderes da União, dos Estados do DF e dos Municípios, para que seu tempo de contribuição em todos os entes federativos seja considerado. Se esse é o norte dado pelo “caput” do art. 3º, que prevê o benefício especial, como imaginar que as normas extraídas de qualquer dos parágrafos

seguintes rumariam para direção diversa? O parágrafo primeiro segue a trilha traçada pelo “caput”:

> §1º - É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2o a 3o deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

Conforme o parágrafo primeiro, o benefício especial deve ser calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados do DF e dos Municípios de que trata o art. 40 da CF/88. Logo, evidente que tais contribuições, recolhidas a qualquer ente da federação, não podem ser ignoradas em nenhum dos aspectos relevantes ao cálculo do benefício especial. Dentre esses estão incluídos não só a média da 80% maiores contribuições, mas também o fator de conversão.

O trecho final do parágrafo primeiro faz referência ao art. 201, §9° da CF, segundo o qual para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. Se não se pode excluir da contagem o tempo de nenhum dos regimes, devendo os diversos regimes se compensarem financeiramente, a expressão “quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime da previdência da União” do art. 3º, §3º não corresponde à “quantidade contribuições pagas diretamente a União”. Na realidade, as contribuições que foram, num primeiro momento, pagas pelo titular de cargo efetivo da União a outros regimes quando a eles vinculado, serão repassadas para a União por meio da compensação. Tais contribuições poderão ser consideradas, portanto, “efetuadas para o regime da previdência da União”, mesmo que tenham sido, outrora, pagas a regimes diversos.

2.4. O art. 40, §9º, da Constituição Federal quanto à equiparação do tempo de contribuição federal, estadual e municipal para efeito de aposentadoria

A parte do art. 3º, §3º, que define o fator de conversão faz referência ao regime de previdência da União tratado no art. 40 da Constituição Federal, o qual, no §9º, determina que o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. Por sua vez, §3º do art. 40 estipula que para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. Já que, segundo a CF, para efeito de aposentadoria devem ser considerados tanto o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal quanto as remunerações utilizadas como base para contribuição a todos os regimes de previdência, é claramente inconstitucional interpretação que afasta do cálculo do fator de conversão do benefício especial o tempo de contribuição a entes estaduais e municipais. Acrescente-se que a fórmula do benefício especial busca levar em conta o tempo faltante para a aposentadoria, pois apresenta, como divisor, o total de contribuições que deveriam idealmente ser feitas nos regimes próprios (13 x 35 para homens e 13 x 30 para mulheres). Uma vez que se consideram no divisor todas as contribuições que deveriam ser feitas para os regimes próprios, por que motivo deveriam ser ignoradas no dividendo todas as contribuições efetivamente pagas a eles?

2.5. O art. 40, §10, da CF/88, a proibição de se estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício e o enriquecimento sem causa

Ignorar o tempo de contribuição de entes diversos da União é ofender, às avessas, a proibição de tempo fictício de contribuição consagrada no art. 40, §10, da CF, de acordo com o qual a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. Tal proibição serve não só à proteção da Administração Pública, mas também ao trabalhador em relação a abusos dessa. Desprezar totalmente a quantidade de contribuições estaduais, municipais e distritais, como a interpretação ora atacada pretende, é

afirmar inexistente, ou fictício, tempo de contribuição efetivamente transcorrido. A adoção dessa tese gera o enriquecimento sem causa do ente público, pois reduz ilicitamente o benefício especial, o qual constitui consequência das contribuições efetivamente pagas pelo servidor antes da migração.

Não é demais lembrar que o a Lei 9.796/99, no art. 8º-A e o art. 201, §9° da CF estabelecem, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, a compensação entre os regimes próprios. Assim, havendo mudança de regime próprio, o regime de origem repassará ao regime instituidor a compensação devida. A prevalecer a posição que ignora o tempo de contribuição a estados, municípios e Distrito Federal, acontecerá uma de duas possibilidades: a) a União, apesar de receber a compensação, não a utilizará para pagar o devido, o que lhe enriquecerá ilicitamente; b) Estados e Municípios não repassarão a compensação nem a União a usará, o que gerará o enriquecimento ilícito daqueles.

O formato de cálculo aqui atacado gerará injustiças gritantes. Imaginemos duas pessoas com o mesmo salário de contribuição (consideremos R$ 7.000,00). Pedro foi analista do Tribunal de Justiça de São Paulo por 10 anos e passou para o concurso de procurador da Fazenda Nacional em janeiro de 2013. João foi analista do MPU por iguais 10 anos e foi aprovado no mesmo concurso. Ambos resolveram fazer a migração assim que empossados em janeiro de 2013. O benefício especial de Pedro será zero. O de João, R$ 2.163,97. Esse valor corresponderá à diferença mensal na parte da aposentadoria deles pagas pela administração pública federal. É como se Pedro nunca tivesse contribuído por tempo algum, embora na realidade o tenha feito por 10 anos.

2.6. Da ofensa à isonomia

A tese aqui combatida ainda ofende gravemente o princípio da isonomia. Isso porque o art. 22 da Lei 12.618/12 expressamente permite a contagem do tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal aos que ingressarem em cargo público federal a partir da instituição do regime de previdência complementar, nos termos que se seguem:

> Art. 22. Aplica-se o benefício especial de que tratam os §§ 1o a 8o do art. 3o ao servidor público titular de cargo efetivo da União, inclusive ao membro do Poder

> Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingresse em cargo público efetivo federal a partir da instituição do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, considerando-se, para esse fim, o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, assegurada a compensação financeira de que trata o § 9° do art. 201 da Constituição Federal.

Se aquele que ingressa nos quadros do serviço público federal após a instituição do regime de previdência complementar pode ter considerado no cálculo do benefício especial o tempo de contribuição em outros entes, por que motivo os que estavam no serviço púbico federal antes não poderiam fazê-lo? O fator de diferenciação não tem qualquer relação com tratamento diferenciado, o que evidencia a existência da ofensa à igualdade consagrada no art. 5º, "caput", da CF/88. Que relação tem a data de ingresso no serviço público federal com a possibilidade de se considerar tempo de contribuição para todos os entes da federação? Absolutamente nenhuma.

2.7. Conclusão sobre o cálculo e a resolução conjunta STF/MPU.

Parece claro que a União deve levar em conta o tempo de contribuição estadual, federal, distrital ou municipal no cálculo do fator de conversão previsto no art. 3º, §3º, da Lei 12.816/12. Ao não fazê-lo, prejudica servidores públicos e adota a interpretação que: a) ignora o "caput" e o §1º art. 3º da Lei 12.816/12; b) viola os artigos 40, §9º e 10, e 201, §9º, da Constituição Federal; c) ofende a isonomia consagrada no art. 5º, "caput" da CF/88.

Felizmente, em 20 de junho de 2018, o STF e a Procuradoria-Geral da República adotaram a tese aqui exposta. No art. 2º da Resolução Conjunta 03/2018, a Presidente do STF e a Procuradora-Geral da República definiram que no âmbito do Poder Judiciário da União (que abarca magistratura federal, STJ, STF, Justiça Eleitoral, Justiça de Trabalho), do Ministério Público da União (que inclui o MPF, o MPT, o MPDFT e o MPM) e do CNMP *o cálculo do fator de conversão levará em conta as contribuições mensais efetuadas para todos os regimes de previdência de que trata o caput do art. 40 da Constituição Federal.*

Seguindo a mesma trilha, a Advocacia-Geral da União, em dezembro de 2018, publicou o parecer de número 53/2018/DECOR/CGU/AGU, no qual concluiu que tendo em vista o disposto nos §§ 2° e 3° do art. 30 e art. 22 da Lei n° 12.618, de 2012, deverão ser consideradas no fator de conversão "as contribuições efetuadas pelo membro ou servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios".

2.8. O tempo de serviço militar e a EC 103

Antes das mudanças promovidas pela Reforma da Previdência, não havia dúvidas de que o tempo de serviço militar não deveria ser considerado no cálculo do benefício especial. Isso porque os militares não contribuíam para os regimes próprio da União, Estados e Municípios. Tampouco havia regra que equiparasse o tempo de serviço militar ao tempo de contribuição a esses regimes. Não por outro motivo o Conselho de Justiça Federal, na Resolução 490/18 determinou que "o tempo de serviço militar e as contribuições pagas não serão consideradas na apuração do benefício especial". Outros não foram os caminhos seguidos pelo MPU e o STF, na Resolução conjunta já citada, e a AGU, no parecer 93/2018.

Ocorre que a EC 103/2019 alterou o quadro normativo relativo aos militares. No novo parágrafo § 9º-A no art. 201, assevera-se que o tempo de serviço militar e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social terão contagem recíproca para fins de inativação militar ou aposentadoria, *e a compensação financeira será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes*. Estabelecidas a contagem recíproca e a compensação entre o regime militar e o próprio, não parece haver mais lastro jurídico para excluir-se o tempo de serviço militar do cálculo do benefício especial. Não é novidade que as carreiras militares foram extremamente beneficiadas na reforma da previdência, ao contrário das civis. A repercussão citada no cálculo do benefício especial é mais uma das benesses.

2.9 O reajuste do benefício especial

O art. 3°, §6°, da Lei 12.618/12 estabelece que o benefício especial calculado será atualizado pelo mesmo índice aplicável ao

benefício de aposentadoria ou pensão mantido pelo regime geral de previdência social. Dispõe o art. 41-A da Lei 8.213/01 que o valor dos benefícios ou pensões serão reajustados anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Assim, feita a opção pela migração, o valor do benefício especial calculado naquele momento passará a ser reajustado pelo INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, índice aplicado aos benefícios do regime geral de previdência social que ultrapassam o salário mínimo. Normalmente, o aumento se dá no primeiro mês do ano, por portaria do Ministério da Fazenda

Nos últimos anos, a União tem desrespeitado sistematicamente a previsão constitucional acerca dos reajustes anuais dos servidores públicos. A prevalecer essa postura inconstitucional, é mais vantajoso ter reajuste do benefício especial (e do teto do INSS) pelo INPC do que ter a aposentadoria vinculada aos reajustes dos servidores da ativa. A razão disso é que esses, na última década, têm sido muito menores para algumas categorias, como membros do MP e da Magistratura, que o INPC. Vê-se, assim, que a garantia da paridade, quando os subsídios dos servidores da ativa não são reajustados nos termos da lei, deixa de ser um ponto positivo a ser considerado pelos que não desejam migrar de regime previdenciário.

Um dos riscos que envolve o benefício especial e costuma ser negligenciado é o de alteração na composição no cálculo do índice que o reajustará após a migração. Tal risco existe e pode impactar severamente o valor do benefício especial no momento da aposentadoria. Vale lembrar, porém, que ao BE aplica-se o mesmo reajuste aos benefícios do RGPS, os quais devem ter seu valor real protegido, por determinação constitucional.

2.10 Benefício especial: da natureza e da segurança jurídica

Uma das grandes dúvidas de quem pensou em migrar gira em torno do futuro benefício especial. Poderia ele ser simplesmente revogado após a migração? A forma de cálculo poderia ser alterada para prejudicar quem migrou? O benefício especial seria parte de um regime jurídico que poderia ser, portanto, alterado a qualquer tempo, já que ninguém tem direito a regime jurídico, segundo o STF? Ainda que haja tentativa de alteração de tais vantagens, as chances de defesa judicial

são bastante razoáveis, em vista da proteção constitucional à segurança jurídica consagrada no art. 5°, XXXVI, da CF.

Não será possível afirmar que o direito ao benefício especial é direito a mero regime jurídico para permitir alterações. Estamos a tratar de valor composto por contribuições já feitas e que foi oferecido como contraprestação à mudança de regime. Como a opção pela migração é irretratável, a vantagem ofertada também não pode ser modificada. É essencial proteger a confiança legítima depositada pelo servidor que migrou e a segurança jurídica. Haveria, com o cancelamento do benefício especial reversão de expectativa intolerável. Temos aqui o conceito firmado no art. 6º , § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Com a opção do servidor pela migração, há ato jurídico perfeito de eficácia dúplice: a) a submissão ao teto do RGPS ; b) o direito ao benefício especial, cujo gozo depende da aposentadoria. Modificar o benefício especial, após a manifestação do servidor pela migração – a qual é irrevogável e irretratável, segundo o art. 3º da Lei 12618/12 – é ignorar a proteção conferida ao ato jurídico perfeito pelo art. 5º, XXXVI da CF e chancelar desrespeito à boa-fé objetiva. Afinal, permitir-se-ia ao Estado tirar proveito da migração – já que seus custos serão reduzidos – e não dar cumprimento à oferta que motivou o servidor a migrar.

Acrescente-se ainda, que a norma que prevê o benefício especial é temporária e por isso não poderá ser revogada por outra que lhe for posterior, nos termos do art. 2º da LINDB.

Ainda quanto à imutabilidade do benefício especial, recordemos que a discussão jurídica é sempre limitada pelo texto jurídico. Não se define primeiro a natureza do instituto para depois saber qual regra jurídica se aplicará ao benefício. O caminho a ser feito é o inverso. De início, verifica-se como o ordenamento trata o benefício especial. Posteriormente, define-se a classificação, ou a natureza jurídica, que receberá. Consideremos, para defini-la, a coerência do sistema jurídico, ou a característica que o sistema ostenta de ter elementos que guardem entre si relação de coerência, ou de não contradição. Ver-se-á que tendo o ordenamento como norte, é difícil qualificar o benefício especial como parte de regime jurídico previdenciário e portanto sujeito à alteração após a migração.

O direito ao benefício especial nasce da manifestação expressa e irrevogável de vontade do servidor público de eficácia

dúplice: a) uma imediata, consistente na migração de regime e consequente submissão ao teto do RGPS e diminuição da base de cálculo de contribuição previdenciária; b) outra protraída, que corresponde ao recebimento do benefício especial caso o servidor se aposente pelo regime de previdência da União. Feita a opção, calcula-se o benefício especial, como determina o art. 3º da Lei 12618/12. Desse momento em diante, o benefício especial passa a ser reajustado pelo INPC. O art. 3º , §8º, da Lei 12618/12, que define o benefício especial, assevera que "o exercício da opção a que se refere o inciso II do caput é irrevogável e irretratável, não sendo devida pela União e suas autarquias e fundações públicas qualquer contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima do limite previsto no caput deste artigo". Ora se nada será pago como contrapartida relativa ao valor dos descontos sobre base superior ao teto do RGPS, evidente que o benefício especial não se origina desses descontos. E se não nasce de contribuições previdenciárias, obviamente não há de ser considerado benefício previdenciário. Dois pontos reforçam a tese: a) o servidor perderá o direito ao benefício especial caso deixe o regime da União; b) os benefícios do regime próprio de previdência social são, conforme o art. 5º da Lei 9.717/98, os mesmos do RGPS. Nesse, não há nada semelhante ao benefício especial.

Ainda no que toca à manifestação de vontade, o art. 2º, parágrafo único da Lei 8.666/91, aplicável analogicamente à hipótese, determina que se considera contrato todo e qualquer ajuste entre administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. No caso em pauta, há contrato de adesão e uma relação sinalagmática – geradora de obrigações recíprocas para quem dela participar - entre servidor e a União. De um lado, o servidor terá como vantagem o recebimento do benefício especial e a redução da contribuição. A União, de seu turno, terá como vantagem o fato de no futuro pagar uma aposentadoria menor e de não precisar pagar o dobro da contribuição incidente sobre todo o subsídio do servidor que como lhe exigidos o art. 8º da Lei 10887/04. Em vez disso, pagará somente sobre o teto do RGPS.

Ademais, a União alega publicamente não ter lastro financeiro para pagar esses 22%, o que a obrigaria a, para honrá-los, emitir títulos da dívida pública federal, remunerados de uma de três maneiras: a) por Selic; b) por um combinação de IPCA e taxa pré-

contratada; c) por uma taxa pré-fixada. O benefício especial é reajustado pelo INPC e só será pago se o servidor se aposentar pelo regime da União. Logo, a União troca uma dívida presente, certa e reajustada por Selic - os 22% que deveria pagar, ainda que não o faça ordinariamente - por outra futura, incerta e reajustada pelo INPC(o benefício especial), índice muito menor que os usados para remunerar os que emprestam dinheiro à União. A incerteza do débito nasce das possibilidades do servidor não se aposentar na União, exonerar-se, ou falecer sem deixar herdeiros necessários. Em qualquer dessas circunstâncias, não será necessário à União pagar o benefício especial.

Importante lembrar que o STF, na Súmula Vinculante 1, decidiu que "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001". Nesse acordo, o trabalhador aceitava determinada complementação de correção monetária nas contas vinculadas do FGTS. Alguns, porém, tentaram ainda discuti-la em juízo. Para o STF, o acordo, concretizado por meio de adesão, impedia a discussão em virtude da proteção conferida pelo ato jurídico perfeito. Ora, se à adesão ao acordo do FGTS reconheceu-se a eficácia própria do ato jurídico perfeito, a mesma postura se espera do STF em relação à adesão à migração com recebimento de benefício especial. A imutabilidade do benefício especial parece afastar-lhe ainda mais da natureza de mero elemento de regime jurídico previdenciário.

Os que defendem tese oposta poderiam dizer que o benefício especial é previdenciário porque só é usufruído na aposentadoria e é calculado segundo o tempo de contribuição. Quanto ao primeiro ponto, basta dizer que embora o gozo se dê na aposentadoria, a aquisição do direito ocorre na migração. Já quanto ao segundo, os critérios de cálculo pouco importam na definição das normas a serem aplicadas. Veja-se que o legislador poderia perfeitamente ter usado critérios sem nenhuma relação com o tempo usado para aposentadoria. Fosse alterado o tempo de aposentadoria via emenda constitucional, a forma de cálculo do benefício especial não sofreria alterações, salvo se modificada também a lei que a prevê.

Vê-se, pois, que as marcantes diferenças entre o benefício especial e os previdenciários não permitem inclui-lo no rol desses. Se isso for feito, é necessário destacar a imutabilidade dada pela

proteção ao ato jurídico perfeito. Haveria características previdenciárias, nascidas da forma de cálculo, mas não a propensão à mudança a que sujeito os elementos do regime jurídico previdenciário.

Existem outras proteções à segurança jurídica quanto ao benefício especial. A norma que o previu tem vigência temporária, uma vez que a Lei 12.618/12 fixou um prazo para os que poderiam migrar e ter direito a ele. Sendo a vigência temporária, não poderá ser revogada por lei posterior, já que o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". A mesma LINDB, no art. 24 incluído pela Lei 13655/2018, impede que haja revisão nas esferas administrativas, controladora ou judicial quanto a à validade de ato, contrato ou ajuste produzido de acordo com orientações gerais da época, vedando-se que com base em mudança posterior se declarem inválidas situações plenamente constituídas. De acordo com o parágrafo único do art. 24, consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral. Nessa categoria enquadra-se o Parecer da Advocacia-Geral da União 93/2018/DECOR/CGU/AGU[11], o qual, citando artigo escrito pelo autor desse artigo, repete as conclusões já aqui expostas. Ei-las: a) o benefício especial tem natureza compensatória e não previdenciária; b) no seu cálculo devem ser consideradas contribuições para União, Estados e Municípios; c) é regido pelas regras vigentes no momento da opção de migração; d) o décimo terceiro salário tem que ser incluído no cálculo. A existência do parecer 93/2018, somada ao art. 24 da LINDB, oferece, portanto, mais uma proteção contra tentativas de mudanças do benefício especial.

Ante a proteção à segurança jurídica acima descrita, se for reaberto o prazo de migração adotando-se novos critérios de cálculo do benefício especial, nada mudará em relação aos que já migraram. Para esses também são irrelevantes as alterações nas idades de aposentadoria e tempo de contribuição, como as feitas pela EC 103.

---

[11] BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer 93/2018/DECOR/CGU/AGU**. Trata da natureza jurídica do benefício especial e das regras de cálculo. Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Parecer-Jur%C3%ADdico-AGU-Benef%C3%ADcio-Especial.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.

2.11. Do benefício especial e a tributação: a não-incidência de contribuição previdenciária e de imposto de renda.

O benefício especial constitui indenização. Isso porque serve a reparar perda do valor de aposentadoria nascida da migração de regime, como já explicado. Cuida-se, em verdade, de restituição parcial do que foi pago pelo servidor a título de contribuição, mas ainda assim restituição, e reparação por ter sua aposentadoria diminuída. A restituição sempre é parcial porque a própria Lei 12.618 excluiu a possibilidade de se devolver aquilo que se pagou a título de contribuição sobre base superior ao teto do RGPS.

Em julgado recente do STF sobre incidência do imposto de renda quanto a indenizações[12] decidiu-se que:

> A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, correspondendo ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda.

A mesma tese foi repetida na ADI 5422, em que se afastou a cobrança de imposto de renda sobre a pensão alimentícia. [13]

Nos termos do art. 153, III, da Constituição compete à União instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR). A doutrina especializada e a jurisprudência do STF, no que toca à interpretação do dispositivo, têm firme orientação de que a materialidade do tributo está relacionada à existência de acréscimo patrimonial. O CTN, ao descrever a hipótese de incidência do imposto de renda, assevera que ela corresponde à aquisição da

---

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.091/RS**. Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755526345 Acesso em: 20 ago. 2021.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5422**.Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em : https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325

disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O benefício especial não se enquadra em nenhum dos casos, afinal, é pago justamente como reparação aos que terão piora nos valores que seriam pagos a título de aposentadorias e de pensão à seus dependentes.

Destaque-se, por fim, que a existência de contrato do qual se originou o benefício especial não basta a mudar sua natureza de indenização que busca recompor, ainda que parcialmente, o patrimônio lesado. Pensemos num acidente de carro em que as partes convencionam que o causador do dano pagará determinado montante, inferior ao valor da lesão. Isso bastaria a transmudar a natureza da verba a ser recebida? Evidente que não. Ela continua tendo como objetivo a recomposição patrimonial, exatamente como o benefício especial .

Note-se que alguns estados da federação aprovaram leis afirmando expressamente que o benefício especial tem caráter indenizatório, como o Paraná (Lei 20777/21, art. 18) e Rondônia (Lei 5348/22, arts. 1º e 2º). Contraditoriamente, a Lei 12618/2012 determina no art. 3º, parágrafo sexto, que o BE está sujeito à incidência de imposto de renda, o que ofende tanto a Constituição Federal quanto o Código Tributário Nacional.

3. DO MANDADO DE SEGURANÇA 31.299.

No MS 31.299[14], impetrado por associações de magistrados, o STF assegurou o acréscimo de 17% ao tempo de serviço prestado até a vigência da EC 20/98, nos termos de seu art. 8º, §3º, aos magistrados homens, ainda que não tivessem completado os requisitos para se aposentar até a EC 41/03, que trouxe nova reforma da previdência. A EC 20/98, lembremos, ampliou em 5 anos o tempo

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 31299.** Os magistrados que não completaram os requisitos de aposentadoria na vigência da EC 20/98 também possuem direito ao acréscimo de 17% no tempo de contribuição previsto no§ 3º do art. 8º. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2031299%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 ago. 2021

de contribuição para a aposentadoria. A regra de transição do art. 8º, §3º, conferia, então, o citado aumento em 17%, considerando que o tempo anterior de serviço exigido era 30 anos, para compensar tal ampliação. Tal compensação foi mantida expressamente pela EC 41/03 e EC 47/05, nos artigos 2º e 3º, respectivamente. Abaixo, trecho da ementa revelador da posição do tribunal:

> 1. A *ratio* do art. 8º, § 3º, da EC 20/98 estabeleceu regra de transição compensatória para todos os Magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, do sexo masculino, que ainda não haviam preenchidos os requisitos para a aposentadoria na data de sua vigência.
> 2. A partir da leitura da norma constitucional, é possível inferir a mensagem do constituinte no sentido de que, ao sujeitarem tais servidores a novo regime jurídico previdenciário, com significativo acréscimo de 5 anos de contribuição para a aposentadoria, contemplou-os com o direito adquirido ao acréscimo de tempo de serviço em determinado percentual, como forma de compensação pela maior onerosidade para preenchimento do requisito do tempo de contribuição.
> 3. O § 3º do art. 8º da EC 20/1998 tem por fim equalizar uma situação jurídica "passada" criada pela própria EC 20 e, por isto, produziu seus efeitos de acréscimo na contagem do tempo passado de forma concreta, não se exigindo, para a contagem do tempo, a integração de qualquer outro elemento ou fato jurídico, o que se traduz em aquisição do próprio direito à contagem diferenciada.
> 4. A eficácia do § 3º do art. 8º da EC 20 foi mantida expressamente pelo art. 2º, §§ 2º e 3º da EC 41/2003 e pelo art. 3º da EC 47/2005, que ressalvam expressamente o efeito jurídico do tempo de serviço do magistrado antes da EC 20/90 e fazendo remição à contagem especial do tempo de serviço antes da EC 20/98.

A pergunta, quanto ao benefício especial, é a seguinte: o acréscimo de 17% reflete-se no fator de conversão utilizado para calculá-lo, cujo numerador equivale à quantidade de contribuições?

Voltemos à regra que descreve o cálculo do fator de conversão. O art. 3º, §3º, prevê que o “TC”, dividendo da operação para chegar ao fator de conversão, é igual a “quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro(...) do Ministério Público da União até a data da opção”. A

expressão “efetivamente pagas” afasta do cálculo do fator de conversão o aumento de 17% decidido pelo STF? Não, não afasta. O termo “efetivamente pagas” há de ser lido diante do ordenamento de que faz parte.

Ensina Neil MacCormick, em *Rethoric and the Rule of Law*, que consistência e coerência são virtudes sistêmicas do Direito [15]. Consistência corresponde à relação de não contradição entre a proposição e o sistema jurídico. Já coerência é a propriedade de fazer sentido ante o ordenamento considerado em sua completude [16]. Consistência, portanto, é ausência de contradição; coerência, adequação. Para MacCormick, o intérprete, ao assumir qualquer posição jurídica, deve-se mostrar que ela é fundamentada em princípios legais estabelecidos ou analogias razoáveis com regra de direito[17]. Seguindo a mesma trilha, Robert Alexy, ao discurso jurídico como espécie do discurso prático geral afirma que ambos focam no que é “obrigatório, proibido, ou permitido” [18] sob o prisma da pretensão da correção[19]. Para ele a correção no discurso jurídico deve ter como base a ordem legal vigente. Ao discurso jurídico importa não só o que é correto fazer, mas o que é correto fazer consideradas as balizadas dadas pelo sistema jurídico. Dito isso, examinemos a questão posta.

Como o termo “efetivamente pagas” deve ser lido diante do ordenamento, em respeito à coerência? Se não há regra que o defina especificamente, há um parâmetro normativo que pode esclarecer seu alcance. O art. 40, § 10, da Constituição Federal, inserido pela EC 20/98, estabelece que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”. O “efetivamente pago deve ser visto sob as luzes desse artigo. Na mesma emenda em que se proibiu a contagem do tempo fictício, a EC 20/98, determinou-se o aumento de 17%. A maneira de conciliar essa contradição é evidente: esse não corresponde àquele. Reforça a tese o fato de que

---

[15] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York:
Oxford University Press Inc, 2005, p. 104.

[16] *Ibidem*, p. 205.

[17] *Ibidem*, p. 104.

[18] ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. Ratio Juris, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, 28 dez. 1999, p. 375.

[19] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205.

q EC 41/03, norma posterior em relação a EC 20/98, também prevê o acréscimo de 17%.

Se o acréscimo de 17% não equivale a tempo fictício, há de ser considerado no cálculo do benefício especial especialmente se considerarmos que o STF, no MS 31.299, asseverou que o § 3º do art. 8º da EC 20/1998 busca "equalizar uma situação jurídica 'passada' criada pela própria EC 20 e, por isto, produziu seus efeitos de acréscimo na contagem do tempo passado de forma concreta"[20]. Parece claro que a equalização mencionada no acórdão somente existirá se os 17% tiverem as mesmas consequências que qualquer outro tempo de contribuição, dentre as quais se inclui a repercussão positiva no cálculo do fator de conversão do benefício especial.

4. CONCLUSÃO

O benefício especial é instituto não previdenciário, nascido para indenizar o servidor por conta da perda nascida da migração, a partir de manifestação de vontade dele que o faz aderir à proposta feita pela União. Sobre o benefício especial, consequência do contrato administrativo de adesão firmado, não incide contribuição social ou imposto de renda. No cálculo do benefício especial deve ser considerado todo o tempo de contribuição que não seja considerado fictício pelo ordenamento. Por isso, a definição do benefício especial também deve levar em conta o acréscimo de 17% posto na EC 20/98 que, conforme decidido pelo STF no MS 31.299 beneficia os magistrados que não haviam completado os requisitos de aposentadoria antes da promulgação dela.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 31.299.** Os magistrados que não completaram os requisitos de aposentadoria na vigência da EC 20/98 também possuem direito ao acréscimo de 17% no tempo de contribuição previsto no§ 3º do art. 8º. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2031299%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 ago. 2021.

ERRO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: o reflexo da dicotomia entre a vontade genuína e a declaração de vontade

Tatiane Cristine Costa Guedes
Silvio Romero Beltrão

ERRO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: O REFLEXO DA DICOTOMIA ENTRE A VONTADE GENUÍNA E A DECLARAÇÃO DE VONTADE

ERRORS IN LEGAL TRANSACTIONS: THE REFLECTION OF THE DICHOTOMY BETWEEN GENUINE WILL AND DECLARATION OF INTENT

Tatiane Cristine Costa Guedes
Servidora Pública, pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Professora do Projeto Transforma da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape/TJPE)

Silvio Romero Beltrão
Juiz de Direito, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pós-Doutor em Direito pela FDUL, Professor Associado da UFPE.

Resumo

A análise jurídica sobre o erro nos negócios jurídicos revela uma tensão fundamental entre a autonomia da vontade e a segurança jurídica. Esse embate centraliza discussões que moldam interpretações e teorias a respeito da essência e da aplicação desse conceito. O objetivo deste estudo é examinar detalhadamente essa tensão, destacando a vontade como elemento estruturante dos negócios jurídicos e sua relação com a declaração de vontade. Aborda-se a complexidade que emerge da distinção entre vontade psicológica e declaração de vontade, evidenciando que o descompasso entre esses elementos pode gerar equívocos nas relações comerciais. Tal abordagem é essencial para uma compreensão aprofundada do erro nos negócios jurídicos, tendo em vista os requisitos para sua validade e os efeitos legais decorrentes. Este estudo inclui a análise do papel do erro na invalidação do negócio jurídico, da necessidade de diligência das partes na prevenção de erros e de seu impacto nos elementos fundamentais das relações jurídicas.

Palavras-chave: Autonomia da vontade; Segurança jurídica; Erro nos negócios.

Abstract

Throughout the development of the legal study regarding error in business transactions, a crucial tension arises between the autonomy of will and legal certainty. This dynamic has been the epicenter of debates, influencing interpretations and perspectives on the essence and application of this concept. The purpose of this work is to highlight this tension through a detailed analysis of will as a structuring element of legal transactions. It explores the complexity of psychological will and the declaration of will, emphasizing that when these elements antagonize, mistakes arise in commercial relationships. This approach is crucial to understand error in light of the essential requirements of legal transactions and to assess its implications in the legal context. This includes analyzing the relevance of error in the invalidation of legal transactions, the diligence of the parties to prevent error, and its impact on the fundamental elements of the legal relationship.

Keywords: Autonomy of will; Legal certainty; Error in business

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos teóricos do erro nos negócios jurídicos. 3. Evolução das teorias do erro. 4. Definição e configuração do erro na legislação nacional. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os atos jurídicos são a expressão da vontade humana no âmbito do direito, dotados do poder de instituir, modificar ou extinguir relações jurídicas. A validade desses atos está intrinsecamente ligada à integridade da vontade que os motiva. É imprescindível que essa vontade seja livre, consciente e não esteja viciada por defeitos que possam comprometer sua essência. Quando essa integridade é comprometida, a validade do ato é posta em questão e pode ser considerada inválida. Nesse sentido Silvio Rodrigues[1] ensina que:

[1] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.10.

> "Se o ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, para que ele se aperfeiçoe faz-se mister que essa vontade, efetivamente, se externe livre e consciente. Se tal incorre, falta o elemento primordial do ato jurídico, que, por isso mesmo, logicamente, não pode prevalecer. Se a vontade traz em seu bojo um defeito que a vicia, o ato por ela aparentemente gerado é suscetível de ser desfeito".

Assim, entender a estreita relação entre os defeitos nos atos jurídicos e as nulidades é fundamental para a compreensão do funcionamento do sistema legal. Se a vontade subjacente a um ato jurídico está afetada por algum defeito que a corrompa, a lei concede ao indivíduo prejudicado pelo vício o direito de buscar a anulação desse ato. Isso se justifica pela ausência do elemento crucial para a validade: a vontade íntegra, livre de vícios e direcionada a uma função social. Nesse sentido Emílio Betti ensina que:

> "Se os particulares, nas relações entre si, são donos de buscar, por meio de sua autonomia, os fins práticos que melhor correspondem aos seus interesses, a ordem jurídica, no entanto, é árbitro para ponderar tais fins de acordo com seus tipos, considerando a importância social, conforme sua concepção, em consonância com a adequação de sua função reguladora. É óbvio, de fato, que o Direito não pode apoiar a autonomia privada para a realização de qualquer fim que esta se proponha. Antes de conferir ao negócio sua própria sanção, a ordem jurídica avalia a função prática que caracteriza seu tipo e o trata de acordo. As possibilidades são três: a) não julgar sua função digna ou necessitada de proteção, ignorando o negócio e deixando-o a si mesmo como indiferente, desprovido de sanção jurídica; b) considerar, por outro lado, sua função como socialmente relevante e merecedora de proteção, e então reconhecer o negócio e protegê-lo; c) ou, por fim, considerar a função reprovável e, portanto, combater o negócio, tornando assim, juridicamente transcendente o comportamento do indivíduo, mas no sentido de provocar efeitos contrários ao fim prático normalmente buscado".[2]

Essa conexão evidencia de que maneira um defeito na manifestação da vontade pode conduzir à anulabilidade ou nulidade do ato jurídico. Por exemplo, caso haja algum vício que comprometa

[2] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução especial de A. Martín Pérez. Madri: [s.n.], 1959. p. 50-51.

o consentimento, como o erro, a legislação pode considerar o ato como anulável, permitindo ao afetado pelo vício pleitear a invalidação desse ato.

A diferenciação entre anulabilidade e nulidade, embora fundamentada em questões práticas e de conveniência do sistema jurídico, levanta discussões pertinentes. Em situações extremas, em que a vontade está completamente ausente ou corrompida, a nulidade pura e simples poderia ser mais coerente do ponto de vista lógico. Entretanto, o legislador muitas vezes opta por classificar esses atos como anuláveis, deixando margem para a possível validação do ato em circunstâncias específicas.[3]

O impasse central entre preservar a vontade individual e assegurar a estabilidade das relações jurídicas é evidenciado pela anulabilidade em casos de erro no consentimento. Essa anulabilidade, derivada do princípio de que um ato jurídico tem sua base na vontade, ressalta a importância de que ele esteja em conformidade com as normas sociais, conferindo-lhe validade. No entanto, se a manifestação da vontade estiver defeituosa, carecendo de elementos essenciais, como a clara manifestação da vontade, é justificável negar-lhe essa validade. Porém, essa proteção ao emissor da vontade confronta-se com o interesse na segurança das relações comerciais. Se alguém, ao expressar sua vontade, cria expectativas no meio social e vincula terceiros a essa declaração, eximir-se das obrigações por meio da alegação de erro pode ser considerado injusto para aqueles que confiaram nessa manifestação.[4]

Esse dilema gera um impasse: por um lado, está o interesse do emissor da vontade; por outro, o daqueles que receberam essa manifestação e nela depositaram confiança. Nesse sentido, Silvio Rodrigues expõe que:

> "Se alguém, externando uma vontade, cria uma expectativa no meio social, vincula terceiras pessoas a essa declaração, que elas, razoavelmente, imaginaram válida, é perigoso e possivelmente injusto que o declarante se exima das obrigações decorrentes de sua declaração, com o alegar que errou. Com efeito, se alguém propõe adquirir determinada mercadoria de outrem, e tal proposta conduz este último a obtê-la no

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 530.
[4] RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.11

> mercado para efetuar a entrega, parece irrazoável permitir-se, ao policitante, a fuga ao compromisso, através da alegação e prova de que incidiu em erro substancial".[5]

Ao indagar de modo retórico qual desses interesses o sistema jurídico irá privilegiar, o próprio jurista responde que:

> "Logicamente, e como corolário do princípio fundamental deque a vontade é o substrato do ato jurídico, a proteção deveria preferir a vítima do erro. Pois se o ato jurídico é ato volitivo, e se a vontade manifestada inexistiu realmente (erro-obstáculo), ou externou-se defeituosa, é lógico que, faltante ao ato um de seus elementos constitutivos, ele não pode subsistir.
> De outro lado, se o ordenamento jurídico fosse seguir sistematicamente essa orientação, criaria uma grande insegurança no meio dos negócios, pois sobre todo ato jurídico pesaria sempre a ameaça de eventual desfazimento, dada a sempre possível alegação e prova de erro substancial por parte do emitente da declaração. Essas duas posições antagónicas foram gerar, como já disse, duas teorias diversas e extremadas, visantes a resolver o problema da divergência entre a vontade e a declaração. E, do conflito entre os postulados destas primeiras, surgiram outras, atenuadas e de meio termo; entre estas estudaremos a teoria da responsabilidade e a da confiança".[6]

A complexidade dessa relação entre primazia da vontade, proteção aos interesses sociais, segurança jurídica, defeitos nos atos jurídicos e as nulidades não apenas refletem nuances teóricas do direito, mas também revela as adaptações necessárias para conciliar teoria e prática no sistema jurídico, visando à aplicação justa e eficaz das leis em contextos reais e variados.

Nesse contexto, tensão subjacente entre os princípios da autonomia e da confiança se torna clara ao considerar os vícios do consentimento, especialmente no contexto do erro. O princípio da autonomia, que aponta para a invalidação de negócios jurídicos afetados por erro, entra em conflito direto com o princípio da confiança, que sugere a manutenção desses mesmos negócios. Menezes Cordeiro destaca esse embate ao mencionar a necessidade

---

[5] RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.30.
[6] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 30-31.

de corrigir a declaração quando um erro é identificado, conforme a autonomia privada, contrastando com a obrigação de manter o que foi dito, baseada na confiança estabelecida no destinatário dessa declaração.[7]

De Page[8] também adere a essa perspectiva, evidenciando que o problema do erro emerge da contraposição entre dois princípios basilares. Um deles é individualista, priorizando o respeito à verdadeira vontade do agente, enquanto o outro é de cunho social, enfatizando a necessidade de estabilidade e segurança nos negócios jurídicos.

A compreensão aprofundada do instituto do erro só se torna possível ao considerar esse confronto entre esses princípios fundamentais. Essa tensão inerente à preservação da autonomia das partes e à confiança depositada no negócio é central para entender como o erro é tratado no contexto jurídico, influenciando diretamente na avaliação sobre a validade ou invalidade dos negócios jurídicos afetados por esse vício do consentimento.

Diante desse tema tão complexo, este artigo se dedica a investigar dois aspectos nos quais a relação entre autonomia e confiança se torna especialmente complexa. Primeiramente, explora-se o embasamento teórico do erro nos negócios jurídicos. Em seguida, são examinados os critérios estabelecidos para a caracterização do erro de acordo com o Código Civil de 2002.

Nesse contexto, é importante entender que o embate entre a teoria da vontade e a da declaração permanece um ponto crucial e amplamente debatido no contexto jurídico contemporâneo, especialmente diante da revolução tecnológica que transformou significativamente a forma como a manifestação da vontade é operacionalizada. Contudo, mesmo com essas mudanças tecnológicas, a essência desse conflito persiste na potencial disparidade entre a expressão externa de uma vontade e sua verdadeira intenção subjacente, o que pode gerar vícios e provocar a anulação do negócio jurídico.[9] [10]

Esse dilema tem suscitado diversas teorias ao longo dos anos, que perpassa por uma calibração dos institutos, principalmente em

---

[7] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. 2. p. 835.
[8] DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire*, I, nº 38.
[9] CUPANI, Alberto. *Filosofia da tecnologia: Um convite*. Florianópolis: UFSC, 2016. p. 121-144.
[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 369.

discussões que envolvem o erro no contexto jurídico, a exemplo da teoria da vontade, teoria da declaração, teoria da responsabilidade e a teoria da confiança.[11]

Assim, para um aprofundamento substancial sobre o tema, torna-se imperativo um estudo detalhado dessas várias teorias que orbitam em torno da declaração e da vontade. Essa análise proporcionará uma compreensão mais abrangente e informada desse debate em constante evolução.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ERRO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos constituem a base fundamental das interações em uma sociedade regida pelo direito. No entanto, como em qualquer empreendimento humano, nem todos esses negócios seguem um curso livre de imperfeições. Anomalias, como irregularidades e vícios do consentimento, podem surgir, suscitando questionamentos acerca da validade e eficácia nessas relações.[12]

Nesse contexto, a base essencial para a configuração de um negócio jurídico é a declaração da vontade do agente envolvido. Logo, esse elemento, quando em conformidade com as normas legais, é capaz de gerar efeitos jurídicos. Contudo, vale ressaltar que a vontade em questão não é meramente uma manifestação superficial, mas sim a expressão autêntica do querer do agente, alinhada ao ordenamento legal vigente. Portanto, o exame dos negócios jurídicos inicia-se pela averiguação da declaração de vontade do agente. A existência dessa declaração é imprescindível para a constituição do negócio. Entretanto, a validade dessa manifestação está sujeita à sua conformidade com a vontade real do

---

[11] LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade: em comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p 22-25.

[12] Na análise das anomalias nos negócios jurídicos, Betti propõe uma abordagem inovadora ao simplificar os requisitos legais necessários à sua conformidade. Ele destaca três pressupostos essenciais para a autonomia privada: a capacidade das partes, a legitimidade dos interesses envolvidos e a conformidade do objeto do negócio. As deficiências objetivas são classificadas quanto à forma e ao conteúdo, enquanto as deficiências relacionadas à causa incluem ilicitude e falta de justificação legal. No que se refere aos vícios subjetivos, Betti sublinha a importância de um alinhamento preciso entre os elementos constitutivos do negócio e seus correspondentes subjetivos, tais como vontade, consciência e determinação causal. Ele identifica três categorias de vícios subjetivos: ausência de vontade adequada, falha na compreensão objetiva e vício na determinação causal. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. esp. de A. Martín Pérez, Madri, 1959, p.166.

agente e às exigências legais. Distúrbios nessa manifestação, seja por fatores endógenos (vícios de consentimento) ou por desalinhamento com as normas legais (vícios sociais), podem comprometer a validade e a eficácia do negócio jurídico.[13]

Nesse sentido, os defeitos do negócio jurídico constituem um aspecto vital na análise das relações contratuais e da validade dos atos no campo jurídico. Caio Mário, remetendo a classificação de Clóvis Bevilaqua, destaca duas categorias principais de defeitos que podem comprometer um ato negocial: aqueles que afetam a manifestação da vontade e os que evidenciam a desconformidade do resultado com o que é exigido pela lei. Os primeiros, chamados de vícios de consentimento, interferem diretamente na vontade declarada das partes, distorcendo o que seria a real intenção se não fossem as circunstâncias externas que influenciaram a manifestação dessa vontade. Dentre esses vícios, Caio Mário menciona o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, todos capazes de comprometer a harmonia entre o querer interno das partes e sua manifestação externa. Já os segundos, denominados por Caio Mário como vícios sociais, não perturbam a relação entre a vontade interna e sua manifestação externa, mas direcionam a vontade do agente em oposição ao que é requerido pela lei. A simulação e a fraude contra credores são exemplos claros desses vícios, representando uma insubordinação da vontade às exigências legais em relação ao resultado pretendido.[14]

Dentro do escopo dos vícios do consentimento, este artigo, conforme dito anteriormente, se propõe a analisar a questão

---

[13] No exame do negócio jurídico, Caio Mario ensina que o primeiro passo é averiguar se houve manifestação de vontade. Em seguida, é crucial investigar se essa manifestação foi correta. Se a emissão de vontade ocorreu, o agente deu origem ao negócio jurídico. Contudo, os efeitos jurídicos resultantes ainda dependem das circunstâncias envolventes. Pode haver uma declaração de vontade, porém em circunstâncias que não refletem a real intenção do agente ou que buscam um resultado em discordância com as prescrições legais. Nestes casos, não se nega a existência do negócio jurídico, pois a vontade foi expressa e o negócio se concretizou. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 29ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.407.

[14] Caio Mario ensina que, embora em doutrina distingam-se os vícios do consentimento dos vícios sociais, o Código os compreendeu a todos na mesma abrangência, e subdividiu o capítulo nas várias seções, englobando o erro e a ignorância; o dolo; a coação; o estado de perigo; a lesão; e a fraude contra credores (art. 171, II). Deixou de considerar a simulação como defeito que conduza à anulabilidade do negócio jurídico (como fazia o Código anterior), erigindo-a em fundamento de sua nulidade (art. 167), embora incida em deformação conceitual, ao admitir a subsistência daquilo que foi dissimulado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 29ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 432.

intrínseca do erro nos negócios jurídicos e suas consequências. Esse vício adquire relevância considerável devido à importância atribuída à correspondência entre a vontade e a declaração no contexto de um sistema jurídico alicerçado na autonomia da vontade.

Portanto, no contexto jurídico, o erro se materializa quando um indivíduo, devido a desconhecimento ou falso entendimento das circunstâncias, age de forma incompatível com sua verdadeira intenção, caso tivesse pleno conhecimento da situação real. Nesse cenário, a base do negócio jurídico é afetada por um estado psíquico derivado de uma percepção distorcida dos fatos, resultando em uma manifestação de vontade não alinhada com o que seria pretendido em condições ideais.[15] [16]

É indiscutível que a validade dos negócios jurídicos está intrinsecamente ligada à vontade das partes envolvidas. Ocorre que esse aspecto essencial suscita um debate contínuo sobre qual elemento deve prevalecer: a vontade real das partes ou a sua manifestação formal. Essa questão é amplamente discutida e historicamente desafiadora e mutável. Um exemplo notável disso é o direito romano, que inicialmente dava primazia à exteriorização dos atos, mas posteriormente passou a condicionar a validade dos negócios à autenticidade da vontade do agente. Essa evolução reflete a complexidade dessas relações legais e como elas se alinham aos contextos sociais, políticos e econômicos, evidenciando a influência desses elementos na interpretação e validação dos negócios jurídicos, demonstrando que a prevalência entre a vontade real e a manifestação depende do enredo social.[17]

---

[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 29ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[16] SALEILLES, Raymond. *De la declaration de volonté: contribution a l'etude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, art. 116 a 144 /. Imprenta: Paris, F. Pichon, Successeur, éditeur, 1901. p. 12.

[17] Caio Mário ensina que: "*Com efeito, é uma questão que atrai a atenção do jurista esta que se refere à valoração do elemento volitivo no negócio jurídico, e que se formula na indagação se deve prevalecer a teoria da vontade ou a da declaração, questão tanto mais séria quanto diversas têm sido as respostas que no correr do tempo tem recebido (cf. n° 83, supra). O direito romano primitivo, impressionado com a materialização externa dos atos, e dominado pelo formalismo verdadeiramente sacramental ou ritual, atentou para a declaração, e cogitou da eficácia e produção de efeitos dos atos em razão da verificação objetiva da declaração. Valia, como fenômeno causador do ato, a exteriorização material da vontade e não propriamente a vontade interna do agente. Mas o mesmo direito romano, no período clássico, já quase se desvencilhou do fetichismo da forma e condicionou a validade e a produção de efeitos dos negócios jurídicos à verdadeira vontade do agente.[6] O direito brasileiro afirma a predominância da vontade sobre a declaração (Código Civil, art. 112), sem, contudo, deixar de admitir os casos em que prevalece a declaração sobre a vontade real (negócios*

Ao se fazer um recorte histórico, percebe-se que, durante o período do modelo liberal de contrato, profundamente enraizado na premissa da autonomia da vontade, em decorrência de um individualismo extremo, observa-se uma preocupação intrínseca com a integridade da declaração de vontade. Sob a égide dessa teoria, o contrato era concebido como resultado da livre vontade das partes envolvidas. Dessa forma, a expressão dessa vontade deveria espelhar de maneira inequívoca a genuína intenção dos contratantes.[18]

Nesse contexto, qualquer presença de vícios, como erro, coação ou fraude, era considerada prejudicial à essência do contrato, o qual se fundamentava na liberdade e na plena consciência dos envolvidos. Essa preocupação fundamentada refletiu-se na marcante presença dos defeitos do negócio jurídico nas codificações do século XIX. Tais defeitos foram minuciosamente abordados nas legislações da época, visando à salvaguarda da autonomia da vontade e ao estabelecimento de equidade nas relações contratuais.[19]

A frequente referência a esses vícios nas legislações do período ilustra a considerável importância conferida à correspondência entre a genuína vontade das partes e a formalização da declaração, princípio central nos sistemas jurídicos influenciados pelas doutrinas liberais do século XIX.[20]

Nesse sentido, a autonomia da vontade, princípio intrínseco ao modelo contratual liberal, defende a liberdade individual de expressar desejos em um contrato. Logo, diante de um erro substancial que distorce a compreensão do acordo, a autonomia da vontade indica a invalidade desse contrato, protegendo os contratantes de acordos baseados em informações equivocadas, evitando obrigações que não correspondem à verdadeira vontade das partes.[21]

---

abstratos), regulando-se a produção das consequências jurídicas do negócio sem se permitir a indagação da realidade psíquica". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 29ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 433.

[18]Durante o domínio das ideias liberais e individualistas do século XIX, era compreensível que se acreditasse na imutabilidade das leis resultantes da vontade das partes, mesmo que posteriormente essa crença fosse questionada. No entanto, essa concepção acabou se transformando em um meio prejudicial de opressão econômica, especialmente quando aplicada à inflexibilidade dos termos contratuais. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: teoria geral.* v. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

[19] FERRARA, Della *Simulazione dei negozi giuridici*, 5 ed, Roma, 1922, p.16.

[20] TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-72.

[21] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31.

Essa perspectiva passou por modificações com o avanço do estado social, a proteção da autonomia da vontade, que exige a correspondência entre a vontade declarada e a verdadeira intenção, perde espaço para a necessidade de preservar a confiança, que demanda estabilidade e segurança nas relações interpessoais.[22] Nesse sentido, Niklas Luhmann destacou a confiança como um mecanismo para reduzir a complexidade diante de um ambiente cada vez mais intrincado, proporcionando segurança aos planos e direcionamentos voltados ao futuro.[23]

Portanto, com esse novo entendimento, a preservação da estabilidade e da confiança tornou-se crucial para a continuidade das transações. Assim, quando um contrato é afetado por um erro, especialmente se sua correção pode prejudicar a estabilidade ou confiança entre as partes, há uma tendência em mantê-lo para garantir a segurança das relações estabelecidas, evitando incertezas ou danos maiores.

Na era pós-moderna, a dicotomia entre preservar a autonomia individual e atender à necessidade intrínseca de estabilidade nas relações mantém-se crucial para a análise dos vícios do consentimento, especialmente o erro. É importante salientar que, com o avanço tecnológico e a introdução de novos tipos contratuais impulsionados pela automação, essa dicotomia entre vontade e sua declaração assume novas nuances. Esse contexto inovador redefine a maneira como a vontade é expressa e interpretada nos contratos, influenciando a compreensão e o tratamento do erro nos negócios jurídicos.

Apesar das modificações da pós-modernidade, esse embate se mantém e continua sendo o cerne para compreender os desafios contemporâneos. Assim, enquanto a autonomia aponta para a invalidade de negócios afetados por equívocos, a confiança sugere a manutenção desses contratos como meio de garantir a estabilidade e a credibilidade nas interações comerciais.

Essa tensão entre o respeito à vontade real das partes e a necessidade de estabilidade nas relações contratuais desafia a aplicação prática do direito. A análise detalhada do erro nos negócios jurídicos, considerando os requisitos contratuais, é crucial para avaliar

---

[22] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de informação legislativa, v. 141, 1999, p. 99-109.
[23] LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996.

suas implicações legais, inclusive sua relevância para invalidar um contrato e o impacto nos elementos essenciais da relação jurídica.

3. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO ERRO

Ao longo dos anos, diversas correntes teóricas se propuseram a elucidar o fundamento jurídico subjacente ao erro. Compreender a fundamentação teórica que sustenta esse conceito é crucial para abordar aspectos práticos, como os requisitos para sua configuração, os critérios que levam à anulação e suas ramificações, incluindo a possibilidade de ressarcimento por danos.

"A 'teoria da vontade', apresentada por Savigny[24], estabeleceu três estágios fundamentais na formação e manifestação da vontade: a vontade interna, a vontade declarada e a correspondência entre ambas. De acordo com essa teoria, esses estágios não funcionam de forma isolada, mas sim de maneira interdependente. [25]

Savigny argumentou vigorosamente que, nos casos em que há um descompasso entre a vontade real e a declaração formal, é a vontade psicológica que deve prevalecer, pois é ela que confere substância ao ato jurídico.

Assim, o jurista defendeu a anulação de qualquer tipo de erro, independentemente de sua justificativa ou impacto, alegando que este comprometeria a validade do negócio jurídico. Para Savigny, a vontade, soberana nesse contexto, é o alicerce essencial para a validade e eficácia do ato jurídico. Ele enfatizou a concentração da vontade genuína no contexto dos atos jurídicos, destacando que uma declaração feita sem a verdadeira intenção de concretizar um ato legal válido não possui respaldo na vontade necessária para sua efetivação.

Sua perspectiva enfatiza que o erro que acompanha a declaração não é o cerne da proteção legal contra possíveis danos, mas sim a falta fundamental da verdadeira vontade. Dessa forma, Savigny ressalta a importância crucial de que a vontade autêntica seja o elemento primordial na justificação das consequências jurídicas de um ato, enfatizando a necessidade da sinceridade e intenção

---

[24] VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de droit romain: VIII*. Firmin Didot, 1845, p.103-321.
[25] BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002*. 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 21.

verdadeira na validade e eficácia dos atos jurídicos. Assim ensina que:

> "Quando há declaração sem vontade e sem intenção, aquele que age acreditou ter realizado um ato jurídico genuíno, mas não teve a vontade necessária para concretizá-lo. O erro sempre acompanha uma declaração desse tipo; no entanto, esse não é o motivo da proteção concedida contra o dano que ela acarreta, esse motivo é totalmente negativo: é a ausência de vontade, e somente a vontade poderia justificar o dano".[26]

Essa teoria, ao almejar resguardar a intenção das partes, visava proteger o autor da declaração, possibilitando a rescisão do ato quando sua forma externa não refletia a vontade do agente. Isso reflete a perspectiva de um modelo individualista, que demonstra o ideal de privilegiar a vontade humana como elemento essencial na criação dos atos jurídicos.

Entretanto, essa teoria suscita questões delicadas. Silvio Rodrigues aponta que, ao anular um negócio jurídico devido a um erro na declaração que vicia a vontade, abre-se margem à insegurança nas relações jurídicas, uma vez que, mesmo em situações de declarações feitas com dolo, o ato é colocado em xeque por falta do elemento central, que é a vontade genuína.[27]

A fim de atender melhor os interesses gerais, surge a "teoria da declaração" postulando que o elemento crucial nos negócios jurídicos é a declaração de vontade, independentemente da existência prévia de uma vontade psicológica. Essa teoria se baseia na premissa de que "os indivíduos estabelecem vínculos na sociedade não por meio do pensamento, mas sim por intermédio da palavra: o único fato tangível com existência social e, portanto, jurídica". Portanto, para esses teóricos, na vida social, as pessoas não se comprometem apenas por meio de pensamentos ou intenções, mas principalmente pela palavra falada ou escrita. Isso é crucial porque a palavra é o único elemento tangível e percebido pela sociedade, e é essa manifestação que tem existência real no âmbito social e, consequentemente, no âmbito jurídico. É a expressão

[26] VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de droit romain: VIII*. Firmin Didot, 1845, p.275.
[27] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 32.

comunicada que ganha relevância e validade dentro do contexto social e legal.[28]

Assim, a declaração será avaliada objetivamente, após uma interpretação adequada. Importa ressaltar que essa interpretação não busca discernir a intenção real do autor, mas sim compreender como uma pessoa razoável, guiada pelos princípios da boa fé, a entenderia. Nesse sentido, a teoria da declaração defende que, em situações de confronto entre a vontade interna e a declaração externa, esta última deve prevalecer. Segundo essa perspectiva, o erro não teria o poder de invalidar um negócio jurídico, uma vez que, do ponto de vista jurídico, a vontade interna seria considerada irrelevante, sendo a declaração externa o fator determinante na formação e validade dos acordos. Tal postura teórica evidencia que a teoria da declaração contrasta com a teoria da vontade, uma vez que prioriza, a proteção do destinatário do negócio, colocando a vontade psicológica em segundo plano para focar na manifestação externa, visando garantir a estabilidade das relações contratuais.[29]

Essa teoria, ao concentrar-se na proteção do destinatário da declaração, garante-lhe eficácia quando a manifestação de vontade é feita. Contudo, seu extremismo pode colocar em risco o autor da declaração, mesmo agindo de boa-fé, ao permitir que sua manifestação expressa prevaleça sobre sua vontade real. Isso acaba por favorecer o destinatário da declaração, mesmo que esteja ciente de irregularidades na manifestação de vontade do emissor, como no caso de má-fé ao reconhecer um erro na proposta feita. Além disso, essa concepção se distancia do próprio conceito de ato jurídico, pois não enfatiza o requisito da vontade, essencial para definir tal conceito. Ao favorecer apenas a manifestação formal em detrimento da vontade verdadeira, essa teoria acaba por desviar-se do cerne do que constitui um ato jurídico.[30]

A reação ao extremismo dessas teorias conduziu ao surgimento de abordagens intermediárias que buscavam equilibrar os extremos. Duas dessas concepções, em particular, representaram uma atenuação específica das características mais rígidas das teorias iniciais. A teoria da responsabilidade, por um lado, mostrou-se mais flexível em relação à posição dos defensores da primazia da vontade

---

[28] LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade: em comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 25.
[29] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.33.
[30] FERRARA, *Della Simulazione dei negozi giuridici*, 5 ed, Roma, 1922, p.12.

real. Por outro lado, a teoria da confiança demonstrou uma maior flexibilização em relação à rigidez da outra concepção.[31]

A teoria da responsabilidade nesse contexto destaca-se como um campo de intensos debates e reflexões, especialmente em casos em que o erro é ocasionado por culpa ou dolo do declarante.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico busca primordialmente realizar a autonomia privada, reconhece-se que a declaração, mesmo quando desacompanhada de vontade, pode, em certas circunstâncias, ter efeito obrigatório. Contudo, é imperativo destacar que a divergência entre a vontade e a declaração, se provocada por dolo ou culpa do declarante, não pode, por questões éticas e legais, anular o ato, prejudicando terceiros de boa-fé que confiaram na veracidade da declaração emitida.[32]

Nesse contexto, Silvio Rodrigues ensina que a responsabilidade extracontratual surge como princípio norteador, impondo a obrigação de reparar o dano causado a terceiros quando o declarante agiu de forma dolosa ou culposa. Entretanto, o autor afirma que surge uma questão crucial: a responsabilidade não altera o fato objetivo de que a declaração não correspondeu à vontade do agente, levantando debates sobre a sobrevivência do ato em si. Além disso, Silvio Rodrigues argumenta que os partidários dessa teoria defendem a primazia do ato mesmo na ausência do elemento volitivo essencial. Ele ainda menciona Ferrara, que reconhece a possibilidade de transformar a obrigação de ressarcimento em impossibilidade de anular o ato, ressaltando a importância de compreender as condições sob as quais a vontade é juridicamente eficaz, levando em conta o momento constitutivo do negócio jurídico.[33]

Em suas proposições, Ferrara sustenta a importância da vontade como pilar fundamental no âmbito jurídico. No entanto, ele defende a existência de cenários em que uma declaração, mesmo desprovida da real vontade do agente, pode acarretar consequências vinculativas. Ferrara justifica que se ocorrer uma discrepância entre a

---

[31] FERRARA, *Della Simulazione dei negozi giuridici*, 5 ed, Roma, 1922, p.29.

[32] A vontade como elemento básico no ato jurídico pode sofrer limitações como demonstrado por Silvio Rodrigues ao afirmar que: "*É certo que a vontade é o elemento básico, subjacente, no ato jurídico; e é a ela que a lei visa proteger. Por isso, via de regra, quando surge divergência entre o querido e o declarado, a consequência normal é a ineficácia do negócio. Mas, se a discordância foi provocada por dolo ou culpa do declarante, não pode este aproveitar-se de sua torpeza ou de sua incúria, para promover a ineficácia do ato, com prejuízo para terceiros de boa fé, que confiaram na verdade da declaração emitida*." RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 34.

[33] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 35.

intenção efetiva e o que é declarado, especialmente se essa disparidade for provocada por culpa ou dolo do emissor, este ainda é responsável pela disparidade entre a vontade real e a declaração formalizada. Assim, entende que o declarante deve responder pelos desdobramentos dessa discordância perante terceiros que agiram de boa-fé, confiando na legitimidade da declaração emitida.[34]

Nesse contexto, a proteção à vontade encontra seu embasamento nos interesses sociais, no direito empresarial e na comunidade, não sendo uma mera homenagem ao ato volitivo.[35] Portanto, a discussão sobre a boa-fé das partes envolvidas desempenha um papel significativo, principalmente ao justificar a manutenção do ato quando uma das partes age de boa-fé, protegendo-se o terceiro prejudicado pela nulidade. Nesse sentido, Beleza dos Santos, alinhado com a preservação da boa-fé das partes envolvidas, delineia distintos cenários: primeiro, se ambas as partes operam de acordo com a boa-fé e um erro é cometido por uma delas, o acordo pode ser anulado. Em segundo lugar, se uma das partes age com dolo ou culpa e a outra parte mantém a boa-fé, o acordo não é desfeito, protegendo assim o terceiro que agiu de boa-fé. Por fim, nos casos em que há culpa de ambas as partes, prevalece o princípio de nulidade do ato jurídico. Essas abordagens visam equilibrar os interesses e proteger a integridade das partes envolvidas nas transações, respeitando os princípios fundamentais do direito.[36]

Alinhado a essa visão Silvio Rodrigues ensina que quando alguém, por sua própria culpa, causa danos ou frustra as expectativas legítimas de terceiros, deve responsabilizar-se por reparar os danos ou satisfazer essas expectativas. Geralmente, isso é feito por meio de compensação financeira, mas essa abordagem nem sempre é a ideal, sendo uma solução insatisfatória para o problema. Idealmente, quando há a possibilidade de manter a declaração feita, mesmo que o declarante tenha cometido um erro, o sistema legal deveria optar por essa solução. Isso se apoia no mesmo princípio que, sempre que viável, busca executar diretamente as obrigações resultantes das declarações de vontade. É uma maneira de dar prioridade a uma

[34] FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. Athenaeum, 5 ed, Roma, 1922, p.30.
[35] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.
[36] SANTOS, Beleza dos. *A simulação em direito Civil*, 1921. p. 42.

solução mais direta e justa quando alguém comete um erro que prejudica outra pessoa.[37]

Percebe-se, portanto, que teoria da responsabilidade defende que o erro pode ser motivo suficiente para invalidar uma declaração de vontade e anular um contrato legal, desde que o declarante não tenha agido de forma culposa. Assim, para que o erro e suas consequências sejam considerados, é fundamental que o declarante tenha agido com boa-fé e diligência adequada. Essa teoria deriva da abordagem voluntarista, pois coloca uma ênfase maior na vontade, deixando o receptor da declaração desprotegido nos casos em que não haja culpa envolvida [38] . Consequentemente, a teoria da responsabilidade introduz a noção de erro justificável, que se refere ao erro não negligente ou imprudente, indicando a ausência de culpa. Logo, um erro justificável (não culpável) levaria à anulação do contrato, enquanto um erro inescusável (culpável) resultaria na manutenção do contrato legal com todos os seus efeitos.

A teoria da responsabilidade, embora represente um avanço na garantia da segurança nas relações comerciais, ainda carece de uma abordagem completa diante das demandas do ambiente jurídico. Ela estipula que somente o erro isento de culpa ou dolo pode ser motivo para anulação, caso contrário, o ato prevalece, impedindo a alegação do equívoco.

Entretanto, surge um cenário complexo: a manifestação de vontade pode criar expectativas legítimas de transações, levantando a questão da possibilidade dessa declaração tornar-se ineficaz devido a um erro inocente do declarante. Isso levanta a discussão sobre a equidade, nesse sentido Silvio Rodrigues questiona:

> Mas remanesce a hipótese de a declaração provocar uma reação no meio a que ela se dirige, criar aí uma justa expectativa de negócios; que dizer se depois a declaração de vontade vier a se tomar ineficaz, em virtude do erro de quem inocentemente a emitiu? Será justo que terceiros de boa-fé que nela confiaram, e confiaram bem porque se vestia com toda a aparência de manifestação

[37] Silvio Rodrigues explica que a vontade só merece proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, pois o fundamento dessa proteção é o interesse do comércio jurídico, da comunidade, e não uma homenagem incondicional e servil ao ato volitivo. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento.* São Paulo: Saraiva, 1979, p.36.

[38] CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 31.

> volitiva adequada, venham a ser decepcionados em sua confiança, pela mera circunstância de o declarante ser inocente? Aquele mesmo efeito, tão censurado na teoria da vontade real, não se encontraria novamente aqui, apenas mais limitadamente? E a ameaça à segurança dos negócios não continuaria a existir, da mesma maneira, se bem que com menos frequência?[39]

Nesse contexto, a teoria da confiança emerge como uma solução, ao suavizar a rigidez da teoria da declaração. Ambas pressupõem que a declaração possui mais peso que a vontade, mas visam a proteger não tanto o declarante, mas o destinatário de boa-fé da declaração.

Assim, a teoria da confiança destaca-se ao priorizar a segurança nos negócios jurídicos, protegendo as expectativas geradas no destinatário pela declaração de vontade. Essa abordagem assemelha-se à teoria declarativa ao estabelecer a validade do negócio quando o destinatário atua de boa-fé e sem culpa. Logo, se o destinatário age diligentemente e honestamente, o negócio mantém sua validade; porém, se age com má-fé ou negligência, o negócio pode ser anulado devido ao erro.[40]

Portanto, essa teoria não se aplica ao destinatário que não demonstrou a devida atenção ou não reconheceu elementos que indicariam problemas na vontade do declarante. Com o desenvolvimento dessa abordagem, o critério de escusabilidade é substituído pela exigência de identificabilidade do erro pelo destinatário para ser considerado passível de anulação.[41] Essa mudança visa uma maior proteção às relações jurídicas, ancorada na confiança mútua entre as partes envolvidas.

A ênfase na boa-fé do contratante, também, é central na teoria da confiança, conforme salientado por Betti. Ele destaca a relevância da teoria na dinâmica social, sendo um elemento fundamental para a garantia das relações jurídicas. Nos contextos de negócios bilaterais, Betti argumenta que a identificação do erro pela outra parte é crucial para que

[39] RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.p.37.
[40] CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 32;
[41] LANDIM, Jayme. *Vícios da vontade: em comentário ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 30

ele possa exercer influência, sendo um requisito legítimo dentro de uma visão objetiva do negócio jurídico.[42]

Betti ressalta que, se uma das partes deve confiar com segurança na interpretação comum da declaração aceita, algo que geralmente é reconhecível para ela, a confiança não pode ser abalada por um erro que escapa à identificação ou ao controle por parte daquela envolvida na negociação. Betti defende que um erro não identificável não é socialmente aceitável como um equívoco perdoável desde o início (error probabilis) e, portanto, é atribuído à pessoa que o comete, seguindo o critério de responsabilidade própria.[43]

Betti argumenta que o princípio da autonomia privada, que vincula ambas as partes em conflito, não deve ser suspenso devido a um erro unilateral e incontrolável, já que isso colocaria em risco a segurança do crédito e a estabilidade das relações jurídicas. Essa abordagem enfatiza a importância da confiança recíproca nas relações jurídicas, destacando que ela não deve ser prejudicada por um erro que não pode ser identificado ou controlado pela outra parte envolvida no contrato.[44]

A análise proposta por Betti se afasta da abordagem convencional, que considera os vícios no negócio jurídico sob duas óticas principais: a discrepância entre declaração e vontade, e o vício da própria vontade. Essa sistematização clássica se baseia em uma concepção subjetiva, que considera a declaração como mera manifestação da vontade. Contudo, Betti defende que a declaração não possui apenas uma função instrumental, mas sim uma função constitutiva. Ela não é simplesmente uma revelação exterior da vontade interna, mas sim a própria entidade socialmente reconhecida.

---

[42] Para fundamentar a sua análise destaca a importância da correspondência entre a vontade do agente e os três momentos constitutivos do negócio: o ato, o conteúdo e a causa. Assim, cada um dos momentos constitutivos do negócio requer uma adequada atitude interior do sujeito, relacionada à vontade, à consciência e à determinação causal. Isso implica que a manifestação voluntária, a compreensão do significado objetivo do ato e a causalidade direcionada são essenciais para a validade do contrato. Betti observa que essas disposições da vontade ou da consciência podem estar ausentes ou viciadas em situações específicas o que pode gerar erros o que pode acarretar a nulidade da relação jurídica. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. esp. de A. Martín Pérez, Madri, 1959, p.317.

[43] Betti ressalta que os vícios do elemento subjetivo relacionados a deficiência na consciência do significado objetivo e na determinação causal apresentam uma complexidade adicional, já que, ao contrário do que se poderia esperar, não necessariamente impedem a existência de uma vontade capaz de realizar o ato de autonomia privada. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. esp. de A. Martín Pérez, Madri, 1959, p.327.

[44] BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. esp. de A. Martín Pérez, Madri, 1959, p.328.

Percebe-se, pois, que as teorias intermediárias derivam tanto das teorias da vontade quanto da declaração. A teoria da responsabilidade prioriza a vontade psicológica, atribuindo ao declarante os riscos de anulação do negócio jurídico devido ao erro, desde que o erro seja escusável. Se o declarante age com culpa, o negócio jurídico se mantém válido. Por outro lado, a teoria da confiança destaca a preeminência da declaração de vontade, visando proteger as expectativas geradas. Nessa perspectiva, os riscos de anulação do negócio jurídico recaem sobre o declaratário, apenas se o erro for reconhecível e se ele agiu de forma negligente. Portanto, se o declaratário agir com diligência e boa-fé, a validade do negócio jurídico será sempre mantida.

Depois de oferecer um breve panorama das teorias que buscam explicar a base do erro, surge a questão sobre qual teoria o Código Civil de 2002 adotou. Essa indagação não é de consenso unânime e gera diversas linhas de argumentação. No entanto, para encontrar uma resposta sólida, é crucial examinar os requisitos necessários para a configuração do erro, pois somente assim é viável identificar a abordagem teórica subjacente a essa falha no consentimento.

4. DEFINIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DO ERRO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Rodolfo Sacco, em sua obra sobre a Boa-Fé, ressalta a distinção essencial entre erro e ignorância. Enquanto o erro implica uma concepção falsa das circunstâncias que envolvem a vontade, a ignorância se resume à ausência de conhecimento genuíno sobre o que motiva a declaração de vontade. Essa diferenciação é crucial para ilustrar a natureza distinta desses conceitos: o erro representa uma distorção do conhecimento, ao passo que a ignorância indica a carência desse conhecimento.[45]

No plano nacional, o Código de 2002, seguindo a linha do seu antecessor, coloca no mesmo plano o erro e à ignorância[46]. Inclusive, os

[45]Rodolfo Sacco analisa a complexidade da inserção de conceitos como erro, ignorância e dúvida no âmbito jurídico, explorando estratégias diversas para integrar esses elementos. Ele propõe, por exemplo, a possibilidade de equiparar a dúvida a um nível de convicção firme e de ampliar o conceito de boa-fé para abarcar a ignorância. Essa abordagem evidencia variações tanto na definição quanto na aplicação desses conceitos, as quais são influenciadas por normas específicas e argumentos que envolvem princípios de equidade e a estrutura do sistema jurídico em si. SACCO, Rodolfo. *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*. 1949.

[46]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 434.

estudiosos nacionais do direito civil concordam, em grande parte, que o erro e a ignorância consistem na percepção incorreta ou na ausência de percepção da realidade em relação à pessoa, ao objeto ou ao negócio realizado, resultando em uma discrepância entre a vontade e a declaração.[47]

No contexto do negócio jurídico afetado pelo erro, é importante mencionar, ainda, que o erro – vício é frequentemente distinguido, na doutrina estrangeira, do chamado erro – obstativo ou erro – impróprio[48].

A distinção entre erro-obstáculo e erro-vício foi explorada por Silvio Rodrigues na obra "Dos Vícios do Consentimento"[49]. Nesse sentido, o autor retoma as lições de Pothier, que desempenhou papel central na compreensão das distintas implicações jurídicas associadas à cada categoria de erro. Rodrigues destaca que, segundo Pothier, o erro-obstáculo ocorre quando o erro abrange situações em que o equívoco afeta aspectos essenciais do contrato, como a identidade do objeto ou a natureza da relação jurídica pretendida. Nesses casos, o erro não apenas interfere no consentimento, mas elimina-o por completo, gerando uma situação de inexistência de acordo de vontades. Em contrapartida, o erro-vício não impede a criação do vínculo jurídico, embora o fragilize, comprometendo parcialmente a intenção das partes[50].

Assim, situações em que o erro recai sobre a essência do contrato ou sobre a identidade do objeto não configuram simplesmente um vício no consentimento, mas apontam para uma ausência de consenso juridicamente válido. Em outras palavras, quando o erro atinge o âmago do contrato, invalidando a intenção de uma das partes de forma substancial, não se configura um contrato juridicamente efetivo, pois falta-lhe o consentimento pleno necessário à sua validade.

---

[47] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 633.

[48]Segundo Sílvio Rodrigues, "a distinção entre erro próprio e erro impróprio é amplamente reconhecida na literatura jurídica, especialmente entre autores franceses e italianos". O autor destaca que essa distinção é fundamental para resolver uma lacuna deixada tanto pelo Código Napoleônico quanto pelo Código Civil italiano de 1865, que não abordavam de maneira clara a nulidade em casos de erro. RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 24.

[49] RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 25.

[50] Conforme ensina Sílvio Rodrigues, "*essa concepção de erro tem suas bases na obra de Pothier, um dos principais influenciadores do Código Civil francês de 1804*". Pothier distinguia entre erro-vício (erro próprio), que compromete a formação da relação jurídica sem invalidá-la totalmente, e erro-obstáculo (erro impróprio), que inviabiliza o próprio ato jurídico. Em seu *Tratado das Obrigações*, Pothier separa esses dois tipos de erro e analisa os diferentes efeitos que produzem. RODRIGUES, Sílvio. *Dos vícios do consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 25.

Por outro lado, quando o erro incide sobre a qualidade essencial do objeto ou da pessoa à qual a declaração se refere, reconhece a existência de uma anuência, mesmo que defeituosa. Essa anuência viciada, resultante do erro, é considerada válida até que a parte prejudicada alegue e instigue a nulidade do contrato.

No direito português contemporâneo, embora o Código Civil[51] reconheça o erro – obstáculo (ou erro na declaração)[52] de forma autônoma e o diferencie do erro – vício, ambos resultam na mesma consequência jurídica: a anulabilidade[53].

Mafalda Miranda Barbosa explica que o erro-vício ocorre quando uma pessoa, ao celebrar um contrato, possui uma representação incorreta da realidade que influencia sua vontade de realizar o negócio. A autora distingue o erro-vício do erro obstáculo, em que o erro se dá na própria declaração, gerando uma divergência entre a vontade e o que foi efetivamente declarado. Assim elabora o seguinte exemplo, no erro obstáculo, a pessoa A declara a compra do terreno X quando, na verdade, pretendia adquirir o terreno Y. Já no erro-vício, a pessoa declara exatamente o que deseja, mas sua decisão é influenciada por uma percepção equivocada das características do objeto. Barbosa ilustra com o exemplo de A, que compra o terreno X acreditando que ele contém grandes quantidades de água no subsolo, embora, na realidade, ele não possua qualquer lençol freático. Nesse caso, A exprime exatamente sua vontade, mas esta se encontra viciada por uma representação errônea da realidade[54].

Entretanto, no contexto do direito brasileiro, essa diferenciação não é reconhecida como categoria específica de defeito, sendo equiparada à teoria do erro como um vício da vontade[55]. Existe uma

---

[51] Segundo o art. 247 do Código Civil Português, "*Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro*".

[52] Mafalda Barbosa explica que o erro obstáculo ocorre quando há uma discrepância entre a vontade real da pessoa e o que ela declarou, originada por um simples descuido ou engano. Em outras palavras, a pessoa pretendia dizer ou fazer algo específico, mas, devido ao erro, acabou expressando outra realidade. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo*. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020. p. 59.

[53] MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. v. I, t. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 606-609.

[54] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo*. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020. p. 67.

[55] Sobre o tema, Antônio Junqueira de Azevedo destaca que, no direito brasileiro, os casos de erro impróprio têm as mesmas consequências que o erro próprio, similar ao que ocorria no direito romano e ao disposto no direito alemão (§119 do BGB). Assim, no Brasil, o papel

perspectiva na doutrina jurídica brasileira que iguala esses tipos de erro, entendendo que um equívoco sobre a natureza do negócio ou a identidade do objeto constitui, em última instância, uma manifestação de vontade com um desfecho jurídico distinto do real desejo do agente, embora continue sendo uma manifestação de vontade.[56]

Para abordar a complexidade subjacente ao erro no contexto jurídico, Caio Mário recorre à doutrina de De Page[57], reconhecendo-o como um dos dilemas mais intrincados a serem enfrentados pelo direito. No cerne dessa problemática, ressalta-se o embate entre a preservação da vontade individual e a imperatividade de garantir a segurança nas transações comerciais. Segundo Caio Mária, De Page advoga por um equilíbrio entre esses valores, preconizando que a vontade individual deva prevalecer somente quando o erro impacta o cerne do contrato. Esse princípio, conforme destaca Caio Mário, é adotado em códigos contemporâneos, incluindo o ordenamento jurídico brasileiro, visa harmonizar interesses individuais com a estabilidade normativa nas relações comerciais.

Segundo Mafalda Barbosa, para que um negócio jurídico possa ser anulado com fundamento em erro, é imprescindível que esse erro atenda a determinados requisitos de relevância, sendo o primeiro deles a essencialidade. Isso implica que o erro deve ser determinante para a manifestação de vontade do sujeito ao celebrar o negócio jurídico, de modo que, na ausência do erro, o declarante não teria realizado a declaração negocial. Trata-se, portanto, de um critério subjetivo, uma vez que cabe ao próprio sujeito indicar se o erro foi, de fato, essencial e decisivo em sua escolha de contratar.[58] O segundo requisito para que o erro possa fundamentar a anulação de um negócio jurídico é que ele seja considerado um “erro próprio”. Define-se erro próprio como aquele que, embora não afete diretamente os requisitos legais que determinam a validade formal do negócio, influencia subjetivamente a vontade do sujeito. Em outras palavras, o erro próprio envolve um aspecto que o indivíduo considerava relevante para sua decisão, mas que não interfere

---

da vontade em casos de erro -obstativo é menor do que no direito francês; independentemente de ser inexistente ou apenas malformada, a sanção para esses casos de erro será a anulabilidade. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas. p. 109-110.

[56]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 435.

[57] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 436.

[58] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo*. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020. p. 96

diretamente na conformidade legal do negócio. Este requisito é, assim, visto como uma condição adicional para a qualificação do erro como vício da vontade. Contudo, sua necessidade é alvo de debate na doutrina, pois alguns estudiosos não o consideram imprescindível para avaliar a relevância do erro na anulação de um negócio jurídico[59].

Mafalda Barbosa explica ainda que, para que um negócio jurídico seja anulado por erro, não basta que este erro atenda aos requisitos gerais de relevância, como ser essencial ou próprio; é necessário também observar requisitos específicos que variam conforme o tipo de erro. Quando o erro envolve a identidade do declaratário ou o objeto do contrato, a legislação portuguesa exige que o destinatário da declaração (declaratário) tenha ciência da importância desse elemento para o declarante, ou, ao menos, que ele não possa alegar desconhecimento sobre essa importância. Em outras palavras, o declaratário deve saber ou ter condições de saber da relevância do fator que originou o erro, o que confere ao erro uma natureza similar ao erro na própria declaração ou àquele que impede a formação de uma vontade válida. Por outro lado, se o erro está relacionado aos motivos particulares do declarante – ou seja, às razões pessoais que o levaram a firmar o negócio –, a anulação será possível apenas se houver um acordo prévio entre ambas as partes quanto à importância desse motivo. Como o motivo é de caráter pessoal e diz respeito unicamente ao declarante, exigir uma condição adicional para a anulação busca proteger a confiança e as expectativas do declaratário. Nesse sentido, a lei impede a anulação por erro sobre motivos pessoais, a menos que ambos tenham compartilhado e reconhecido sua relevância. Isso assegura um equilíbrio, prevenindo que o declarante, unilateralmente, possa anular o negócio em prejuízo da confiança legítima depositada pelo declaratário[60].

No contexto nacional, é importante destacar que, embora haja um entendimento compartilhado sobre a natureza essencial do erro em si, as nuances e critérios específicos para sua configuração variam consideravelmente em diferentes cenários legais. Isso implica uma diversidade de interpretações e aplicabilidade do conceito de erro, dependendo do contexto jurídico em que é considerado, destacando a

[59] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo*. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020. p. 99.
[60] BARBOSA, Mafalda Miranda. *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo*. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020. p. 111.

complexidade e a relativa subjetividade na determinação do erro em diferentes situações legais[61].

O artigo 138 do Código Civil brasileiro estabelece que "são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio". Logo, delineia os parâmetros para a anulação de negócios jurídicos em decorrência de erro substancial. Ele estipula que tais negócios serão passíveis de anulação quando as declarações de vontade forem influenciadas por um erro de tal magnitude que uma pessoa comum e diligente, considerando as circunstâncias do negócio, seria capaz de percebê-lo. Em essência, o texto normativo estabelece um critério objetivo: se um equívoco de relevância significativa, perceptível por um indivíduo agindo com a diligência esperada, estiver presente no momento da manifestação da vontade contratual, o negócio poderá ser anulado conforme preconizado pelo referido artigo do Código Civil[62].

Portanto, o primeiro requisito enfatizado é a substancialidade do erro[63]. Esse, no âmbito jurídico, denota um equívoco que incide sobre elementos essenciais de um contrato ou transação, sendo determinante a ponto de comprometer a validade do acordo estabelecido entre as partes. Esse tipo de equívoco afeta aspectos fundamentais do negócio,

---

[61] Silvio Romero Beltrão explica que "*Diante de dúvidas quanto ao sentido que as partes entenderam dar ao contrato, atuam como elemento de interpretação os usos e costumes do lugar onde o contrato deve ser executado. Daí que, tendo a doutrina objetivista da impressão do destinatário se baseado nos valores de uma pessoa comum, tem relevância o enquadramento social dessa pessoa, uma vez que a interpretação objetiva se fundamentará nos usos e costumes, a fim de determinar qual o seu entendimento quanto à declaração emitida*." LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Nossa Livraria, p. 109.

[62] Segundo Silvio Romero Beltrão, "*O novo Código Civil, não podendo escapar da socialização do Direito Contratual, determinou em seu artigo 113 que: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. A boa-fé, por sua vez, leva em conta o conteúdo da declaração, a correção do ato e se ele pode efetivamente ser confiável. Daí, definindo a boa-fé objetiva, temos a mesma como um parâmetro objetivo, genérico, que não depende de uma má-fé subjetiva, enquadrando-se numa atuação do homem médio, comum, que agiria de maneira normal e razoável na realização do negócio*". LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de*. A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Nossa Livraria, p. 107.

[63] O direito positivo brasileiro elenca como requisito para caracterização do erro no negócio jurídico que este seja substancial, conforme o art. 139 do Código Civil. Como afirmou o Superior Tribunal de Justiça, o Código Civil trata o erro como hipótese de anulação do negócio jurídico quando for considerado substancial, ou seja, quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades essenciais a ele (arts. 138 e 139 do CC/2002). REsp 982630/ES, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 21/10/2008, DP: 18/11/2008.

como a natureza do ato, o objeto principal da declaração, as características essenciais da coisa em questão ou até mesmo a identidade da pessoa envolvida no contrato[64].[65]

A título de exemplo, se alguém realiza uma aquisição acreditando estar adquirindo um item específico e, por conta de um equívoco, recebe um item diferente ou com atributos substancialmente distintos do que foi originalmente compreendido, isso configura um erro substancial[66]. Esse tipo de equívoco é considerado relevante a ponto de invalidar o acordo, uma vez que o consentimento das partes foi influenciado por uma interpretação equivocada de elementos essenciais à transação[67].

Já o erro acidental no direito refere-se a equívocos sobre aspectos secundários de um contrato, não invalidando o acordo, pois não se presume que o agente agiria de forma diferente diante de circunstâncias secundárias diversas[68]. Existem subclasses desse erro, como o equívoco na qualidade ou quantidade do objeto, que não afetam a validade do negócio, a menos que esses aspectos sejam determinantes para a

---

[64] No Brasil, a jurisprudência exige que, para a anulação de um negócio jurídico por erro, este recaia sobre um aspecto substancial de sua formação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que: "Não há que se falar em erro capaz de gerar a nulidade relativa do negócio jurídico quando a declaração de vontade emitida pela parte não foi motivada por uma percepção equivocada da realidade, tampouco houve engano quanto a elementos essenciais do negócio, como sua natureza, objeto, substância ou pessoa". REsp 1265890/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 01/12/2011: DP 09/12/2011.

[65] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 436.

[66] Silvio Romero Beltrão ensina que, "conforme o artigo 112 do novo Código Civil, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, não se quer impor a prevalência da vontade que ficou retida na consciência íntima da pessoa, mas sim a intenção na medida em que se tornou reconhecível na declaração ou na conduta tomada pela pessoa. Assim, a interpretação deverá se ater à intenção expressa na declaração de vontade, ao comportamento e às circunstâncias que envolveram a manifestação da vontade. Nesse sentido, a interpretação deve levar em conta o comportamento recíproco adotado pelas partes, não se restringindo ao sentido literal da linguagem, mas focando na intenção formada na declaração e conduta assumida. Para contratos negociados, pode-se investigar a intenção do contratante conforme a vontade manifestada. No entanto, em contratos de adesão, onde o aderente não declara, mas apenas se submete às condições impostas, é necessária uma interpretação objetiva, focando em valores sociais que favoreçam o aderente e busquem o equilíbrio dos poderes contratuais". LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil. Nossa Livraria, p. 104.

[67] Carlos Roberto Gonçalves esclarece que o erro substancial ou essencial é aquele que recai sobre circunstâncias e aspectos relevantes do negócio, devendo ser causa determinante para sua celebração; ou seja, se a realidade fosse conhecida, o negócio não teria sido concluído. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 361.

[68] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 178.

decisão de realizar o contrato. Nesse caso, um erro nessas características poderia influenciar a validade do acordo.

Percebe-se, portanto, que o legislador, ao ponderar entre a autonomia das partes e a confiança no negócio jurídico, buscou proteger apenas os erros essenciais à celebração do contrato, não abrangendo aqueles que são meramente acidentais. Portanto, um erro é considerado substancial quando o declarante, ciente da real situação fática, não teria realizado o negócio se tivesse esse conhecimento[69].

Outro ponto que merece ser abordado é o fato do Código Civil de 2002 trazer à tona a discussão em relação à diferenciação entre erro grave e erro leve, considerando a percepção de uma pessoa comum ou com menor capacidade de observação. Destaca-se a exigência de que o erro seja perceptível por essa pessoa para anular o contrato.

Assim, o erro grave é caracterizado por um equívoco facilmente identificável por uma pessoa comum. Esse tipo de erro possui um impacto substancial no contrato ou nas intenções das partes envolvidas, podendo modificar a essência do acordo.

Por outro lado, o erro leve é aquele que não seria prontamente percebido por uma pessoa comum. Não influencia de forma expressiva o contrato ou as intenções das partes, sendo considerado de menor relevância.

Nesse contexto, Caio Mario aponta que, apesar desse critério aparentar objetividade, sua aplicação requer cautela por parte dos juízes, já que não existe um critério completamente objetivo para sua utilização. Qualquer julgamento baseado no subjetivismo do juiz pode ser falho se não houver uma avaliação cuidadosa durante o processo decisório[70]

Uma abordagem mais contemporânea na interpretação do artigo 138 do Código Civil fundamenta-se na teoria da confiança[71], propondo

---

[69] Para que se configure a essencialidade do erro, é necessário que o negócio não tivesse sido celebrado sem o equívoco em questão, pois o erro deve dominar integralmente à vontade, caracterizando uma essencialidade absoluta. O vício determinante se estende a todo o negócio, afetando sua substância. Não é indispensável que o erro tenha sido a causa única do negócio, bastando ser uma concausa. Andrade explica: "Não se exige que só em virtude do erro o errante tenha contratado. É suficiente que tenha contratado também por causa do erro, de tal sorte que sem o erro teria desistido em absoluto de contratar." ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. p. 237.

[70] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 439.

[71] Seguindo o exemplo de códigos civis modernos, como o italiano (art. 1429) e o português (art. 247º), o Código Civil brasileiro de 2002 adota a teoria da confiança e o critério da cognoscibilidade no art. 138, estabelecendo o reconhecimento do erro como um critério objetivo. Como explica Humberto Theodoro Júnior, "Não é mais apenas como sanção à culpa do declarante (erro inescusável) que se anula o ato viciado, mas porque o destinatário da

que a pessoa de diligência mencionada nesse artigo – para quem o erro deve ser perceptível a fim de anular o contrato – não é o declarante, mas sim o destinatário da declaração.[72]

Essa interpretação moderna introduz um requisito adicional para configurar o erro passível de anular o contrato: a necessidade de o outro contratante também reconhecer esse erro. Ou seja, não se trata apenas da percepção do equívoco pelo declarante, mas também da habilidade do destinatário da declaração de identificar esse erro[73]. Portanto o segundo requisito, derivado do Código Civil de 2002, aborda a cognoscibilidade do erro por parte do declaratário.[74]

Logo, em termos conceituais, a cognoscibilidade do erro denota a habilidade do destinatário em identificar ou perceber a falha cometida pelo declarante[75]. Se o erro é manifestamente evidente ou se as circunstâncias circundantes são tais que qualquer indivíduo em posição análoga poderia, com razoabilidade, discerni-lo, então este é considerado cognoscível.

Por exemplo, na hipótese de alguém ofertar um bem por um preço significativamente inferior ao seu valor de mercado, e o adquirente está ciente, ou deveria estar ciente mediante as circunstâncias, da imprecisão no preço, tal erro seria classificado como cognoscível. Nessa situação, o

---

declaração também teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, s.d., p. 122

[72] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 439.

[73] Segundo Silvio Romero Beltrão, "*a confiança, segundo a sua teoria, seria a base de sustentação do negócio jurídico, em relação à conduta das partes que imprime a certeza do cumprimento da obrigação assumida. Logo, a confiança tem, assim, a finalidade de proteger todo aquele que agiu de boa-fé, na certeza de que a declaração negocial se apresenta com crédito*." LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil. Nossa Livraria, p. 106.

[74] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 439.

[75] Casillo define de forma simples a cognoscibilidade, destacando o papel da solidariedade negocial e a boa-fé: "*Se o destinatário deve agir com atenção, deve observar com cuidado a manifestação de vontade do declarante e, se tiver condições de apurar que a vontade está eivada de erro, deve alertar o declarante. Assim, se o emitente da declaração erra e este erro é passível de ser apreendido, reconhecido, pelo destinatário, tem esse a obrigação de alertar aquele. Se assim não age, o erro aproveitará ao emitente da vontade, tendo-se esta como viciada. Mas, se o erro não poderia ser reconhecido pelo destinatário, se este não poderia aperceber-se do engano do outro, então o erro não aproveitará ao emitente da vontade, e o ato será plenamente válido*". CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982

adquirente não poderia alegar desconhecimento do erro, visto que era algo facilmente identificável.

Assim, a cognoscibilidade do erro desempenha um papel crucial nas relações jurídicas, determinando se o destinatário da declaração possuía ou deveria possuir a percepção do erro quando o declarante expressou sua vontade.

Logo não basta apenas que o erro seja essencial para quem o cometeu; é necessário que a outra parte envolvida no negócio tivesse conhecimento ou estivesse em uma posição na qual deveria ter conhecimento da importância daquela informação para quem cometeu o erro. Isso é crucial para evitar que alguém anule um negócio alegando um erro sobre um aspecto que, embora essencial para si mesmo, não seria razoavelmente esperado que fosse igualmente essencial para a outra parte.[76]

Isso representa uma mudança em relação à visão tradicional, que focalizava principalmente na percepção do erro pelo próprio declarante. Agora, há uma consideração mais ampla, incorporando a capacidade do outro contratante de reconhecer o equívoco na declaração, enfatizando a importância da confiança recíproca e da clareza na comunicação entre as partes envolvidas em um contrato para a validade e entendimento mútuo do acordo.

Nesse contexto, é essencial ressaltar que, embora alguns segmentos da literatura jurídica possam confundir os termos, escusabilidade e cognoscibilidade têm significados distintos. A escusabilidade se refere ao erro cometido pelo declarante, sendo aquele que uma pessoa comum, de inteligência mediana, poderia cometer nas mesmas circunstâncias. Já a cognoscibilidade está relacionada ao declaratário, exigindo que o erro seja reconhecido por este para acarretar a nulidade do contrato. Esses institutos se diferenciam, portanto, pelo foco: a escusabilidade direciona-se ao erro do declarante, enquanto a cognoscibilidade incide sobre a percepção desse erro pelo declaratário para gerar a invalidação do contrato reconhecível pelo destinatário para causar a nulidade

A discussão em torno da escusabilidade é complexa, principalmente pelo fato de esse requisito não estar explicitamente prevista na legislação civil brasileira vigente. Vale ressaltar que essa questão já era objeto de debate mesmo no Código Civil de 1916, apesar

[76] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 499.

de ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência da época[77].

A essência dessa discussão reside na possibilidade de um erro ser considerado inescusável, o que, na visão de alguns doutrinadores, poderia equiparar-se à má-fé. Uma parte significativa da doutrina, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não entende a escusabilidade como um requisito determinante para a configuração do erro. No entanto, busca-se justificar essa perspectiva mais moderna com base na proteção da confiança.

O debate sobre a escusabilidade do erro segundo o Código Civil de 2002 suscita três interpretações distintas, figurando como um dos temas mais controversos na análise dos equívocos nos negócios jurídicos.

Uma corrente minoritária, com respaldo de Carlos Roberto Gonçalves, José Carlos Moreira Alves, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona[78] mantém a perspectiva de que o referido Código preserva a

[77] A discussão sobre a escusabilidade do erro no âmbito do Direito Civil brasileiro é complexa, especialmente considerando que tal requisito não foi expressamente previsto na atual codificação. É importante ressaltar que a ausência de menção à escusabilidade também se verificava no Código Civil de 1916, embora, na época, a sua aceitação fosse ampla entre doutrinadores e na jurisprudência. Orlando Gomes, por exemplo, observa que um erro inescusável pode ser equiparado à má-fé. Nesse sentido, uma parcela significativa da doutrina não considera a escusabilidade como um requisito essencial para a configuração do erro, mas busca justificá-la à luz da proteção da confiança. Gomes argumenta que a tutela do declarante deve ser limitada às situações em que a falsa representação poderia ter sido realizada por uma pessoa de normal diligência. Clóvis Beviláqua também se alinha a essa perspectiva ao delinear os requisitos que devem ser atendidos para que um erro seja considerado anulável. Segundo Beviláqua, o erro deve ser: (i) escusável; (ii) real, ou seja, deve recair sobre o objeto do contrato e não sobre aspectos meramente formais, como o nome ou qualificações das partes; (iii) pertinente ao próprio negócio e não a motivos não essenciais; e (iv) relevante, apresentando impacto suficiente sobre a formação da vontade das partes. Ao se considerar o contexto do Código Civil de 2002, nota-se que uma parte significativa da doutrina ainda inclui a escusabilidade como um requisito fundamental para a configuração do erro. Essa continuidade na discussão reflete a relevância do tema na proteção da boa-fé e da confiança nas relações contratuais, evidenciando a necessidade de uma análise cuidadosa em relação à validade dos atos jurídicos. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001. p. 298-299. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 432

[78] Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que o erro invalidante há que ser, ainda, escusável, isto é, perdoável, dentro do que se espera do homem médio que atue com grau normal de diligência. Não se admite, outrossim, a alegação de erro por parte daquele que atuou com acentuado grau de displicência. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423.

exigência do erro escusável, conforme mencionado no final do artigo 138[79].

Contudo, a redação do artigo 138, ao citar o erro "que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio", levanta uma questão crucial: a quem se refere essa pessoa mencionada pelo legislador? A interpretação mais coerente aponta para o declaratário[80]. Essa conclusão se baseia na ideia de que um erro perceptível por uma pessoa de diligência normal, se atribuído ao declarante, tornaria o erro inescusável[81]. Tal interpretação parece não se alinhar adequadamente ao contexto e aos objetivos do dispositivo legal, alinhando-se, em vez disso, ao ser colocar como centro o destinatário, ao conceito previamente debatido de cognoscibilidade.

Em oposição, a corrente majoritária, representada por juristas como Silvio de Salvo Venosa[82], Cristiano Chaves de Farias, Nelson

---

[79] O Código Civil de 2002, em seu art. 138 (substituto do art. 86 do CC/16), incorporou um novo requisito para a anulabilidade de um negócio jurídico fundado em erro substancial: o engano deve ser perceptível "por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio". Segundo Carlos Alberto Gonçalves, o novo Código consolida o entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao exigir a escusabilidade do erro ou ignorância — uma análise antes realizada conforme as particularidades do caso concreto (como nível de cultura, profissão e discernimento do declarante), mas que agora é feita de forma abstrata, com base no padrão de percepção de uma pessoa média, dotada de diligência normal. Gonçalves observa ainda que o critério da cognoscibilidade pelo destinatário da declaração enganosa (o declaratário) foi rejeitado pela Comissão de Elaboração do Código, conforme explicação do Ministro Moreira Alves, e que, portanto, a referência no art. 138 a uma "pessoa de diligência normal" se refere ao próprio declarante enganado. GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129.

[80] Por outro lado, a maioria dos autores nacionais reconhece a adoção da teoria da confiança e a necessidade de que o erro seja reconhecível pelo destinatário da declaração. Segundo Humberto Theodoro Júnior, esse novo requisito para a anulabilidade do negócio praticado com erro refere-se, obviamente, àquele que contrata com o autor da declaração viciada. Assim, caso o erro fosse perceptível em condições razoáveis, não haveria justificativa para cogitar a anulação do negócio, pois quem contrata deveria perceber o erro cometido. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. III, tomo I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

[81] Theodoro Júnior afirma que "Se o erro fosse perceptível pela parte que o cometeu, erro não haveria, ou se houvesse seria inescusável; assim, de qualquer maneira, não se haveria de cogitar de negócio anulável". THEODORO JÚNIOR, Humberto. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. III, tomo I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

[82] O Professor Sílvio Venosa, mesmo defendendo que o reconhecimento do erro deveria ser um requisito voltado para o destinatário da declaração (ou seja, que o declaratário deveria ser capaz de perceber o erro), observa que o legislador, ao redigir o Código Civil de 2002, optou por remover essa exigência de escusabilidade (ou seja, a justificabilidade do erro) do anteprojeto de 1973. Segundo Venosa, essa supressão foi apropriada, pois a nova legislação considera o requisito de escusabilidade como algo secundário. Dessa forma, tal requisito não é mais um elemento essencial para caracterizar o erro como um vício de vontade que justifique a anulação do negócio jurídico. Isso implica que, no Código atual, não é prioritário

Rosenvald[83] e Humberto Theodoro Júnior[84], argumenta que o erro não necessita mais ser escusável para invalidar o contrato. Essa corrente preponderante enfatiza que a referência à "pessoa de diligência normal" no artigo 138 não se dirige ao proponente, mas ao destinatário da declaração[85], e que a manutenção da anulação por erro escusável, similar ao Código de 1916 (em que o foco era o declarante), colide com a legítima expectativa do destinatário, violando, assim, o princípio da confiança, fundamental na boa-fé objetiva.

avaliar se o erro era justificável, mas sim se ele afetava substancialmente o negócio jurídico. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 411.

[83] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[84] Humberto Theodoro Júnio explica que "no campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado pela "teoria da responsabilidade" (culpa do autor da declaração), evoluiu-se para a "teoria da confiança", seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas como sanção à culpa do declarante (erro inescusável) que se anula o ato viciado, mas porque o destinatário da declaração também teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). A contrário sensu, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 40, 2001, p. 122.

Contrariamente, Gustavo Tepedino[86] Lopes de Oliveira[87] e Silvio Rodrigues[88]propõem uma abordagem intermediária. Eles concordam com a adoção do princípio da confiança, porém argumentam que isso não está em desacordo com a exigência do erro escusável, desde que esse erro seja perceptível pelo destinatário. Eles ressaltam a importância de ambos os envolvidos seguirem os deveres derivados da boa-fé objetiva, indicando que a escusabilidade do erro não está mais vinculada à análise da culpa do proponente, mas sim ao seu dever de cuidado. Essa corrente busca redefinir a escusabilidade do erro à luz da boa-fé objetiva, afastando-se da lógica do Código Civil de 1916, ao relacionar a escusabilidade ao dever de cuidado tanto do proponente quanto do destinatário, como um componente integral da boa-fé objetiva.

Apesar de uma maioria doutrinária entender que o erro não precisa mais ser escusável para invalidar o negócio jurídico, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem registrado, em decisões

---

[86] Segundo os renomados professores Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Morais, "o Código Civil de 1916 não exige expressamente a escusabilidade do erro para a anulação do negócio jurídico. Para muitos, tratava-se de um requisito tacitamente atribuído pelo sistema ao declarante, pois, se o erro fosse grosseiro ou inescusável, a invalidação do negócio representaria uma consequência injusta para o receptor da declaração de vontade. A mesma interpretação pode ser sustentada no sistema atual, ainda que o legislador novamente tenha omitido qualquer referência expressa à escusabilidade do erro". TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.

[87] O Professor José Maria Leoni Lopes de Oliveira aborda a questão da "escusabilidade" do erro no contexto do Código Civil brasileiro. Ele analisa se o requisito da escusabilidade — ou seja, a justificativa ou desculpabilidade do erro cometido — ainda se mantém necessário mesmo com a inclusão do critério do “conhecimento pelo outro contratante.” Este último requisito implica que, para um erro ser relevante ao ponto de invalidar um contrato, a outra parte precisaria estar ciente do engano. Oliveira defende que o requisito da escusabilidade permanece importante, pois isso harmoniza o conceito de erro com o "caráter ético" do novo Código Civil, especialmente como expresso nos artigos 113, 421 e 422. Esses artigos enfatizam a boa-fé objetiva, a função social do contrato e os deveres de lealdade entre as partes, pilares do direito civil moderno que reforçam o respeito mútuo e a proteção de expectativas legítimas em relações contratuais. Assim, segundo Oliveira, a manutenção da escusabilidade do erro alinha-se aos valores éticos que fundamentam o Código, garantindo que o erro só seja motivo de anulação quando for desculpável, protegendo assim a boa-fé e os interesses justos de ambas as partes. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado*, v.1: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 264.

[88] O Professor Silvio Rodrigues expressou uma posição semelhante ao afirmar que "parece efetivamente impossível imaginar que a lei possa autorizar o desfazimento de um ato jurídico em benefício de quem o promove, baseado em um erro inescusável". RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, volume 1. 32. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.02. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191.

após a entrada em vigor do novo Código Civil, considerações sobre a necessidade da escusabilidade em certos contextos.

Um dos casos analisados pelo STJ envolveu a anulação de um negócio jurídico e um pedido de compensação por danos. Nessa situação específica, um devedor ofereceu um imóvel como dação em pagamento a uma instituição financeira para liquidar uma dívida.

A instituição financeira buscou a anulação do negócio devido ao fato de que o imóvel oferecido estava topograficamente deslocado de sua localização registrada na matrícula. Contudo, a ação foi rejeitada, fundamentada na inescusabilidade do erro, ou seja, um erro que não poderia ser justificado.

A decisão do tribunal ressaltou que, para que um erro leve à anulação de um negócio jurídico, além de ser essencial, deve ser também inescusável. Esse tipo de erro precisa ser fruto de uma representação equivocada da realidade, algo que seria perdoável em muitos casos devido ao desconhecimento natural das circunstâncias específicas do negócio jurídico. Para ser considerado escusável, o erro deve ser algo que qualquer pessoa comum, de inteligência mediana, poderia cometer.[89]

No contexto desse caso específico, o tribunal concluiu que não seria razoável supor que a instituição financeira, com sua posição consolidada no mercado, teria negligenciado os procedimentos comuns ao realizar um negócio tão rotineiro quanto a dação de um imóvel para quitar dívidas, especialmente ao receber um imóvel com deslocamento topográfico. O erro foi, então, considerado grosseiro e incapaz de anular o negócio jurídico, uma vez que demonstrava uma culpa grave por parte da instituição, considerando as particularidades da atividade por ela desenvolvida.

A dificuldade aqui reside na busca por um embasamento jurídico consistente para justificar a aplicação do requisito da escusabilidade, especialmente diante da ausência de uma previsão explícita no Código Civil de 2002. Parece que o sistema jurídico nacional adotou a teoria da confiança, transferindo o critério de anulação devido ao erro para o declaratário, com o propósito de preservar a segurança jurídica e a estabilidade dos acordos estabelecidos.

Nesse cenário, a invalidação de um contrato por erro passa a depender da percepção desse erro pelo declaratário. Essa escolha

[89] STJ, 4ª T. REsp nº 744.311/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/08/2010.

parece ser legítima por parte dos legisladores, considerando as várias abordagens discutidas anteriormente. Ao transferir a responsabilidade de identificar o erro para o declaratário, a intenção é garantir a solidez dos acordos e a confiabilidade das relações legais, fortalecendo a segurança e a previsibilidade nos contextos contratuais.[90]

Inclusive, o Enunciado nº 12, oriundo das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, segue a mesma diretriz ao estabelecer que, conforme a sistemática do art. 138, a escusabilidade do erro é desconsiderada, já que o dispositivo segue o princípio da confiança.

Nesse contexto, é importante mencionar que a anulação de um negócio jurídico em decorrência de erro substancial e cognoscível gera efeitos complexos, especialmente no que tange à possibilidade de indenização limitada ao interesse negativo, ou seja, aos danos decorrentes da expectativa frustrada. De acordo com o artigo 138 do Código Civil brasileiro[91], a anulabilidade de um negócio jurídico com erro substancial permite que este produza efeitos até a decretação judicial da sua anulação, que possui eficácia *ex tunc* (retroativa), conforme previsto no artigo 182 do Código Civil[92]. Tal eficácia implica que as partes retornem ao estado anterior ao contrato (*status quo ante*). Contudo, essa retroação suscita discussões sobre a responsabilidade pelos custos incorridos e prejuízos resultantes até a efetivação da anulação, tais como despesas com a elaboração, registro, tributos e lucros cessantes.

Pontes de Miranda aborda de forma detalhada o conceito de "interesse negativo", ilustrando como esse instituto visa compensar

---

[90] No campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado pela "teoria da responsabilidade" (culpa do auto da declaração), evoluiu-se para a "teoria da confiança", seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas como sanção à culpa do declarante (erro inescusável) que se anula o ato viciado, mas porque o destinatário da declaração também teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). A contrário sensu, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante. THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 40, 2001, p. 122.

[91] Art. 138. *São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.*

[92] Art. 182. *Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.*

as perdas da parte lesada ao restaurá-la ao estado em que se encontrava antes de confiar na validade do contrato. Dentre os exemplos que ele menciona, destacam-se os gastos realizados para a conclusão do contrato ou para efetuar o ato objeto da promessa, bem como os desembolsos feitos em função da crença na validade jurídica do ato, incluindo formalidades 250nforma250rias. Ele observa que esses custos são ressarcidos quando diretamente decorrentes da confiança na eficácia do contrato, enquanto despesas preliminares, supérfluas ou advindas de incompetência são excluídas. Pontes de Miranda ainda inclui no interesse negativo os prejuízos relacionados a aquisições realizadas com base no contrato e os danos que um bem devolvido possa ter sofrido enquanto em posse do indenizante. Em casos excepcionais, é também possível que se compense o lucro que a parte lesada teria obtido caso o bem fosse vendido a um preço superior, lucro esse impedido pela anulação do contrato. Com essa delimitação, Pontes de Miranda evidencia o papel do interesse negativo em repor a parte prejudicada ao estado pré-contratual, resguardando-a de perdas decorrentes da confiança depositada no ato jurídico[93].

Nesse contexto, Mafalda Barbosa ressalta que, quando ocorre um erro em uma declaração, o "errante" pode ser obrigado a compensar o "declaratário" pelos danos causados, mas isso ocorre apenas se o erro for atribuído a algum descuido ou falha daquele que o cometeu. Em regra, essa compensação abrange o chamado "interesse contratual negativo", visando a restaurar a situação em que o declaratório estaria caso o contrato jamais tivesse sido celebrado, indenizando-o pelos prejuízos sofridos devido à confiança depositada na declaração incorreta[94].

Logo, percebe-se que tanto na legislação portuguesa como na nacional a anulação de um negócio jurídico eivado de erro implica um retorno ao status quo ante, conforme estabelece o artigo 182 do Código Civil brasileiro, que prevê a eficácia ex tunc da sentença. A possibilidade de indenização está fundamentada na responsabilidade pré-contratual, restringindo-se aos interesses contratuais negativos, que dizem respeito aos danos e perdas decorrentes da confiança depositada no negócio anulado. Para determinar a responsabilidade

---

[93] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 4, p. 90-91.

[94] BARBOSA, Mafalda Miranda**.** *Falta e vícios da vontade: dogmática e jurisprudência em diálogo.* 1. ed. Lisboa: Gestlegal, janeiro 2020. p. 111.

civil, é crucial analisar os pressupostos da responsabilidade extracontratual, especialmente a conduta culpável. Essa conduta refere-se à ação ou omissão da parte que cometeu o erro e, para que haja responsabilização, o erro deve ser cognoscível, ou seja, a parte afetada deve ter a capacidade de perceber a falha no ato jurídico. Portanto, em relação ao direito brasileiro, o pleito indenizatório pode caber não apenas nos casos em que o declaratário intencionalmente mantém o declarante em erro, mas também quando, tendo conhecimento efetivo do erro escusável do declarante, não toma providências para 251nforma-lo sobre a equivocada interpretação da realidade, permitindo que o trato obrigacional se desenvolva de forma defeituosa, o que configura uma violação do princípio da boa-fé objetiva[95].

Assim, a responsabilidade civil em casos de anulação por erro é complexa, envolvendo uma avaliação minuciosa da natureza do erro e da relação entre as partes, garantindo que os interesses sejam equilibrados na busca por reparação dos danos sofridos

Diante da análise sobre a configuração do erro no âmbito do Código Civil brasileiro, verifica-se que a adoção da teoria da confiança como fundamento para a anulação de negócios jurídicos revela a importância dos requisitos de essencialidade e cognoscibilidade. Esses critérios, ao estabelecerem a relevância do elemento afetado pelo erro e a capacidade de percepção do destinatário, tornam-se pilares fundamentais na determinação da validade do erro como base para a anulação contratual. Nesse contexto, a essencialidade e a cognoscibilidade não apenas delimitam a extensão do equívoco, mas também delineiam os limites da responsabilidade entre as partes envolvidas, consolidando-se como elementos-chave na interpretação e aplicação da teoria da confiança no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[95] Augusto Passamani Bufulin, ao analisar o direito civil brasileiro, argumenta que o pedido de indenização é cabível não apenas nos casos em que o declaratário deliberadamente mantém o declarante em erro, mas também quando, mesmo ciente do erro escusável do declarante, o declaratário deixa de tomar medidas para alertá-lo sobre a interpretação equivocada da realidade. Essa omissão, ao permitir que a relação contratual prossiga de forma defeituosa, representa uma violação ao princípio da boa-fé objetiva. BUFULIN, Augusto Passamani. *Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002.* 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012. p. 194.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da complexidade inerente ao instituto do erro nos negócios jurídicos, evidencia-se, ao longo do desenvolvimento e consolidação da teoria do negócio jurídico, a tensão entre a preservação da autonomia da vontade e a busca pela segurança nas relações contratuais. A prevalência por um desses institutos, reverberou diretamente na conceituação do erro, bem como nos requisitos da sua configuração ao longo da história.

Como o Direito não é um sistema hermético, o contexto político, econômico e social influenciou diretamente a mudança de perspectiva ou a suavização de institutos, ao longo dos anos, para acomodar o dilema entre a vontade e a declaração para a materialização do erro.

No contexto contemporâneo, a ponderação entre autonomia e segurança nas transações comerciais é essencial. A perspectiva atual baseia-se na premissa de que um erro relevante, perceptível por uma pessoa diligente, pode comprometer a validade de um contrato. Essa abordagem busca equilibrar os interesses individuais com a estabilidade normativa, priorizando a confiança recíproca e a transparência na comunicação entre as partes. Nesse contexto, a partir das análises expostas, nota-se que no âmbito do Código Civil Brasileiro de 2002, a teoria da confiança foi adotada como base para a configuração do erro. Isso implica que, para que o erro seja reconhecido como válido para anular um negócio jurídico, são exigidos dois requisitos principais: essencialidade e cognoscibilidade. Esses critérios delimitam não apenas a relevância do erro, mas também a capacidade de percepção do destinatário, balizando erro como fundamento para a invalidação contratual.

Nesse sentido, Menezes Cordeiro[96] expõe em um primeiro plano que no âmbito jurídico, o conceito de “erro na declaração” ou “erro-obstáculo” refere-se a uma situação em que a vontade do declarante é corretamente formada, mas, durante o processo de

[96] Menezes Cordeiro analisa a essencialidade e o conhecimento no contexto do erro na declaração, fundamentando-se no artigo 247 do Código Civil Português, que dispõe: "*Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro."* CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023. v. 2, p. 848.

exteriorização ou comunicação, ocorre uma falha que faz com que a declaração expressa não corresponda à intenção real do declarante. Esse tipo de erro torna a declaração negocial anulável, desde que o destinatário da declaração tivesse conhecimento ou, ao menos, devesse saber que o elemento em questão era essencial para o declarante[97]. Dessa forma, para que o erro na declaração possa justificar a anulação do ato, é necessário que ele recaia sobre um elemento essencial para o declarante e seja perceptível ou razoavelmente identificável pela outra parte.

Menezes Cordeiro, ao aprofundar sua análise sobre o erro na declaração, explica que, para que tal erro seja considerado relevante e conduza à anulação de um negócio jurídico, é preciso atender a dois requisitos essenciais. Primeiramente, o erro deve incidir sobre um elemento central para o declarante, de forma que, sem ele, a declaração não teria sido formulada da mesma maneira. Esse elemento essencial constitui uma condição indispensável para a manifestação da vontade do declarante. Em segundo lugar, exige-se que a parte destinatária da declaração conheça a importância desse elemento para o declarante ou, ao menos, possa perceber sua relevância. A conjunção desses requisitos visa assegurar que os negócios jurídicos se desenvolvam com transparência e boa-fé, evitando que declarações sejam realizadas com base em interpretações equivocadas sobre aspectos fundamentais do contrato.

Para Menezes Cordeiro, a noção de “essencialidade[98]” de um elemento em uma declaração envolve identificar aspectos que,

---

[97] Segundo Menezes Cordeiro, entende-se por "elemento essencial" qualquer aspecto fundamental para o declarante, podendo abranger: "a) elementos principais do contrato, como o objeto do negócio jurídico e o conteúdo ou os termos da negociação; b) elementos acessórios, que incluem características secundárias do objeto ou cláusulas de menor relevância; c) fatores relativos às partes, como identidade, qualidades pessoais ou funcionais das partes envolvidas. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2023. v. 2. p. 848.

[98] Para Menezes, a essencialidade é uma percepção subjetiva, pois cada pessoa pode valorar diferentemente o que é fundamental em um contrato. Entretanto, certos elementos são normalmente tidos como essenciais conforme o tipo de contrato, como o preço em uma compra ou a exclusão de responsabilidades em contratos de transferência de obrigações. Essa subjetividade limitada pela natureza do contrato visa garantir a flexibilidade na interpretação, ao mesmo tempo que mantém a proteção das expectativas legítimas entre as partes envolvidas. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2023. v. 2, p. 849.

sem os quais, o declarante não teria atribuído o mesmo sentido ao negócio jurídico. Essa ideia permite distinguir entre erros que impactam de forma relevante o negócio e aqueles que não possuem tal efeito. Os erros considerados indiferentes, por exemplo, não acarretam anulação, pois, ainda que presentes, o declarante teria realizado o negócio da mesma forma. De igual modo, os erros incidentais, embora impliquem em alterações menores, também não invalidam o ato, já que o declarante teria dado continuidade ao negócio com pequenas modificações.

Nesse contexto, Menezes Cordeiro explica que, para que um erro na declaração conduza à anulação de um contrato, é indispensável que o destinatário da declaração tenha ciência, ou pelo menos deva conhecer, que o elemento em questão era essencial para o declarante. Esse conhecimento do destinatário pode ser subjetivo, ou seja, advindo de uma compreensão direta sobre a importância do elemento, a partir de uma comunicação explícita, das circunstâncias do negócio ou da própria natureza contratual. Alternativamente, Menezes Cordeiro aponta para um dever de conhecimento objetivo, em que o destinatário deve reconhecer a relevância de determinado aspecto do contrato, mesmo que tal conhecimento não tenha sido formalmente comunicado. Essa obrigação normativa, porém, é limitada a situações específicas em que as circunstâncias do negócio tornam evidente a importância daquele elemento essencial, sem exigir que uma das partes investigue as motivações pessoais da outra. Assim, esse dever objetivo funciona como uma "válvula de segurança" que impede a anulação de contratos por razões insuficientes. Menezes Cordeiro demonstra ainda que cabe à parte que pleiteia a anulação comprovar a essencialidade do elemento e demonstrar que o destinatário tinha, ou deveria ter, conhecimento dessa importância para o negócio jurídico.

A partir do paralelo realizado com a doutrina portuguesa, aliado à análise da legislação, doutrina e jurisprudência nacionais, bem como de uma análise histórica acerca do tema, é possível observar a importância de dois requisitos para a anulação de um negócio jurídico baseado em erro na declaração: a essencialidade e a cognoscibilidade.

O primeiro requisito, a essencialidade, implica que o erro deve recair sobre um elemento central para o declarante. Esse equívoco precisa estar vinculado a uma condição fundamental que determinou a decisão de realizar o negócio. Em outras palavras, se o erro não tiver relação com um aspecto essencial para quem o cometeu, não há

justificativa para a anulação do negócio, pois a manifestação de vontade não foi alterada de maneira significativa.

Já o segundo requisito, a cognoscibilidade, refere-se à capacidade de o erro ser reconhecido ou percebido pelo destinatário da declaração de vontade. Este critério estabelece que o erro deve ser algo que a outra parte na transação poderia ou deveria razoavelmente identificar quando a declaração foi feita. Mesmo que o destinatário não tenha efetivamente percebido o erro, sua cognoscibilidade, isto é, a possibilidade de que o erro fosse reconhecido por uma pessoa razoável, pode ser suficiente para justificar a anulação do negócio. Dessa forma, a conjunção desses requisitos contribui para garantir a segurança jurídica e a boa-fé nas relações contratuais, evitando que negócios jurídicos sejam invalidados por erros que não comprometam de forma significativa a base do acordo.

Portanto, a combinação desses dois requisitos, essencialidade e cognoscibilidade, constitui a base na qual o Código Civil Brasileiro fundamenta a configuração do erro, alinhando-se à teoria da confiança ao estabelecer critérios para determinar quando um erro é substancial o suficiente para invalidar um negócio jurídico.

Contudo, é importante ressaltar que o sistema jurídico não se fecha definitivamente em torno dessa teoria, pois a história demonstra que fatores externos ao direito frequentemente determinam a prevalência entre a autonomia da vontade e a segurança jurídica. Em tempos de automação das relações contratuais, novos desafios emergem, os quais impactarão diretamente o intrincado conceito de erro, evidenciando a constante necessidade de adaptação e reflexão dentro do campo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. p. 237.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**. São Paulo: Atlas, p. 109-111.

BARBOSA, Mafalda Miranda**. Falta e vícios da vontade**: dogmática e jurisprudência em diálogo. 1. ed. Lisboa: Gestlegal, 2020, p. 59.

BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos, in: ____ LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil.** Nossa Livraria, p. 109

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. esp. de A. Martín Pérez, Madri, 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 298-299.

BUFULIN, Augusto Passamani. **Os requisitos do erro de acordo com a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002.** 2012. 231f. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2012.

CASILLO, João. **O erro como vício da vontade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. 2.

CUPANI, Alberto. **Filosofia da tecnologia**: Um convite. Florianópolis: UFSC, 2016.

DE PAGE, Henri. Traité Élémentaire, I, nº 38

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14. ed.dc Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

FERRARA, Della. **Simulazione dei negozi giuridici**. Athenaeum, 5 ed, Roma, 1922.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos: teoria geral. v. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 361

LANDIM, Jayme. **Vícios da vontade**: em comentário ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação**

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**, v. I, t. I. 2. ed.

Coimbra: Almedina, 2000, p. 606-609.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado**, v.1: parte geral - Rio deJaneiro: Lumen Juris, 2004, p. 264.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I, 29ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed.Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4. p. 90-91.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações Pessoas e Reciprocas nos Pactos**, Contractos, Conveções, 1849.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, volume 1. 32 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.02- São Paulo: Saraiva, 2004, p.191.

RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SACCO, Rodolfo. **La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato**. 1949.

SALEILLES, Raymond. **De la declaration de volonté: contribution aetude de;acte juridique dans le code civil allemand, art. 116 a 144** /. Imprenta: Paris, F. Pichon, Successeur, éditeur, 1901

SANTOS, Beleza dos. **A simulação em direito Civil**, 1921.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de droit romain**: VIII. Firmin Didot, 1845.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de.

Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, v.1- Rio de Janeiro:Renovar, 2004, p. 269

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 40, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro:** críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina,2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA?

Taís Schilling Ferraz
Iasmina Rocha

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA?

JUDICIALIZATION OF PRIVATE HEALTH CARE PLANS: CAUSE OR CONSEQUENCE?

Taís Schilling Ferraz
Desembargadora federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Doutora em Ciências Criminais e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Tem especialização em docência no ensino superior pela UNIASSELVI e é professora do quadro permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Integra o Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal.

Iasmina Rocha
Juíza do Tribunal de Justiça de Pernambuco. É especialista em processo civil pela ESMAPE/Mauricio de Nassau, Mestranda em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Integra o Centro de Inteligência do TJPE.

Resumo

A negativa de cobertura para medicamentos, tratamentos ou procedimentos pelos planos de saúde é um dos grandes focos de judicialização de conflitos. Este artigo tem por objetivo investigar, entre os muitos fatores que contribuem para essa judicialização, o papel exercido pelo próprio Poder Judiciário. Sob o pressuposto de que a judicialização de conflitos é um fenômeno complexo, avalia-se a hipótese de que esteja sendo produzido, em grande medida, pela própria forma como o Poder Judiciário responde à litigiosidade. A pesquisa parte de dados estatísticos sobre a judicialização da saúde e, com base em pesquisa bibliográfica, aplica os pressupostos do pensamento sistêmico para a avaliação das relações entre elementos que caracterizam a judicialização, em especial, investiga a

aplicabilidade, no caso, do arquétipo da transferência de responsabilidade e do efeito recursivo. A pesquisa revela que a forma pela qual o Judiciário tradicionalmente deu tratamento às demandas de saúde vem retroalimentando o fenômeno da judicialização. Conclui-se que, ao avaliar tais demandas, a magistratura atua apenas sobre as dificuldades aparentes, interfere no comportamento dos jurisdicionados e do sistema de justiça, além de produzir efeitos deletérios sobre a atividade econômica, tornando os planos de saúde mais caros e restritivos e impulsionando, cada vez mais, a busca por soluções adjudicadas, em um movimento tautológico. Diante dos resultados, qualquer possível intervenção sobre a judicialização da saúde suplementar, com perspectiva de impactos positivos, pressupõe a tomada de consciência sobre os efeitos da atividade jurisdicional sobre o fenômeno.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Saúde suplementar. Efeito recursivo Corresponsabilidade. Poder Judiciário.

Abstract

The refusal of private health care plans to cover medications, treatments or procedures is one of the main drivers of litigation. This article aims to investigate, among the many factors that contribute to such litigation, the role possibly played by the Judiciary itself. On the assumption that litigation is a complex phenomenon, it is been assessed whether it is largely driven by the very way in which the Judiciary responds to litigation. The research is based on statistical data on health-related judicialization and, based on a literature review, applies the assumptions of systemic thinking to evaluate the relationships among elements that characterize judicialization, in particular, investigating the applicability, in this case, of the archetype of shifting the burden and of the recursive effect. The study reveals that the way in which Judiciary has traditionally handled health claims has been reinforcing the phenomenon of judicialization. When analyzing such claims, judges act only on apparent difficulties, interfere in the behavior of the litigants and in the justice system, and produce harmful effects on economic activity, making private health care plans more expensive and restrictive while increasingly driving the search for adjudicated solutions in a tautological movement. Given

the findings, any possible intervention in the litigation of private health care plans, with the prospect of positive impacts, presumes na awareness on the effects of judicial activity on the phenomenon.

Keywords: Health-related judicialization. Private health care. Recursive effect. Co-responsibility. Judiciary.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 incorporou um anseio histórico da população brasileira por melhores condições de acesso à saúde, pondo fim a um modelo de prestação de serviços que alcançava apenas a parcela da população com vínculo formal de trabalho, e no qual muitas pessoas permaneciam totalmente desassistidas.

Previu a Carta de 1988 ser a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 6º). Estabeleceu que o atendimento seria integral, com prioridade para as atividades preventivas, sendo constituído um Sistema Único de Saúde (SUS), a ser financiado com recursos orçamentários, nos três níveis de governo, entre outras fontes.

Reservou à iniciativa privada a liberdade de também prestar assistência à saúde, de forma complementar e segundo diretrizes.

As operadoras de planos de saúde instrumentalizam o acesso da população à grande parte das atividades dessa saúde suplementar, atuando para facilitar a relação entre beneficiários e prestadores dos serviços médicos, mediante o pagamento de mensalidades e outras formas de remuneração. Atualmente, mais de 50 milhões de pessoas no Brasil buscam essa alternativa ao SUS.

A atividade das operadoras de planos de saúde é regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e, embora sejam elas contratadas pelos beneficiários na busca de segurança para momentos de vulnerabilidade, trata-se de um campo de interação extremamente conflagrado, em que é extremamente comum o surgimento de conflitos relativos à cobertura de serviços e tecnologias em saúde. São tais conflitos que, por não encontrarem caminhos alternativos de solução, cada vez mais aportam no Poder Judiciário.

A judicialização da saúde é um fenômeno complexo, que abrange tanto a saúde pública como a saúde suplementar e que vem recrudescendo a cada ano.

Este artigo tem por objetivo investigar, a despeito de outros possíveis fatores, a possibilidade de estar o próprio Poder Judiciário contribuindo para a intensificação da judicialização da saúde suplementar, especialmente ao alimentar a crença de que a saúde deve ser assegurada de forma ampla, geral e irrestrita, a despeito de seus custos.

A pesquisa será essencialmente bibliográfica e fará uso de dados estatísticos presentes em bases de dados oficiais. O referencial teórico do pensamento sistêmico será adotado como estratégia de avaliação do fenômeno da judicialização, em especial as chamadas armadilhas sistêmicas, como a transferência de responsabilidade e a recursividade.

Este artigo está dividido em três capítulos. O primeiro, que se segue a esta introdução, inicia o tema da judicialização da saúde suplementar, trazendo alguns elementos de natureza conceitual, o marco normativo aplicável, além de dados empíricos que retratam o cenário atual de litigiosidade. O capítulo seguinte será dedicado à identificação das estratégias e políticas judiciárias que vêm sendo adotadas para o tratamento da judicialização da saúde suplementar. Por fim, tendo por base princípios da abordagem sistêmica dos fenômenos, os elementos identificados nos capítulos anteriores serão avaliados, identificando-se padrões de comportamento e interações que possam estar contribuindo para o recrudescimento da busca do Poder Judiciário em conflitos envolvendo contratos e direito à saúde.

Busca-se, com o presente estudo, contribuir para o campo de estudos da litigiosidade, abrindo-se novas agendas de pesquisa sobre a judicialização dos conflitos, compatíveis com a complexidade do fenômeno.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

O atendimento através do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis nº. 8.080/1990 e nº. 8.142/1990, propõe-se a albergar desde a simples avaliação da pressão arterial até o transplante de órgãos, com serviços de atenção integral à saúde, sem discriminação. Funciona sob gestão tripartite, coordenada nacionalmente pelo Ministério da Saúde e compartilhada com Estados e Municípios, contando com instituições vinculadas como a Fiocruz, Funasa, Hemobrás, Inca, Into e hospitais federais (Brasil, 2024).

Em que pese o volume de investimentos, que são provenientes de diversas fontes, o SUS não tem capacidade de atender a todas as necessidades de serviços e tecnologias de saúde da população brasileira (Ocke-Reis, 2023).

O modelo híbrido de assistência à saúde, com participação pública e privada, foi expressamente previsto no art. 199 do texto constitucional de 1988, que estabelece ser livre à iniciativa privada a prestação de serviços de saúde, observadas as disposições legais. Esse dispositivo permitiu a coexistência do sistema público, de acesso universal, com o setor de saúde suplementar, regulado pela Lei nº. 9.656/1998, chamada Lei dos Planos de Saúde, setor este fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº. 9.961/2000. A Lei nº. 13.848/2019, estabelece as bases para a regulação e fiscalização das atividades das operadoras de planos de saúde.

A Lei nº. 9.656/1998 define a Operadora de Plano de Assistência à Saúde como uma pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (art. 1º, II, e § 2º, Lei nº. 9.656/98, com redação da MP nº. 2.177-44/2001).

A atividade principal do sistema de saúde suplementar no atendimento de saúde aos beneficiários é feita por meio dos prestadores de serviço, hospitais, profissionais médicos, laboratórios e estabelecimentos de medicina diagnóstica (ANS, 2021).

O 9º Boletim Panorama - Saúde Suplementar (ANS, 2025), edição de junho de 2025, elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), demonstra que, em abril de 2025, o número de beneficiários de planos de assistência médico-hospitalar suplementar é de 52,3 milhões, distribuídos em serviços de 672 operadoras.

Em 2020 eram 30,9 milhões beneficiários ativos, conforme dados da ANS (ANS, 2025b), tendo havido aumento de 69,2% de usuários.

A receita de contraprestação, em 2024, registra R$ 312,1 bilhões recebidos, para despesas assistenciais executadas de R$ 256,8 bilhões.

O Painel D-Tiss da ANS (ANS, 2022), que foi implantado para reduzir a assimetria de informações entre os beneficiários e as operadoras de planos privados de assistência à saúde, revela que, em 2015 foram cobertos 829,31 mil procedimentos de saúde, ao valor total de R$ 28,81 bilhões (ANS, 2025a). Em 2020 o número de procedimentos cobertos foi de 1,02 bilhões e em 2024 ocorreu cobertura a 1,53 bilhões de procedimentos, aumento de 50%, em relação a 2020, no percentual de número de procedimentos cobertos.

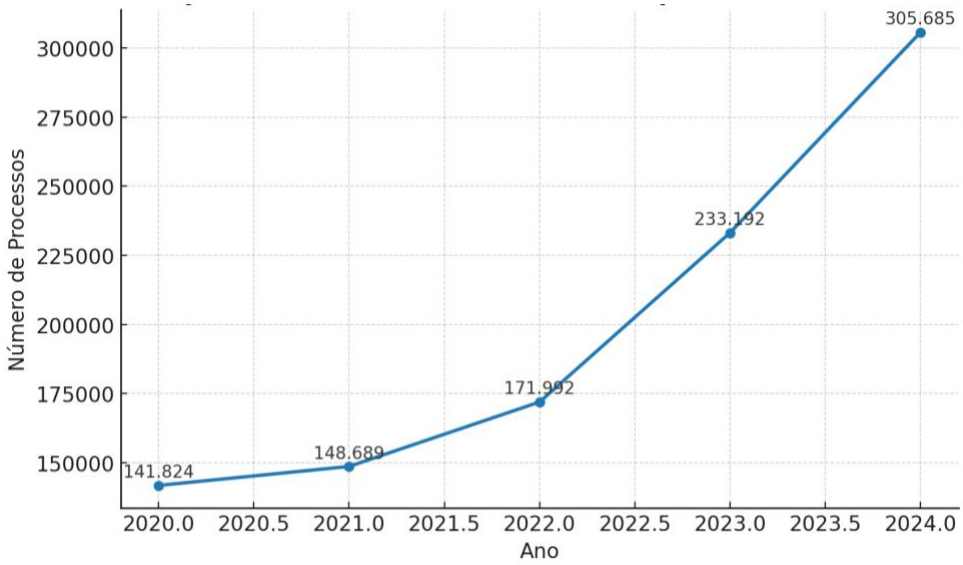
Os custos com esses procedimentos, em 2020, foram de R$ 49,79 bilhões e, em 2024, foram de R$ 85,19 bilhões (ANS, 2025a), o que implica acréscimo de, aproximadamente, 71,09%.

Comparando-se 2015 a 2024, houve aumento de procedimentos cobertos no percentual aproximado de 84,45%, com repercussão de, aproximadamente, 195,60% nos custos.

Ainda que tenha crescido o número de usuários ao longo dos anos, ocorreu um aumento ainda maior dos custos da saúde suplementar no Brasil no mesmo período. Podem ser apontados como fatores dessa alta a inflação dos custos médicos em si, o envelhecimento da população e a judicialização da saúde, que tem crescido significativamente nos últimos anos.

Segundo o Painel de Estatísticas do Poder Judiciário (CNJ, 2025), em relação à Saúde Suplementar**,** há uma curva crescente de novos processos. Em 2020 ingressaram 141.824 processos, em 2021 foram registrados 148.689 processos, em 2022 foram ajuizadas 171.992 demandas novas, em 2023 surgiram 233.192 novas lides sendo que, em 2024, 305.685 ações novas foram ajuizadas, um aumento acumulado, entre 2020 e 2024, no percentual de 115,54%. O gráfico a seguir demonstra o comportamento do fenômeno da judicialização, em termos quantitativos:

Figura 1. Evolução de novos Processos – Saúde Suplementar (2020-2024)



Fonte: Datajud – Painel da Judicialização da Saúde (CNJ, 2025)

Atualmente, considerados os dados coletados até 30/06/2025, estão em tramitação sob o assunto Saúde mais de 900 mil processos, tendo sido ajuizados neste ano de 2025, mais de 320 mil novos casos (CNJ, 2025).

Desse espantoso universo, sob o tema Saúde Suplementar existem mais de 380 mil processos pendentes no Judiciário, sendo que, apenas no primeiro semestre de 2025, ingressaram 156, 4 mil novas lides (CNJ, 2025).

Diante do avanço das técnicas da medicina e da busca por melhores tratamentos à saúde, lides não imaginadas quando do surgimento da Lei nº. 9.656/1998 são hoje comuns nos tribunais pátrios, como as discussões sobre cobertura a procedimentos robóticos, tratamentos *off label,* medicamentos recém-descobertos entre outras tecnologias emergentes.

2. O PODER JUDICIÁRIO NO MODO REAÇÃO

As operadoras de saúde suplementar vivem um constante embate com seus usuários que, muitas vezes, deságua no Poder Judiciário, trazendo necessidade recorrente de apropriação, por magistrados e servidores, de conhecimentos técnicos que estão muito além de saberes jurídicos contratuais e consumeristas. A instrução e o julgamento das demandas exigem profunda incursão no campo da medicina, da economia, além de atenção aos aspectos psicológicos que envolvem o tratamento das demandas. Nelas é comum o apelo à consciência por ambos os polos da relação processual, na busca de influenciar o comportamento dos julgadores, incutindo-lhes culpa em meio a apelos emocionais e morais. Se não acolher a pretensão do autor, beneficiário de um plano de saúde, será considerado responsável pela saúde ou mesmo a vida do requerente. Se, por outro lado, a acolher, estará impactando, com sua decisão, o custo futuro dos planos de saúde, que será repassado aos contratantes em geral. O painel da saúde da Associação Brasileira de Planos de Saúde aponta aumento anual, em 2023, de 37,6% de gastos com despesas judiciais (ABRAMGE, 2023).

A preocupação com as decisões judiciais que envolvem o sistema de saúde suplementar ocupa-se fatores que merecem especial atenção, pois deve-se levar em consideração tanto a importância da manutenção do sistema, que pode contribuir para o acesso da população à saúde e reduzir a demanda pelo uso do SUS, como deve proporcionar o estímulo financeiro ao empreendedorismo, com benefícios para os dois polos da relação negocial, usuários e empreendedores, e ainda se atentar ao princípio do mutualismo**,** pilar do sistema suplementar, em que todos os beneficiários contribuem para um fundo comum, utilizado para cobrir os custos dos tratamentos médicos, em sistema de solidariedade entre os participantes do pacto.

Muitas tentativas louváveis foram tomadas no escopo de resolver os altos números de processos judiciais referentes à saúde pública e suplementar.

Diante do elevado número e da ampla diversidade dos litígios referentes ao direito da saúde, o CNJ instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS), pela Resolução CNJ nº. 107, de 06/04/2010 (CNJ, 2010), tendo dentre seus objetivos efetuar o monitoramento das ações judiciais sobre o tema da assistência à saúde. Por meio da Resolução CNJ nº. 530 de 10/11/2023 (CNJ,

2013), foi instituída a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde, estabelecendo diretrizes para o planejamento de ações sobre a saúde, a estimulação da adoção de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas sobre o direito da saúde e o acompanhamento do acervo processual dos processos de assistência à saúde.

Ainda merecem menção especial a criação dos Comitês Estaduais de Saúde, presentes em todo o país, que reúnem magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria pública e representantes da área da saúde nas unidades federativas, além da instituição dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), que amparam técnica e cientificamente as decisões sobre os diversos tratamentos solicitados judicialmente, já tendo sido emitidas, até o ano de 2025, 342.546 Notas Técnicas para lastrar 254.459 processos judiciais (CNJ, 2025a).

Recentemente foi firmado um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), quando do III Congresso do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS), ocorrido em 21/11/2024, objetivando a elaboração de plano de trabalho conjunto para facilitar a comunicação entre os órgãos e a atualização permanente e recíproca de informações.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem efetuando a uniformização de entendimentos jurisprudenciais sobre diversos assuntos da saúde suplementar, visando tanto conferir isonomia aos litigantes, como atuar pedagogicamente sobre os grandes debates, reduzindo as divergências, já havendo decidido dez temas sob o regime dos recursos repetitivos, conforme art. 987, §2º e 1.037 do CPC, os Temas 610, 989, 1034, 952, 990, 1032, 1067, 1016, 1082, 1069 e o IAC 5 (STJ, 2025), formando precedentes de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionas pátrios. Estão afetadas e pendentes de decisão para uniformização, atualmente, diversas outras questões, representadas nos Temas 1047, 1295, 1314, 1316, 1365 (STJ, 2025).

Além das questões já equacionadas relativas à saúde suplementar, foram decididos diversos outros temas pelos tribunais estaduais, federais e superiores, sobre saúde pública, cujos precedentes, ao esclarecerem conceitos e princípios aplicáveis ao direito sanitário, como no caso dos recentes Temas 1234 e 6 do

Supremo Tribunal Federal, fornecem importantes subsídios ao tratamento dos processos ajuizados contra as operadoras de saúde.

Todas essas medidas adotadas buscaram criar estratégias para um melhor gerenciamento da judicialização da saúde e dos índices de recorribilidade. Diante do grande volume de processos e de uma percebida tendência de acolhimento dos pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamentos pelos juízes e tribunais, normas foram editadas, precedentes foram criados, fluxos procedimentais foram implementados e tornados obrigatórios, condutas foram valorizadas, na tentativa de conter o fenômeno.

Medidas de contenção, porém, não são suficientes quando se pretende atuar sobre a complexidade e, para além disso, ao serem colocadas em movimento e em interação, tais medidas produzem efeitos indesejados, por vezes as iniciativas até se anulam, ao interferirem umas nas outras, na estrutura do fenômeno que se pretende manejar. E o fenômeno da judicialização, inserido e relacionado ao problema maior da litigiosidade, é extremamente complexo, o que significa que é altamente interconectado nas suas estruturas, além de ser multicausal, multifacetado, multidimensional, contextual e multipolar. Soluções lineares são absolutamente insuficientes em contextos como esse.

3. UM PROBLEMA COMPLEXO, QUE ENVOLVE ABORDAGEM SISTÊMICA.

Como se extrai do capítulo anterior, diversas medidas vêm sendo tomadas pelo Poder Judiciário, diante da judicialização da saúde suplementar. O objetivo é o tratamento adequado e célere dos conflitos que envolvem o tema.

Ainda assim, o número de processos judiciais sob o tema saúde suplementar cresce a cada ano.

Impõe-se indagar se estão sendo formuladas as perguntas certas, quando se procura dar tratamento ao fenômeno da judicialização. Ao invés de se perguntar como julgar melhor e mais rápido as demandas de saúde, ou como reduzir o congestionamento de processos, talvez seja necessário questionar por que há tantos casos novos ingressando no Judiciário? Por que a curva da judicialização da saúde tem sido crescente?

É possível cogitar de alguns motivos dessa alta de litígios.

Talvez o aumento de usuários do sistema de saúde suplementar, diante das dificuldades crônicas de atendimento no SUS, possa estar contribuindo. Também o envelhecimento da população com maior necessidade de cuidados de saúde há que ser considerado, além dos inegáveis e bem-vindos avanços tecnológicos, abrindo a possibilidade de novos, embora mais dispendiosos tratamentos.

Pode-se acrescentar a tais motivadores a linguagem complexa dos contratos dos planos de saúde, a dificultar a compreensão dos usuários, gerar conflitos e atrair a aplicação de normas de defesa do consumidor.

Em paralelo, a ampliação do acesso à justiça, inclusive pelo sistema dos Juizados Especiais e pelo patrocínio das Defensorias Públicas, permitiu que as controvérsias sobre a amplitude da cobertura contratual para os variados eventos de saúde passassem a ser levadas sistematicamente à apreciação do Judiciário.

Um relevante fator cultural a ser considerado foi a ampliação do direito à saúde, assegurada na Constituição Federal de 1988, que deu legitimidade social à busca pelo Judiciário, diante de qualquer negativa de tratamento, o que, sem dúvida, foi (e continua a ser) reforçado pelo elevado êxito dos usuários dos planos de saúde nos processos judiciais. Incertezas regulatórias, constantes mudanças normativas e oscilações nas interpretações dos tribunais também parecem agregar complexidade ao cenário, a exemplo da taxatividade ou não do chamado Rol da ANS (ANS, 2025b), relação de procedimentos e eventos em saúde que as operadoras de saúde suplementar são obrigadas a oferecer, conforme cada tipo de plano de saúde.

A esse contexto se associa a atuação reativa do Poder Judiciário ao fenômeno da judicialização. Por meio de metas de produtividade cada vez mais desafiadoras e da busca da construção de fórmulas de instrução e de resposta para os litígios, que previnam soluções divergentes para temas semelhantes, procura-se controlar o fenômeno da judicialização. A característica intrincada e desafiadora, porém, das demandas em saúde, associada à complexidade do sistema de saúde suplementar, a produzir comportamentos reativos às decisões sob perspectivas jurídicas e econômicas, parece formar um grande bloco de conexões emaranhadas, que produzem litígios legítimos e, também oportunidades de litigar em juízo com desvio de finalidade.

Certo é que se trata de um problema de difícil solução no sistema de justiça.

Os problemas complexos são multifatoriais, multifacetados, multipolarizados, manifestam-se em diversas dimensões e tendem à homeostase, ainda que disfuncional. Isso os torna de difícil manejo, além de desanimar a qualquer um que procure os compreender de forma mais profunda. É mais fácil conviver com um problema complexo do que o tratar.

Problemas complexos são reativos a soluções lineares ou cartesianas. Modelos ou normas gerais dificilmente trazem a eles respostas ou fórmulas aplicáveis de forma silogística. São fenômenos que reclamam abordagem sistêmica que considerem múltiplos fatores e suas interrelações, o que impõe que se explore o conceito e alguns princípios dos sistemas complexos.

Sistema é o conjunto de partes ou componentes interligados e interdependentes, que funcionam de maneira organizada para cumprir uma função ou atingir um objetivo (Meadows, 2022).

Os sistemas podem ser simples, como um relógio de ponteiros em que, girando a engrenagem, o resultado é previsível, ou complexos, como o sistema biológico, em que, mesmo uma ameba, organismo unicelular, possui organelas, membranas, processos químicos e redes de sinalização que interagem de forma altamente coordenada, reagindo e se adaptando às condições externas, conseguindo manter o funcionamento interno (homeostase) e se reproduzir, mudar de forma, se mover, englobar partículas ou entrar em estado de encistamento (Capra, 2006).

O Poder Judiciário é um sistema complexo, com elementos que se relacionam interna e externamente com os demais integrantes do sistema de justiça, com outros entes públicos, com a sociedade e suas organizações, em uma relação que se modifica a cada dia.

As interações, em um sistema complexo, não são detectadas com facilidade, a tendência é identificar, à primeira vista, apenas elementos visíveis do sistema e os eventuais sintomas – efeitos exteriorizados - do funcionamento desse sistema.

Quando ocorrem alterações em sistemas complexos, os sintomas óbvios que aparecem como problemas recalcitrantes não indicam como a interação do sistema se movimentou até chegar a esse ponto (Senge, 2018).

As partes em um sistema complexo estão tão interconectadas, que a mudança de um pequeno fator pode interferir

de forma não esperada no rearranjo de seu funcionamento, como no clássico exemplo dos lobos de Parque Nacional de Yellowstone (Peglar, 1995), quando a mera retirada deles do parque, na década de 1920, trouxe o aumento descontrolado dos alces, que passaram a pastar sem predadores naturais, a degradação das margens dos rios, porque os alces comiam toda a vegetação jovem, a erosão e mudança no curso dos rios, pois sem árvores e arbustos as margens perderam estabilidade e a queda na população de castores e aves, que dependiam dessas plantas e de áreas alagadas (Gonçalves, 2023). Uma pequena mudança de apenas um predador da cadeia alimentar, alteração pontual e de implicação aparentemente simples, trouxe em efeito cascata consequências devastadoras. Ao serem recolocados no parque um número pequeno de lobos, ocorreu o rearranjo completo do sistema.

Assim, a compreensão das causas de um problema complexo, como o é a crescente litigiosidade da saúde suplementar, precisa ocorrer com um nível de consciência superior ao impulso primevo de conferir uma resposta imediata aos sintomas aparentes, já que causas e efeitos de problemas complexos não estão próximos no tempo e no espaço (Senge, 2018).

Senge (2024, p. 128) fala sobre a ausência de causa única para os problemas complexos da atualidade dizendo que “tudo à nossa volta é exemplo de “colapsos sistêmicos”, ao falar de aquecimento global, mudanças climáticas e tráfico de drogas, ao que se pode associar a judicialização crescente da saúde suplementar.

O sistema de justiça é um sistema circular, funcionando em *feedback* constante, aqui sendo conceituado *feedback* de forma mais ampla, a significar “qualquer fluxo recíproco de influência” (Senge, 2024, p. 137). Há uma tendência a perceber o mundo como um conjunto de linhas retas, de relações unidirecionais e lineares de causa e efeito, mas em verdade, há círculos de influência entre os eventos, o que dificulta ou mesmo afasta a ideia de que um é causa e o outro é consequência. Os eventos podem causar a si mesmos, em um movimento circular ou mesmo espiralar. Morin (2005) denomina esse comportamento de recursividade e o cataloga entre os princípios operadores da complexidade, exemplificando com a ideia de que os indivíduos fazem a sociedade, que, por meio da cultura, faz os indivíduos. A autonomia da sociedade depende dos indivíduos, cuja autonomia depende da sociedade. O mesmo comportamento pode ser observado no contexto da judicialização dos

conflitos, em que o aumento da quantidade de demandas ajuizadas produz a necessidade de soluções eficientes pelo Poder Judiciário que, num paradoxo, ao julgar massivamente os conflitos, produz mais litigiosidade, representada no número de casos novos e de impugnações às decisões judiciais. Não é simples, em um contexto como este, estabelecer o que é causa e o que é consequência. O comportamento é recursivo, podendo-se observar ciclos contínuos de *feedback*.

O incremento da capacidade de resolução dos litígios em matéria de saúde pública e suplementar, tal como ocorreu na última década e permanece ocorrendo, alimentado pelas metas judiciárias de aumento da eficiência, pela própria interpretação judicial sobre a extensão das garantias constitucionais e pela resposta tradicional das operadoras de saúde, produziu a crença na universalização do direito, retroalimentando a judicialização.

A observação mais acurada do fenômeno da judicialização em geral vem mostrando que, como sói acontecer em um sistema complexo, as políticas públicas de administração da justiça que visam maior eficiência do Judiciário, além de insuficientes, estão gerando o efeito perverso de fomentar mais judicialização (Rodrigues, 2017).

O aumento do número de decisões judiciais na saúde suplementar, em moldes lineares, em reação ao volume de novos processos, pode estar produzindo o que se chama de *backfire effect* (Ferraz, 2021), consequência não desejada e nem prevista, decorrente de uma alteração em pontos da estrutura de um sistema, que, estando tão conectados com outros elementos, em interação não observada ou mesmo não considerada, causam efeitos colaterais à solução conferida.

A rápida produção de decisões judiciais, especialmente nos casos de procedência, produz nos cidadãos a ideia de que o Poder Judiciário é a opção inicial e ideal para resolução dos conflitos, a primeira porta de acesso à justiça, quando deveria ser considerada como a *ultima ratio* (Didier Jr., 2024). O incremento de produtividade pode estar produzindo, portanto, um efeito recursivo (Ferraz, 2021), fomentando a judicialização da saúde suplementar, tornando as estruturas do sistema ainda mais emaranhadas e retroalimentando um sistema já disfuncional

Na busca de dar tratamento aos conflitos envolvendo a saúde suplementar, é comum a busca de culpados: ou é a operadora, que estaria apenas mirando o lucro de sua atividade econômica, ao negar

a cobertura, ou é o beneficiário, que pretende fazer uso de um tratamento não coberto, por vezes experimental, às custas de um plano não dimensionado economicamente para tanto, ou, ainda, é a ANS, que estabelece algumas regras incompatíveis com o direito constitucional à saúde. Essa tendência de encontrar um culpado tende a atrair soluções lineares para os conflitos. Resolve-se o caso, deferindo-se ou negando-se o tratamento pretendido, mas o sistema permanece enredado nas suas estruturas, das quais novos conflitos tendem a emergir, quiçá agora reforçados pelos próprios efeitos colaterais das soluções que vêm sendo adotadas. Há uma transferência de responsabilidade para os sintomas do problema, um comportamento arquetípico dos fenômenos complexos, que se comportam como sistemas (Senge, 2018).

Meadows (2022) declara ser extremamente difícil evitar o impulso de culpabilizar algo ou alguém, de passar a responsabilidade adiante, de buscar a solução perfeita, o dispositivo de controle, o produto milagroso, o medicamento ou a correção técnica que resolva tudo.

Nesse impulso, há uma tendência à transferência da responsabilidade para os sintomas mais aparentes dos problemas, para os seus elementos exteriorizados, buscando-se soluções que possam levar, de forma rápida, a um comportamento desejado desses elementos que estão chamando a atenção.

Transpondo-se o arquétipo para o caso da saúde suplementar, é possível visualizar esse comportamento. Concede-se judicialmente, caso a caso, quando cabível, o medicamento, o tratamento ou serviço pretendido, obrigando-se a operadora de saúde (culpada pela negativa) ao custeio, mas as causas da negativa sistemática não são adequadamente endereçadas. O resultado disso é que as reais causas de conflitos como esse permanecem ativas, as negativas continuam, a judicialização também, o custo dos planos de saúde aumenta e, mais que isso, produzem-se novos sintomas, quiçá mais graves, que reclamarão mais medidas de intervenção, como se o problema estivesse no sintoma ou na medida linear adotada para o eliminar ou reduzir.

Essa transferência de responsabilidade (Senge, 2017) acaba por encobrir ainda mais os reais problemas, que não se apresentam à superfície e que exigem grande esforço de superação, porque pressupõem um rearranjo em interações fortemente engendradas entre os elementos do sistema, com intervenções variadas,

concatenadas e que exigem monitoramento constante, sendo mais fácil recorrer a soluções aparentes e rápidas. A realidade dos problemas complexos, porém, mostra que essas bem-intencionadas soluções são apenas paliativas e sintomáticas. Quando um problema não é bem compreendido e adequadamente endereçado, a ilusória resposta o reascende com maior pressão exigindo, muitas vezes, o aumento da dose ou novas intervenções sintomáticas, que atraem toda a criatividade e atenção, afastando-as das reais causas do problema.

Percebe-se que, embora possam estar presentes, como fatores determinantes da judicialização da saúde suplementar, a complexidade da linguagem dos contratos, a tentativa de maximização de lucro inerente à atividade empresarial, o aumento dos custos dos procedimentos médicos modernos, o envelhecimento da população com maiores necessidades médicas, não se pode desconsiderar a possibilidade de que o próprio Judiciário esteja retroalimentando a judicialização ao interagir de forma sintomática e, muitas vezes, inadvertida, com todos esses fatores, gerando respostas não desejadas do sistema sobre o qual atua.

A forma pela qual o Judiciário responde às demandas de saúde suplementar pode estar reproduzindo, em grande medida, a crença de que a saúde deve ser assegurada de forma ampla, geral e irrestrita e de que cabe ao Poder Judiciário ser o guardião maior desse direito.

Essa crença parece estar sendo retroalimentada pela própria forma como o Poder Judiciário responde à judicialização da saúde, um movimento que, para ser revertido, reclama um olhar mais profundo para as estruturas do sistema de saúde suplementar. Ao invés de se apontar para culpados, a alternativa pode estar na percepção de que há corresponsabilidade, inclusive pelos magistrados pela higidez, eficácia e atratividade desse sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do fenômeno da judicialização da saúde suplementar no Brasil, materializado no crescente número de conflitos levados ao Poder Judiciário, devido à negativa de cobertura de medicamentos, tratamentos ou procedimentos por planos de saúde, o presente artigo procurou investigar em que

medida o próprio Poder Judiciário pode estar contribuindo para o aumento desse fenômeno.

Foram apresentados dados apontando para o crescimento do número de beneficiários e para os custos de contratação dos planos de saúde e demonstrado que é crescente a curva de novos processos sobre saúde suplementar a cada ano. Entre 2020 e 2024, o aumento acumulado de novas ações foi de 115,54%.

Embora o Judiciário tenha implementado diversas medidas de gestão dessa litigiosidade, como a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS), a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde e os Núcleos de Apoio Técnico (NATJUS), além de já terem sido produzidos inúmeros precedentes vinculantes, a pesquisa demonstrou que essas ações podem estar gerando, em suas interações, um efeito perverso. A forma como o Judiciário tradicionalmente lida com as demandas de saúde, atuando sobre os sintomas aparentes, ao examinar o problema de forma fragmentada e aplicando soluções padronizadas, alimenta a crença de que o Judiciário é o caminho para que a saúde seja assegurada de forma ampla, geral e irrestrita, independentemente dos custos. Essa abordagem, que foca na produtividade e na resolução rápida dos casos, pode estar incentivando os usuários a buscarem o Judiciário como a primeira opção para a resolução dos conflitos.

O estudo conclui que a judicialização da saúde suplementar vem sendo retroalimentada pelo próprio Poder Judiciário, que, ao tratar de maneira linear os processos, tem produzido efeitos prejudiciais sobre a atividade econômica, tornando os planos de saúde mais caros e restritivos, o que impulsiona ainda mais a busca por soluções adjudicadas. Revelou-se que não há culpados e que as consequências da judicialização têm atuado também como suas causas, em um movimento recursivo.

Uma mudança nesse quadro pressupõe a tomada de consciência sobre esse cenário de retroalimentação, com a consequente busca de estratégias de tratamento dos conflitos que, endereçadas às estruturas do fenômeno da judicialização e não aos seus sintomas aparentes, possam preservar a higidez, a eficiência e a atratividade do sistema de saúde suplementar.

REFERÊNCIAS

ABRAMGE. Associação Brasileira de Planos De Saúde. **Relatório Anual 2023**. Disponível em: https://abramge.com.br/wp-content/uploads/2024/08/anuario-abramge-2023.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Perspectiva Regulatória, U. A. S. Manual de Tópicos da Saúde Suplementar para o Programa Parceiros da Cidadania**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-lanca-publicacao-sobre-regras-do-setor-de-planos-de-saude/copy5_of_ManualdeTpicosdaSadeSuplementar.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Resolução Normativa nº 501, de 30 de março de 2022.** Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2022/res0501_01_04_2022.html> Acesso em 16 ago. 2025

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Panorama Saúde Suplementar.** V. 7. N. 9. Junho 2025 – 1 trimestre 2025. Rio de Janeiro, 2025. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/PanoramaSaudeSuplementar_Ed09_jun_2025.pdf> Acesso em 16 ago. 2025

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Painel de Dados do TISS. D-Tiss.** Rio de Janeiro, 2025a. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNzYwMTEyYjItZTE4OS00NTEzLTkxODctNTY5ZTVjZTI3MTIlIiwidCI6IjlkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9> Acesso em 14 ago. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.** Rio de Janeiro, 2025b. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-da-sociedade/atualizacao-do-rol-de-procedimentos> Acesso em 16 ago. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução Nº 107 de 06/04/2010**. Brasília. 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173> Acesso em 15 ago. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução Nº 530 de 10/11/2023**. Brasília. 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330> Acesso em 15 ago. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números 2025. Painel Saúde**. Brasília, 2025. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-saude/> Acesso em 15 ago. 2025

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Painel **Sistema eNATJus – Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário**. Brasília, 2025a. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=3f147ceb-f1ff-42ba-8b21-a4081fc55a24&sheet=fb5ed49f-0de1-4414-9333-f75df1ad1b6a&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel> Acesso em 16 ago. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal do Sistema Único de Saúde (SUS).** Brasília, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/sus. Acesso em: 18 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Lista de Recursos Repetitivos.** Brasília, 2025. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/repetitivos/listaRR.jsp> Acesso em 14 ago. 2025.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Tradução Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**. Administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 4ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.

FERRAZ, Taís Schilling. O Excesso do acesso à justiça e a insistente aposta nos sintomas como forma de dar tratamento à litigiosidade. **Revista Interesse Público**, v. 128, p. 45-58, 2021.

GONÇALVES, Maria João Sintra Coelho. O Lobo, o homem e a aldeia perdida. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 9, n. 3, p. 1243–1270, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/3/2023_03_1243_1270.pdf> Acesso em 14 ago. 2025.

MEADOWS, Donella H. **Pensando em sistemas**. Tradução Paulo Afonso, 1 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2022.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria A. S. Dória. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

OCKE-REIS, Carlos Octávio. Não basta o SUS ser eficiente economicamente, precisa atender às necessidades da população. **Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz** – CEE/Fiocruz, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: https://cee.fiocruz.br/?q=Ocke-reis-Nao-basta-o-SUS-ser-eficiente-economicamente-precisa-atender-as-necessidades-da-populacao. Acesso em: 18 ago. 2025.

PEGLAR, T. **1995 reintroduction of wolves in Yellowstone**. 2025. Disponível em: <https://www.yellowstonepark.com/park/conservation/yellowstone-wolves-reintroduction/>. Acesso em: 15 ago. 2025.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Gerenciamento de processos na justiça civil brasileira: análise das técnicas de gerenciamento processual**. 2017. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2017.

SENGE, Peter M. **A quinta disciplina: a arte e prática da organização que aprende**. Tradução Op Traduções, Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2018.

O PAPEL ESTRATÉGICO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO BRASIL

Uelington José Ferreira da Cunha

F

O PAPEL ESTRATÉGICO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO BRASIL

The Strategic Role of Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship in Consolidating the Multi-Door Justice System in Brazil

Uelington José Ferreira da Cunha
Técnico Judiciário Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Conciliador/Mediador Judicial. Especialista em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape). Mestrando em Políticas Públicas pela Esmape em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo

O presente artigo aborda a atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) como instrumentos de efetivação do sistema de justiça multiportas no Brasil. A pesquisa busca analisar a contribuição dos CEJUSCs para a consolidação de uma cultura de resolução consensual de conflitos e para o alívio da sobrecarga do Poder Judiciário tradicional. Adotando uma abordagem metodológica baseada em revisão bibliográfica, análise documental (incluindo a Resolução nº 125/2010 do CNJ e dados do Justiça em Números) e doutrina pertinente, a discussão foca na função dos CEJUSCs como espaços institucionais promotores da mediação e conciliação nas fases pré-processual e processual. A análise abrange a atuação dos CEJUSCs, bem como os desafios estruturais e culturais que impactam sua plena efetividade. Conclui-se que, embora a institucionalização da política de autocomposição tenha apresentado avanços significativos, ainda se faz necessário um maior investimento na formação de mediadores, na conscientização da sociedade e na integração com outras políticas públicas, reafirmando os CEJUSCs como mecanismos cruciais para a transformação do modelo de justiça brasileiro em consonância com os princípios

constitucionais do acesso à justiça, da eficiência e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: CEJUSCs; Justiça Multiportas; Resolução Consensual de Conflitos; Acesso à Justiça; Poder Judiciário.

Abstract

This article addresses the role of Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSCs) as instruments for implementing the multi-door justice system in Brazil. The research aims to analyze the contribution of CEJUSCs to the consolidation of a consensual conflict resolution culture and to alleviating the burden on the traditional Judiciary. Adopting a methodological approach based on literature review, document analysis (including CNJ Resolution No. 125/2010 and data from Justice in Numbers), and relevant doctrine, the discussion focuses on the function of CEJUSCs as institutional spaces promoting mediation and conciliation in both pre-procedural and procedural phases. The analysis covers the performance of CEJUSCs, as well as the structural and cultural challenges that impact their full effectiveness. It concludes that, although the institutionalization of the self-composition policy has shown significant advances, greater investment is still necessary in the training of mediators, raising society's awareness, and integration with other public policies, reaffirming CEJUSCs as crucial mechanisms for transforming the Brazilian justice model in accordance with the constitutional principles of access to justice, efficiency, and human dignity.

Keywords: CEJUSCs; multi-door justice system; consensual conflict resolution; access to justice; judiciary branch.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, o sistema de justiça brasileiro enfrenta desafios crescentes, *v.g.* a morosidade processual, a sobrecarga do Poder Judiciário com a elavada quantidade de demandas em tramitação e a insatisfação social com a resolução de conflitos exclusivamente pela via judicial tradicional.

No contexto acima descrito, ganha importância o modelo de Justiça Multiportas, o qual propõe a adoção de mecanismos alternativos de resolução de disputas, como a mediação e a conciliação, promovendo maior celeridade, eficiência e humanização no tratamento dos conflitos. Assim leciona Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

> Não é por outra razão que o Código de 2015 explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios **e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsias** (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, **nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para resolução do conflito – uma única "porta"** que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. **Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de "Justiça Multiportas" que viabiliza diferentes técnicas para solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação** (2024, p. 153, grifo nosso).

A crise enfrentada pelo Poder Judiciário não é consequência exclusiva do mero acúmulo de processos que tramitam nos tribunais brasileiros, mas também da inadequação do processo tradicional à natureza dos conflitos contemporâneos, situação em que o modelo adjudicatório não responde, de forma eficiente, às demandas por soluções mais céleres e participativas. É justamente nesse cenário que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ganham protagonismo, afirmando-se como instrumentos fundamentais para a transformação do panorama judicial e oferecendo alternativas mais adequadas às necessidades atuais da sociedade.

Os CEJUSCS constituem a unidade fundamental da justiça consensual no âmbito dos fóruns. São responsáveis pela condução de sessões de conciliação e mediação relativas aos juízos por eles atendidos. Com o advento do Código de Processo Civil em 2015 (CPC/2015), estas unidades passaram a atuar também na realização de mediações e conciliações, tanto em fase pré-processual quanto processual (Salles; Lorencini; Silva, 2019, p. 24). Foram instituídos a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e representam a concretização prática do sistema multiportas no Brasil, proporcionando aos cidadãos múltiplas formas de acesso à justiça.

A conciliação e a mediação funcionam como ferramentas que fortalecem a autonomia das partes envolvidas no conflito, possibilitando que participem de forma ativa na elaboração conjunta da solução para sua controvérsia. Dessa forma, entende-se que a conciliação e a mediação são práticas que devem ser incentivadas, pois se harmonizam com os princípios da eficiência e da razoável duração do processo, previstos no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

1 JUSTIÇA MULTIPORTAS NO BRASIL: ORIGEM, PRINCÍPIOS E CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A crescente complexidade das relações sociais e a consequente multiplicação dos conflitos levaram à necessidade de repensar os modelos tradicionais de resolução judicial. Nesse contexto, surge o conceito de sistema de justiça multiportas (*multi-door courthouse system*), proposto inicialmente por Frank E. A. Sander, professor da Universidade de Harvard, durante a Pound Conference, em St. Paul, Minessota, nos Estados Unidos, em 1976 (NAVARRO, 2024).

Sobre a origem do modelo de justiça multiportas, leciona Lorencini:

> Originalmente, a ideia teria sido exposta em 1976, por ocasião de uma Conferência (*Pound Conference*), copatrocinada pela *American Bar Association (ABA)*, equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos oficiais e presidentes de tribunais. A conferência tinha como pano de fundo um discurso proferido setenta anos antes (1906) em um evento da ABA, pelo professor de Harvard, Roscoe Pound, denominada *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. A Conferência de 1976 foi comandada pelo *Chief Justice* Warren Burger, então presidente da Suprema Corte norte-americana, e contou, entre os palestrantes, com um discurso do Professor Frank E. A. Sander, também de Harvard, intitulado *Varieties of Dispute Processing*. A base do Fórum de Multiportas (*Multidoor courtroom*) e vários aspectos envolvendo a relação entre tribunais e *ADR* foram expostos nessa ocasião. Estava presente naquele pronunciamento a ideia de uma maior integração entre comunidade, agentes econômicos e Estado, assim como a busca do método mais adequado, rejeitando o modelo *one-size-fits-at-all*. A partir daí a ideia se espraiou (2020, p.86).

A proposta sugere transformar as Cortes em "Centros de Resolução de Disputas", nos quais o interessado seria inicialmente atendido por um funcionário responsável pela triagem dos conflitos. Este profissional, após análise, encaminharia o caso ao método mais adequado para resolução da controvérsia conforme suas especificidades, seja conciliação, mediação, arbitragem ou outras modalidades disponíveis (NAVARRO, 2024).

No Brasil, a adoção dessa abordagem é fenômeno relativamente novo, ganhando expressividade após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional elevou o acesso à justiça à categoria de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF/88) e passou a estimular a utilização de meios alternativos para resolução de conflitos. Essa orientação constitucional está em harmonia com a visão contemporânea de acesso à justiça elaborada por Cappelletti e Garth (1988), que advogam por uma justiça plural, acessível e ajustada às diversas necessidades da sociedade.

O sistema de justiça multiportas se baseia em princípios como o da adequação (que visa estabelecer uma correspondência entre as características particulares do conflito e as técnicas compositivas mais apropriadas para sua efetiva solução), o da primazia da consensualidade, o da cooperação, o da atipicidade dos ambientes e métodos de resolução dos conflitos. Além disso, destaca-se a valorização da cultura da paz e da autocomposição, em consonância com a busca por soluções mais consensuais e sustentáveis (NAVARRO, 2024).

A institucionalização do sistema no Brasil foi consolidada por meio de importantes marcos legais e normativos. A Resolução nº 125/2010 do CNJ é a que mais se destaca e estabeleceu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário, promovendo a criação dos CEJUSCs, e fomentando o uso da mediação e conciliação como meios prioritários de resolução de conflitos, conforme leciona Lorencini:

> Contudo, **o marco do Brasil recente em termos de sistema multiportas veio com a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça**, a qual proclama o Poder Judiciário brasileiro como o responsável pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses (2020, p. 92, grifo nosso).

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) reforçou esse modelo ao prever expressamente, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, sendo dever do juiz estimular a autocomposição. Ainda, o art. 334 do CPC/15 estabelece a realização de audiência de conciliação e mediação como etapa inicial do processo, evidenciando o caráter multiportas da nova sistemática processual. Nesse sentido, leciona Fredie Didier Júnior: "É importante registrar que o CPC ratificou a consagração de um sistema de justiça multiportas: a tutela dos direitos pode ser alcançada por diversos meios, sendo a justiça estatal apenas mais um deles" (Didier Jr., 2019, p. 201).

A corrobar esse entendimento de que o CPC/2015 acolhe o sistema de justiça mutiportas, ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

> O Código de 2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art. 334), seja pelo destaque que outorgou à categoria dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334). **Ao fazê-lo, como já observamos, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou um sistema de Justiça Multiportas: não apenas a heterocomposição judicial, mas também a heterocomposição arbitral e a autocomposição por meio de conciliação e de mediação são bem-vindas para a promoção da tutela dos direitos** (2024, p.159, grifo nosso).

Dessa forma, no contexto brasileiro, o sistema de justiça multiportas constitui uma resposta institucional aos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário, particularmente no que se refere à morosidade processual, à cultura litigiosa e ao excesso de processos. Simultaneamente, representa a consolidação de um novo paradigma de justiça, fundamentado na participação efetiva das partes, na facilitação do diálogo e na elaboração conjunta de soluções.

2 CEJUSCS: ESTRUTURA E ATUAÇÃO

A criação dos CEJUSCs decorre diretamente da implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituída pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim dispõe a referido ato normativo em seu art. 8º, com redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16:

> Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Esses centros foram concebidos como espaços institucionalizados para a promoção da cultura da paz, voltados à disseminação de métodos autocompositivos (em especial, a mediação e a conciliação) com vistas à pacificação social e à ampliação do acesso à justiça. Nesse sentido, leciona Trícia Navarro:

> Nota-se, portanto, que houve três relevantes inserções na estrutura do Poder Judiciário para fomentar a política de solução de conflitos: a) a criação de Núcleos responsáveis pela gestão local da política; b) a regulamentação de atuação de mediadores e conciliadores; e **c) a instauração de um espaço específico aberto aos jurisdicionados para solução dos conflitos (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs), seja para a realização de sessões de mediação ou conciliação, a depender da natureza da causa**, seja para a simples homologação de acordos firmados extrajudicialmente (2024, grifo nosso).

A origem dos CEJUSCs está intimamente ligada ao esforço do Poder Judiciário em enfrentar a crise da morosidade processual e a excessiva litigiosidade. Sua implantação representa uma mudança fundamental ao propor uma alternativa concreta à resolução judicial tradicional, buscando não apenas desafogar os tribunais, mas também ressignificar o papel do Judiciário como promotor de

soluções consensuais (SANTOS, 2011; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2024).

Em termos estruturais, os CEJUSCs são vinculados ao Poder Judiciário estadual ou federal, funcionando em espaços físicos próprios, geralmente organizados em três núcleos principais: a) atendimento e triagem, onde se realiza a escuta inicial e o encaminhamento das demandas; b) realização de sessões de mediação e de conciliação; e c) ações de cidadania.

No que se refere à realização de sessões de mediação e de conciliação, os CEJUSCs desenvolvem suas atividades em duas esferas distintas de atuação: a fase pré-processual e a fase processual (LORENCINI, 2020, p. 92). Na primeira, busca-se prevenir a judicialização dos conflitos mediante o atendimento espontâneo das partes interessadas, enquanto na segunda, o conflito já judicializado é direcionado pelo magistrado para tentativa de composição consensual. A atuação desses centros em ambas as etapas tem se revelado particularmente eficaz em conflitos de vizinhança, família, consumo e questões cíveis de baixa complexidade, contextos nas quais a solução consensual tende a ser mais adequada, célere e duradoura.

Os CEJUSCs, enquanto núcleos especializados na realização de sessões de mediação e de conciliação, fundamentam sua atuação em um conjunto de princípios que formam o alicerce valorativo de suas práticas, garantindo legitimidade e efetividade aos métodos consensuais de resolução de conflitos, em harmonia com os valores constitucionais de acesso à justiça e pacificação social.

É importante destacar que esse conjunto de diretrizes deriva principalmente da Resolução nº. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 (art. 166) e do Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, e compreendem os seguintes princípios: a) autonomia da vontade - destaca que a Política Nacional tem como objetivo o estímulo à autocomposição, respeitando a vontade das partes; b) confidencialidade - dispõe que as sessões devem garantir o sigilo sobre tudo o que for tratado, salvo autorização expressa das partes; c) boa-fé - prevê que o procedimento deve ser pautado pela boa-fé e cooperação entre os participantes; d) imparcialidade do Mediador/Conciliador - determina que os mediadores e conciliadores devem agir com imparcialidade, independência e isenção; e) oralidade - estimula a condução oral e dialogada das sessões, para facilitar o entendimento e a aproximação entre as partes; f)

informalidade - ressalta que a informalidade deve ser observada no procedimento para aproximar a solução das necessidades reais das partes; g) empoderamento das partes - incentiva o protagonismo das partes na busca da solução de seus próprios conflitos; h) celeridade - busca a pacificação social de forma ágil e efetiva, sem prejuízo da qualidade do procedimento e da solução alcançada; i) acessibilidade - determina que os tribunais devem assegurar a instalação de CEJUSCs de forma que contemplem a diversidade regional e promovam amplo acesso à população; j) consensualidade - reforça a promoção de métodos consensuais de solução dos conflitos como parte da política nacional.

Além da realização dessas sessões de mediação e de conciliação, os CEJUSCs exercem um papel relevante na promoção das chamadas **ações de cidadania**, iniciativas que visam aproximar o Poder Judiciário da população, especialmente em regiões periféricas e em áreas com baixa presença estatal (SPENGLER, 2018). Estes serviços, que variam de acordo com a localidade, podem incluir apoio psicossocial, orientação jurídica, emissão de documentos civis, **casamentos coletivos** e outras atividades, contribunindo para o fortalecimento dos vínculos sociais e ampliação do acesso a direitos básicos.

O quadro mínimo de pessoal dos CEJUSCs é composto por: um juiz coordenador designado pelo Presidente do Tribunal, preferencialmente com treinamento específico estabelecido pelo CNJ; um juiz coordenador adjunto, quando necessário; ao menos um servidor com dedicação exclusiva e capacitação em métodos consensuais, responsável pela triagem e encaminhamento adequado dos casos; e conciliadores e mediadores devidamente capacitados e inscritos tanto no cadastro nacional quanto nos cadastros dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, conforme a Resolução nº. l25/2015 do CNJ e CPC/15 (art. 167).

Quanto à sua distribuição territorial, observa-se um processo contínuo de expansão dos CEJUSCs no Brasil. Até o final de 2023, já tinham sido instaladas 1930 unidades, com presença em todos os estados da federação. É que o informa o Relatório Justiça em Números do CNJ:

> Havia, ao final do ano de 2023, um total de 1.930 Cejuscs instalados, sendo a maior parte na Justiça Estadual, com 1.724 unidades (89,3%). Na Justiça do Trabalho, são 129 Cejuscs (6,7%) e, na Justiça Federal, 77 Cejuscs (4%). A quantidade de unidades dessa natureza tem crescido ano

> após ano. [...] Entre os Tribunais de Justiça, em 2014, eram 362 Cejuscs; em 2015, a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, chegando a 1.724 em 2023. Em suma, ao longo de 9 anos, a estrutura basicamente quintuplicou (2024, p. 252).

Dessa forma, os CEJUSCs não apenas operacionalizam o sistema multiportas, como também atuam como instrumentos de democratização do acesso à justiça, ao proporem uma atuação mais próxima do cidadão, centrada na escuta ativa, na autonomia das partes e na busca por soluções colaborativas e menos adversariais.

3 A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DOS CEJUSCS NO SISTEMA MULTIPORTAS

A consolidação do sistema de justiça multiportas no Brasil está intimamente ligada à atuação estratégica dos CEJUSCs. Mais do que simples espaços de mediação e conciliação, essas unidades têm desempenhado um papel fundamental na transformação da cultura jurídica, ao fomentar uma lógica de resolução de conflitos pautada no diálogo, na cooperação e na autonomia das partes envolvidas. Dessa forma, tornam-se verdadeiros agentes de inovação institucional, contribuindo para a democratização e a humanização do acesso à justiça.

Além de operarem como espaços voltados à solução consensual de litígios, os CEJUSCs fortalecem o papel do Judiciário como indutor de cidadania ativa. Ao oferecerem serviços que integram o atendimento jurídico com o apoio psicossocial e a orientação cidadã, esses centros ampliam a compreensão do que significa garantir acesso à justiça, indo além da decisão judicial e incorporando práticas que valorizam a escuta qualificada, a inclusão social e a prevenção de conflitos. Nesse contexto, os CEJUSCs não apenas complementam o sistema judicial tradicional, mas transformam a forma como o Estado se relaciona com o cidadão em situações de conflito.

Diante desse cenário, é possível afirmar que os CEJUSCs não representam apenas uma alternativa procedimental dentro do Judiciário, mas sim uma resposta institucional inovadora e estratégica à complexidade das demandas contemporâneas. Ao conjugarem resolução de conflitos, promoção de direitos e fortalecimento da

cidadania, os centros demonstram que o acesso à justiça não se limita ao julgamento de causas, mas envolve também o acolhimento, a escuta e o empoderamento dos sujeitos. Portanto, investir na ampliação e no fortalecimento dos CEJUSCs é investir na construção de uma justiça mais próxima, resolutiva e comprometida com a transformação social.

3.1 Atuação dos CEJUSCs na promoção da cultura da paz

A contribuição dos CEJUSCs para a disseminação de uma cultura de paz e diálogo é um dos seus aspectos mais relevantes. Em um país historicamente marcado por uma tradição adversarial, a implementação de práticas consensuais representa uma mudança de paradigma que vai além da mera eficiência processual. Trata-se de um novo modo de conceber a justiça: como espaço de escuta ativa, empoderamento das partes e construção colaborativa de soluções.

Nesse sentido, também é o entendimento de Trícia Navarro:

> Por essa Política buscou-se assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por mecanismos adequados à sua natureza e complexidade, com vista à boa qualidade dos serviços judiciários e à disseminação da cultura da pacificação social, por meio de uma estrutura física e pessoal própria, capaz de gerir as controvérsias de forma racional e profissional.[...] Diante disso, verifica-se ainda a pretensão de romper com a “cultura da sentença”, caracterizada pelo fato de os juízes optarem por proferir sentença em prejuízo da solução consensual de conflitos, substituindo-a pela cultura da pacificação (2024).

Sobre essa mudança de paradigma (de uma cultura adversarial para uma cultura de pacificação social), é a lição de Kazuo Watanabe:

> uma transformação revolucionária no Poder Judiciário em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados [...] com o maior índice de pacificação das partes em conflito [...] E assistiremos, com toda certeza, à profunda transformação do nosso país que substituirá a ‘cultura da sentença’ pela ‘cultura da pacificação (2011).

A promoção da cultura da paz, por meio da adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos, constitui dever compartilhado entre todos os Poderes da República. Assim, Judiciário, Executivo e Legislativo precisam desenvolver iniciativas que incorporem a conciliação e a mediação como ferramentas para resolver disputas sociais. Essa abordagem não apenas proporciona maior satisfação à população, mas também ajuda a difundir uma cultura de paz nas relações humanas (NAVARRO, 2024).

3.2 Redução da litigiosidade e da sobrecarga do Judiciário

Outro aspecto fundamental da atuação estratégica dos CEJUSCs é sua contribuição para a desjudicialização de conflitos e o descongestionamento do Poder Judiciário. Ao priorizarem métodos como a conciliação e a mediação, os CEJUSCs ajudam a reduzir significativamente a litigiosidade no país, agilizando a resolução dos conflitos e também promovendo acordos duradouros, uma vez que os pactos são construídos com a participação ativa das partes envolvidas. Isso fortalece a responsabilidade mútua e evita o retorno do conflito ao Judiciário, colaborando para um ambiente social mais harmonioso e cooperativo.

Dados do Relatório Justiça em Números 2024 (ano-base 2023) do CNJ corroboram que a atuação dos CEJUSCs tem contribuído para aliviar a sobrecarga do Judiciária: o número de sentenças homologatórias (que são oriundas também em virtude da atuação dos CEJUSCs) cresceu 32,2% em um período de 8 anos, evoluindo de 3 milhões em 2015 para 4 milhões em 2023. Comparado a 2022, registrou-se um aumento de 386,5 mil sentenças homologatórias de acordo, representando um crescimento de 10,8%. Além de evidenciar a contribuição para o alívio da sobrecarga mencionada, esses números também representam uma economia significativa de tempo e recursos públicos.

Além disso, segundo o CPC/2015, os acordos (muitos deles firmados nos CEJUSCs) possuem eficácia de título executivo extrajudicial ou judicial, conforme o caso, conferindo-lhes força legal e segurança jurídica. Ao privilegiarem as soluções consensuais, os CEJUSCs reduzem o número de ações judiciais e, por consequência, os custos da máquina judiciária, promovendo maior celeridade e racionalidade ao sistema (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2024).

3.3 Facilitação do acesso à justiça e da participação cidadã

De acordo com Cappelletti e Garth (1988), o acesso efetivo à justiça não se restringe ao ingresso no Judiciário, mas implica a possibilidade de alcançar soluções adequadas aos conflitos. Os CEJUSCs materializam essa concepção ao oferecerem caminhos mais acessíveis, menos onerosos e mais personalizados para a resolução de disputas, especialmente para camadas mais vulneráveis da população.

O modelo dos CEJUSCs também se destaca por seu potencial de democratizar o acesso à justiça. A ampla distribuição geográfica dessas unidades, aliada a procedimentos simplificados e a ausência de custos para os usuários, viabiliza que uma parcela mais extensa da população, particularmente aqueles em condições de vulnerabilidade socioeconômica, tenha a oportunidade de apresentar suas demandas e obter soluções efetivas para seus conflitos.

Além disso, ao estimular o protagonismo das partes no processo de resolução de conflitos, os CEJUSCs promovem cidadania ativa e emancipatória, incentivando a corresponsabilização e a construção de soluções dialogadas. Tal abordagem fortalece o tecido social e contribui para a consolidação de valores democráticos (CNJ, 2016; FOLEY, 2010).

3.4 Articulação com outras instâncias do sistema de justiça

Os CEJUSCs exercem também uma função integradora essencial no sistema multiportas através de sua articulação com diversas instituições (Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, organizações da sociedade civil e órgãos de assistência social). Esta colaboração interinstitucional potencializa a eficácia dos centros e permite a formação de redes de apoio e encaminhamento, indispensáveis para uma abordagem integral e adequada dos conflitos. É o que se depreende do Gui de Mediação e Conciliação:

> O bom funcionamento dos CEJUSCs apenas será alcançado com a atuação de membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Procuradores e/ou advogados, em sistema de plantão, pois sua participação é imprescindível no atendimento ao jurisdicionado (CNJ, 2016, p.24).

Dessa forma, os CEJUSCs se consolidam como estruturas nucleares e multifuncionais dentro da arquitetura do sistema multiportas, promovendo uma justiça que se caracteriza por maior inclusão, participação cidadã e eficiência operacional.

4 OS CEJUSCS NO BRASIL: DESAFIOS ESTRUTURAIS, CULTURAIS E PERSPECTIVAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA JUSTIÇA MULTIPORTAS

Apesar de avanços significativos no desenvolvimento do sistema de justiça multiportas e de progressos notáveis na implementação do sistema de justiça multiportas brasileiro, especialmente através da ampliação CEJUSCs, o panorama atual ainda apresenta obstáculos de natureza estrutural, cultural e institucional que demandam enfrentamento sistemático para a consolidação de uma política pública de resolução de conflitos verdadeiramente robusta, inclusiva e eficiente (PINHO, 2015).

Entre os principais entraves à consolidação dos CEJUSCs, destacam-se os limites orçamentários, a escassez de recursos humanos capacitados e a deficiência na infraestrutura física e tecnológica . Em muitos estados, a criação de novos centros ainda depende de iniciativas pontuais dos tribunais, sem um financiamento estável e contínuo. Além disso, há desigualdade acentuada na distribuição geográfica dos CEJUSCs, concentrados sobretudo nos grandes centros urbanos, o que dificulta o acesso da população rural e periférica a esses serviços (CNJ, 2024). A falta de políticas coordenadas para garantir a interiorização e a regionalização dos CEJUSCs compromete seu papel como promotores da universalização do acesso à justiça.

Para ilustrar a fragilidade estrutural enfrentada por esses centros, observa-se que muitos profissionais atuam de forma voluntária, sem qualquer remuneração. Essa condição compromete não apenas a continuidade, mas também a qualidade dos serviços prestados, uma vez que a ausência de contraprestação financeira representa um obstáculo relevante à eficiência e à profissionalização do sistema (CNJ, 2016).

Outro ponto crítico dentro das estruturas dos CEJUSCs diz respeito à formação contínua dos profissionais que atuam nos CEJUSCs. Embora a Resolução nº 125/2010 do CNJ estabeleça diretrizes para a capacitação de mediadores e conciliadores,

persistem lacunas significativas quanto à formação prática, ao acompanhamento metodológico e à supervisão das atividades realizadas (CNJ, 2016).

Quanto à exigência de conciliadores e mediadores capacitados, é o que diz o artigo 12 da resolução nº. 125/2010 do CNJ:

> Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, **somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato** (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias (CNJ, 2010, grifo nosso).

No desempenho eficaz de suas funções, conciliadores e mediadores necessitam de formação sólida e inclinação vocacional para a atividade. Apenas com essas condições poderão aplicar técnicas avançadas de resolução de disputas, pautando-se pela cordialidade, respeito, serenidade, competência técnica e conduta ética em sua atuação (NAVARRO, 2024).

É, portanto, imperativo implementar programas estruturados de remuneração e capacitação continuada, com o objetivo de assegurar a excelência e a perenidade dos serviços oferecidos pelos CEJUSCs. Tais programas devem não apenas valorizar o papel desses facilitadores do diálogo, mas também adotar uma perspectiva multidisciplinar em sua formação, articulando fundamentos jurídicos com saberes da psicologia, técnicas de comunicação e compreensão sociológica dos conflitos.

O aprimoramento técnico precisa ser complementado pelo desenvolvimento de competências interpessoais e de inteligência emocional, indispensáveis para o manejo adequado de contextos permeados por vulnerabilidade, tensão ou assimetria entre os envolvidos. O fortalecimento dessas capacidades contribui não só para a eficácia dos acordos firmados, como também para a consolidação da confiança pública nos métodos autocompositivos e na própria arquitetura do sistema multiportas de acesso à justiça.

Outro obstáculo relevante é de natureza cultural. A sociedade brasileira ainda é profundamente marcada pela cultura da litigiosidade, na qual predomina a crença de que somente uma decisão judicial formal e impositiva é legítima. Tal mentalidade se reflete também em parte da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, que nem sempre

reconhecem a mediação e a conciliação como meios efetivos e legítimos de resolução de conflitos (NAVARRO, 2024).

Superar essa lógica adversarial requer um esforço de educação e sensibilização, tanto dentro do sistema de justiça quanto na sociedade em geral, promovendo a valorização da autocomposição e da escuta ativa como formas eficazes de solução de disputas (TEIXEIRA; NEVES, 2021).

A consolidação dos CEJUSCs está diretamente vinculada à disseminação de uma nova cultura jurídica, voltada à pacificação social e à corresponsabilização dos indivíduos na resolução de seus próprios conflitos. Isso exige ações integradas de educação em direitos, campanhas institucionais, articulação com escolas, universidades e movimentos sociais, além de inserção da temática nos currículos acadêmicos das faculdades de Direito (CNJ, 2020).

A perspectiva de articulação dos CEJUSCs com outras políticas públicas (como saúde, assistência social, habitação e educação) se revela estratégica para o tratamento adequado dos conflitos, sobretudo aqueles de natureza multidimensional. A experiência de programas como o Justiça Comunitária, Justiça Itinerante e Balcão de Justiça demonstra que a intersetorialidade pode potencializar o alcance e o impacto dos CEJUSCs, especialmente em territórios vulneráveis (TEIXEIRA; NEVES, 2021).

Entre as principais perspectivas para o fortalecimento dos CEJUSCs, destaca-se o uso da tecnologia e da mediação online, que ganhou relevância durante a pandemia de COVID-19 e deve ser consolidada como estratégia permanente de democratização do acesso à justiça (CNJ, 2021). Além disso, o fortalecimento da atuação em áreas como conflitos ambientais, familiares e coletivos pode ampliar a legitimidade dos CEJUSCs e reafirmar sua centralidade no sistema multiportas.

Dessa forma, fortalecer os CEJUSCs requer não apenas a superação de desafios estruturais e culturais, mas também o investimento contínuo em inovações tecnológicas, articulação com outras políticas públicas e construção de redes de confiança com a sociedade civil e os demais atores do sistema de justiça. A adoção de métodos modernos e a integração intersetorial ampliam o alcance e a efetividade dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, promovendo o acesso à justiça de forma mais ampla, eficiente e inclusiva, além de contribuírem decisivamente para a consolidação da cultura de paz social no país.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como objetivo analisar os fundamentos, o contexto e os desdobramentos do sistema de justiça multiportas no Brasil, com ênfase na atuação estratégica dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) como estruturas essenciais à consolidação desse modelo. A partir da revisão conceitual, normativa e empírica, foi possível identificar os principais pilares que sustentam a lógica multiportas, suas interfaces com a política pública de acesso à justiça e os avanços e desafios que permeiam sua efetivação.

Verificou-se que a institucionalização da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) representou um marco importante para a difusão da cultura da autocomposição no Judiciário brasileiro. Essa normativa possibilitou a criação dos CEJUSCs como espaços permanentes voltados à mediação e à conciliação, promovendo um modelo de justiça mais dialógico, acessível e eficiente. Os CEJUSCs, nesse cenário, assumem um papel multifacetado: são agentes de transformação cultural, redutores da litigiosidade e instrumentos de democratização do acesso à justiça.

A análise evidenciou que os CEJUSCs contribuem de forma significativa para a reconfiguração do papel do Estado-juiz, deslocando o foco da jurisdição tradicional para a construção compartilhada de soluções, respeitando a autonomia das partes e promovendo a pacificação social. Ao mesmo tempo, o fortalecimento dessa política pública se revela crucial diante da sobrecarga crônica do Poder Judiciário, da desigualdade no acesso aos mecanismos formais de justiça e da necessidade de respostas mais adequadas aos conflitos contemporâneos.

Entretanto, o trabalho também aponta que persistem obstáculos importantes à consolidação plena do sistema multiportas no Brasil. Os desafios vão desde restrições estruturais e orçamentárias, passando pela escassez de profissionais qualificados, até resistências culturais profundamente enraizadas no modelo adversarial. Além disso, a carência de políticas públicas integradas e o subdimensionamento da importância da mediação como prática social dificultam a interiorização e a efetividade dos CEJUSCs em regiões menos assistidas.

Diante disso, as perspectivas futuras apontam para a necessidade de investimento continuado em formação, infraestrutura

e inovação tecnológica, com especial atenção para a mediação/conciliação online e o fortalecimento da rede interinstitucional de apoio. A consolidação dos CEJUSCs como instrumentos estruturantes do sistema de justiça exige também ações coordenadas entre os poderes públicos, instituições jurídicas, universidades e a sociedade civil, promovendo uma mudança cultural sustentada pela educação para o diálogo e pela valorização da escuta e da cooperação.

Em suma, os CEJUSCs representam um dos principais caminhos para a consolidação de uma justiça cidadã, participativa e eficaz, reafirmando-se como pilar estratégico do sistema de justiça multiportas no Brasil. Sua ampliação e fortalecimento não apenas representam uma resposta pragmática à crise de eficiência do Judiciário, mas sobretudo uma afirmação ética e política de que é possível construir uma justiça orientada pela cultura da paz, da corresponsabilidade e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de abril de 2025.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https:// https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf. Acesso em: 20 de abril de 2025.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016**. André Gomma de Azevedo (organizador). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 23 de abril de 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 52, p. 1-20, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 de abril de 2025.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/04/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 01º de maio de 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** / Fredie Didier Jr. - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

FOLEY, Glaucia Falsarella. **Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LAGRASTA, Valéria Ferioli; AZEVEDO, Marina; NAPOLEÃO, Arthur. **Acesso à justiça: os métodos não adversariais, a política nacional de solução adequada de conflitos e a ética do conciliador e do mediador**. Apostila do Curso de Mediação Judicial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2020. Material interno de circulação restrita.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71-109.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

NAVARRO, Trícia. **Justiça Multiportas** [recurso eletrônico]. Tricia Navarro Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 22-35.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2018.

TEIXEIRA, Rodrigo de Oliveira. **Justiça multiportas: fundamentos e aplicações no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2017.

TEIXEIRA, Rodrigo de Oliveira; NEVES, Pedro Henrique Carvalho. **Justiça multiportas, CEJUSCs e cidadania: interfaces e desafios.** Revista Justiça e Sociedade, v. 18, n. 2, p. 101-118, 2021.

WATANABE, Kazuo. **O acesso à justiça e a nova compreensão do papel do Poder Judiciário**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Acesso à justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35-47.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse** in PELUZO, Min. Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS: A SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK E DO DIREITO COMPARADO IBÉRICO

Yan Lucas Ramos Brasil
Giorge André Lando

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS: A SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK E DO DIREITO COMPARADO IBÉRICO

The Civil Code Reform and International Commitments: The Quasi-Tutorship From the Perspective of The New York Convention And Iberian Comparative Law

Yan Lucas Ramos Brasil
Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco – UPE. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo (FDCC). Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PE.

Giorge André Lando
Livre-docente e Professor Associado da Universidade de Pernambuco (UPE). Pós-Doutor em Direito pela *Università degli Studi di Messina* – Itália. Pós-Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

Resumo

O artigo analisa criticamente a proposta de inserção da substituição quase-pupilar no Projeto de Reforma do Código Civil brasileiro (PL n. 4/2025), considerando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e as experiências de Portugal e Espanha. Esse instituto, de origem romanista, permite que ascendentes testem em nome de filhos maiores com deficiência, excepcionando o caráter personalíssimo do testamento. O objetivo é avaliar sua compatibilidade com a capacidade jurídica plena, a autonomia da vontade e o modelo de apoio à decisão previstos na CDPD. Utiliza-se abordagem qualitativa, exploratória, com método comparativo e análise documental dos ordenamentos brasileiro, português e espanhol. Verificou-se que, enquanto Portugal o manteve de forma limitada, a Espanha o revogou em 2021 por incompatibilidade com a CDPD. Conclui-se que a proposta brasileira retoma uma lógica tutelar

superada e carece de reformulações, como decisão judicial que restrinja a capacidade testamentária, escuta qualificada da pessoa com deficiência, limitação patrimonial objetiva e mecanismos de fiscalização para prevenir abusos.

Palavras-chaves: Sucessão testamentária. Substituição quase-pupilar. Pessoa com deficiência. Reforma do Código Civil.

Abstract

This article critically analyzes the proposal to include quasi-tutorship in the Brazilian Civil Code Reform Bill (PL No. 4/2025), considering the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the legislative experiences of Portugal and Spain. This Roman law-based institution allows ascendants to make testamentary dispositions on behalf of adult children with disabilities, constituting an exception to the personal nature of wills. The objective is to assess its compatibility with the principles of full legal capacity, autonomy of will, and supported decision-making as set forth in the CRPD. A qualitative, exploratory approach is adopted, using comparative methodology and documentary analysis of the Brazilian, Portuguese, and Spanish legal systems. It was found that Portugal retained the institute in a limited form, while Spain repealed it in 2021 due to incompatibility with the CRPD. The conclusion is that the Brazilian proposal revives an outdated tutelary logic and requires reformulations, such as a judicial decision restricting testamentary capacity, qualified hearing of the person with a disability, objective patrimonial limitations, and oversight mechanisms to prevent abuse.

Keywords: Testamentary succession. Quasi-tutorship. Person with disability. Civil Code reform.

1 INTRODUÇÃO

A modificação de institutos jurídicos sólidos e tradicionais possui a mesma magnitude da inserção de novos dispositivos. Já a codificação enquanto técnica legislativa traz a vantagem da segurança jurídica, previsibilidade de ideias e a própria organização

do sistema, mas em contrapartida requer do legislador a prudência e a parcimônia no que tange à reforma, na medida em que, conforme já lecionava Claus-Wilhelm Canaris[1], a racionalidade e a integridade do sistema pressupõem a uniformidade de suas disposições. Na medida em que o direito existe para e prol das pessoas, a evolução (teórica, econômica, política etc.) da sociedade dá lugar à modificação do sistema legal.

Nesse contexto, causa preocupação o fato de que a reforma atualmente proposta — que pretende modificar mais da metade dos dois mil e quarenta e seis artigos do vigente Código Civil — tenha sido elaborada em pouco mais de seis meses e esteja tramitando de forma célere no Legislativo. Não apenas a quantidade de dispositivos modificados tem sido alvo de críticas, mas também a inclusão de artigos que visam institucionalizar matérias ainda pouco conhecidas ou controversas na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Dentre as inovações pouco conhecidas, destaca-se a tentativa de se promulgar a substituição quase-pupilar dentro da sucessão testamentária. Esse tipo de substituição, também chamada de “exemplar”, caracteriza-se pela possibilidade dos pais instituírem herdeiros em nome dos filhos maiores incapazes, via testamento próprio. Isto é, o substituinte (progenitor) redige o seu próprio testamento e, diante da incapacidade judicialmente declarada de seu descendente (substituído), outorga-lhe a cláusula de substituição quase-pupilar dispondo sobre os bens do descendente com deficiência, uma verdadeira exceção ao caráter personalíssimo do testamento, além de insinuar debates quanto à capacidade testamentária das pessoas com deficiência. A norma de *lege ferenda*, apesar de não conhecer precedentes em âmbito nacional, é bastante conhecida na Península Ibérica, muito embora naqueles países não tenha deixado de ser alvo de críticas, bem como atravessado recentes mudanças que culminaram, inclusive, na sua revogação.

Diante desse cenário de transformação, coloca-se a seguinte questão central de pesquisa: à luz das experiências legislativas de Portugal e da Espanha, a introdução da substituição quase-pupilar no Código Civil brasileiro, conforme a proposta da reforma, é compatível com os princípios e garantias estabelecidos pela Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)?

---

[1] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1996.

Com base nesse questionamento, o presente artigo tem como objetivo geral analisar criticamente a compatibilidade da proposta de inserção da substituição quase-pupilar, proposto no Código Civil brasileiro com os princípios da CDPD, por meio da comparação com os ordenamentos português e espanhol. O estudo tem como objetivos específicos: analisar o conteúdo normativo da substituição quase-pupilar na proposta de reforma do Código Civil brasileiro; identificar as razões da revogação do instituto na Espanha; examinar sua manutenção e reforma em Portugal; investigar os parâmetros da CDPD, especialmente o art. 12, sobre capacidade jurídica e apoio à decisão; avaliar, com base no direito comparado, a conformidade do modelo brasileiro com os compromissos internacionais assumidos; e indicar eventuais ajustes legislativos ou interpretativos para compatibilizá-lo com o paradigma da autonomia e do apoio previsto na Convenção.

Para tanto, adota-se uma abordagem qualitativa e exploratória, com base em análise documental e normativa. O método de investigação será o comparativo, centrado na análise das legislações do Brasil (projeto de reforma), Portugal (Código Civil e Lei nº 49/2018) e Espanha (Código Civil e Ley 8/2021). Utiliza-se como técnica a pesquisa bibliográfica, com levantamento de artigos científicos, pareceres, relatórios legislativos e jurisprudência. A análise crítica de conteúdo será conduzida com base nos princípios da CDPD, especialmente os dispositivos relacionados à autonomia, dignidade, capacidade jurídica e sistemas de apoio à tomada de decisão.

2 O CONTEÚDO NORMATIVO DA SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

As substituições até então em vigor na sucessão testamentária se limitavam às já conhecidas modalidades vulgar e fideicomissária, cujos reflexos eram estritamente patrimoniais e se restringiam à esfera privada do testador, que modulava a destinação dos bens conforme o caso concreto e sua vontade, ora dispondo que os bens passariam a um ou a outro herdeiro ou legatário, condicionalmente ou não. Por sua vez, a substituição quase-pupilar revela uma opção da Comissão de Juristas por mitigar a característica personalíssima do testamento e, em certa medida, sublimar a

capacidade civil plena conferida às pessoas com deficiência pela CDPD e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Na verdade, a substituição quase-pupilar é uma criação de Justiniano, que por sua vez foi inspirada em outra figura própria da sucessão testamentária, a substituição pupilar, esta já bastante conhecida no direito romano. Nas palavras de Inocêncio Galvão Telles, a substituição pupilar assumiu papel fundamental na sucessão em Roma, na medida em que, por meio desse instituto "o *paterfamilias,* projectando a sua autoridade para além-túmulo, era admitido a fazer testamento em vez do filho, a fim de este não correr o risco de morrer intestado, o que para os romanos constituía verdadeira ignomínia"[2]. Inspirada na substituição pupilar do direito romano, a figura quase-pupilar foi criada por Justiniano com a finalidade de evitar a sucessão legítima de filhos maiores incapazes, assegurando a permanência dos bens na linhagem familiar. Trata-se de uma construção marcada por uma lógica paternalista[3].

Diante da origem romanista, a substituição pupilar e a quase-pupilar foram incorporadas ao direito português quando nas Ordenações Afonsinas, de nítida influência justinianeia, e posteriormente mantidas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, na medida em que o estudo do direito romano que se fazia na Universidade de Coimbra era tamanho a ponto do reino de Portugal considerar tais ordenamentos como fontes subsidiárias para as lacunas do direito lusitano[4].

Mas, ao contrário do direito português, o direito brasileiro propriamente dito jamais conheceu a substituição quase-pupilar. Por um consectário lógico, e em nome da segurança jurídica que é própria (na verdade, é o objetivo) da codificação, a reforma da espinha dorsal do direito privado deveria se pautar pelos postulados da mínima modificação de institutos seculares como é o caso do testamento. Some-se a isso o fato de que se pretende inserir no Livro das Sucessões um tema pouco ou quase nada explorado pela jurisprudência nacional, justamente porque a substituição quase-pupilar não foi absorvida pela codificação de 1916 e tampouco

---

[2] TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito de representação, substituição vulgar e direito de acrescer**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1943.

[3] MORENTÓN SANZ, Maria Fernanda. La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados. **Revista sobre la infancia y la adolescência**, n, 8, 84-103, abr. 2015, ISSN 2174-7210.

[4] COUTO E SILVA, Clóvis V do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, vol. 97, jan./mar. 1988, p. 163-180.

incorporada no Código Civil de 2002, sendo pela primeira vez apresentada aos brasileiros na reforma teorizada pela Comissão de Juristas.

Nesse ponto, cabe remeter a Eduardo Nunes de Souza, que, ao traduzir e comentar um texto do jurista italiano Stefano Rodotà, discorre acerca do momento e do conteúdo apropriados para as reformas legislativas em matéria de direito civil:

> Reformas legislativas relevantes somente devem ser deflagradas por um ambiente de renovação da própria cultura jurídica. Quando ocorrem, consagram, por assim dizer, uma mudança de perspectiva já amplamente consolidada (pense-se nos exemplos do casamento homoafetivo, admitido no Brasil após longo processo evolutivo e ainda à espera de consagração na lei; ou, ainda, na mitigação da vedação aos pactos sucessórios, hoje já sustentada por maioria significativa da doutrina). Nada mais distante da fragmentária realidade teórica e prática da maior parte das matérias em que se tem clamado por reformas legislativas no direito civil brasileiro atual.[5]

No bojo do projeto reformista, as substituições pupilar e quase-pupilar estão disciplinadas no art. 1.857, §§ 3º e 4º, os quais, sinteticamente, trazem a possibilidade dos pais, no exercício da autoridade parental, nomearem herdeiros ou legatários para os filhos absolutamente incapazes. Já no parágrafo subsequente está a aplicação da hipótese para os filhos maiores que, por causa transitória ou permanente não possam declarar vontade (ou seja, submetidos à curatela, ou "acompanhamento", conforme a nomenclatura lusitana), trazendo como única causa de caducidade a retomada da capacidade plena do relativamente incapaz.

Inicialmente, observa-se a impropriedade de tratar essas substituições no capítulo destinado ao testamento em geral, pois, como o próprio *nomen iuris* esclarece, são espécies do gênero substituição, que possui regramento e espaço próprio no ainda vigente Código Civil (arts. 1.947 a 1.960), dedicado ao estudo esmiuçado das duas substituições até então positivadas. Apesar

[5] RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, n. 13, n. 1, 2024. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984. Acesso em: 16 jul. 2025.

de não constar nas exposições de motivos da Subcomissão de Direito das Sucessões o porquê da introdução dessas modalidades de substituição até então desconhecidas pelo direito brasileiro codificado (com breve menção somente às suas definições dogmáticas), o mote geral apresentado pela Comissão seria o de positivar entendimentos "consolidados" e promover a inclusão das pessoas com deficiência:

> O escopo de trabalho da Subcomissão de Direito das Sucessões, definido a partir de suas reuniões internas e de consultas informais pelos seus membros perante a comunidade jurídica e a sociedade civil, ao longo dos últimos meses de 2023 e início de 2024, foi positivar as interpretações consolidadas na comunidade jurídica, corrigir falhas redacionais e inserir inovações decorrentes. [...] Dentro da diretriz de inclusão, estão sendo propostas duas novas formas testamentárias. O testamento pupilar, feito pelos pais que estejam no exercício do poder familiar, no lugar dos filhos absolutamente incapazes, para o caso de os mesmos falecerem antes de perfazerem os dezesseis anos de idade; e o testamento quase-pupilar, que se aplica a todos os filhos, sem distinção de idade, que não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, no momento do ato.[6]

Em manifestação exterior ao projeto, o relator-geral da reforma, professor Flávio Tartuce, explicou que "os institutos que se pretende inserir na lei há tempos são debatidos no âmbito doutrinário, e admitidos em outras legislações, sendo muito interessantes para a prática dos atos de planejamento sucessório, na linha de outras proposições da própria Reforma"[7]. Olvidou-se o relator de mencionar que tais substituições estão presentes em apenas dois países de tradição jurídica romano-germânica, tendo, inclusive, sido recentemente revogadas em um deles, conforme se verá mais adiante.

---

[6] Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em 15 jul. 2025.

[7] TARTUCE, Flávio. A reforma do Código Civil e o testamento - Propostas para o art. 1.857. **Portal Migalhas, Coluna Família e Sucessões**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/431182/a-reforma-do-codigo-civil-e-o-testamento-propostas-para-o-art-1-857. Acesso em 16 jul. 2025.

A pouca profundidade e extensão da disciplina no texto reformador, apesar de remeter quase *ipsis litteris* às inspirações estrangeiras (tanto na redação como na disciplina em pouco mais de dois artigos e seus parágrafos), traduz a pouca densidade teórica com que o tema foi debatido na doutrina nacional[8].

3 O *STATUS* JURÍDICO DA CDPD NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República se estrutura sobre fundamentos que visam à centralidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), à promoção da igualdade material (art. 3º, incs. I e III) e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tais diretrizes adquirem relevo ainda mais expressivo quando se examina o tratamento normativo conferido à pessoa com deficiência, cuja proteção se insere nesse projeto constitucional de combate às desigualdades e de realização de justiça social.

O marco internacional mais relevante nesse campo é a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) de 2006. Em razão da observância ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, a CDPD e o seu Protocolo Facultativo foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Isso significa que seus dispositivos não apenas vinculam o legislador infraconstitucional, como também possuem força normativa equivalente às normas constitucionais originárias.

Nesse contexto, a CDPD inaugura um modelo social de deficiência, que se afasta de concepções médico-assistenciais centradas nas limitações do indivíduo para adotar uma abordagem baseada nos direitos humanos e na interação com barreiras sociais, culturais e institucionais. A deficiência deixa de ser vista como um atributo individual e passa a ser compreendida como o resultado da relação entre pessoas com impedimentos e um meio ambiente que não acolhe adequadamente suas especificidades. Em conformidade com esse paradigma, o art. 12 da Convenção proclama que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida, exigindo que os Estados signatários adotem salvaguardas adequadas para garantir o exercício dessa capacidade.

[8] Até mesmo nos países em que a substituição quase-pupilar ainda vigora a doutrina é vacilante quanto à definição de sua extensão (se engloba todos os bens do incapaz ou apenas aqueles que adquire pelo testador), vide MORETÓN SANZ, Maria Fernanda, *op. cit.*

Portanto, a hierarquia constitucional da CDPD exige que todas as normas posteriores, inclusive as de direito civil, se moldem à sua lógica inclusiva ao paradigma inclusivo, voltado à promoção da autonomia e à superação de práticas paternalistas que operam como formas veladas de substituição da vontade.

Essa adequação normativa encontra continuidade e concretização no plano infraconstitucional por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que internaliza os comandos da CDPD e os densifica em disposições específicas de direito civil. A reforma promovida pelo Estatuto alterou substancialmente os arts. 3º e 4º do Código Civil, revogando a incapacidade absoluta em razão da deficiência e reconhecendo o direito das pessoas com deficiência ao exercício pleno da capacidade civil. Nesse novo marco, instrumentos como a curatela e a tomada de decisão apoiada deixam de ser mecanismos de substituição da vontade e passam a ser concebidos como formas de apoio, condicionadas ao respeito à autonomia e à individualidade do sujeito. No plano processual, enfraquece-se substancialmente a noção clássica de "interdição", cuja nomenclatura e finalidade passam a ser revistas à luz do novo paradigma. Ainda que o procedimento de interdição permaneça previsto no Código de Processo Civil, sua função é ressignificada: destina-se exclusivamente à eventual nomeação de curador, em caráter proporcional, temporário e extraordinário, sempre subordinado à preservação da autonomia da pessoa com deficiência, permitindo, inclusive, a revogação da curatela se cessarem as razões que a justificaram.

Tanto a CDPD quanto o Estatuto denotam que as mudanças não podem ficar adstritas ao plano conceitual, exigindo uma revisão crítica de institutos historicamente marcados por uma lógica tutelar. O desafio, portanto, não é o de impedir ou restringir, mas o de viabilizar, por meios adequados e proporcionais, o pleno exercício de um direito que pertence a todos – inclusive àqueles cuja dignidade foi historicamente silenciada pelo direito civil tradicional.

É nesse cenário que se insere a discussão sobre a proposta de inserção da substituição quase-pupilar na reforma do Código Civil. Embora redigida sob a aparência de proteção, tal figura suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o regime constitucional de garantias às pessoas com deficiência, notadamente por envolver um mandato *post mortem* que pode vir a se sobrepor à vontade da própria pessoa a quem se destina.

4 CONFLITOS E COMPATIBILIDADES ENTRE A SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

É inegável que as razões originárias para a instituição das substituições pupilar e quase-pupilar não se coadunam com a realidade contemporânea, na medida em que, tanto não caberia ao legislador a função paternalista de regular como deve ocorrer a sucessão do jurisdicionado, quanto pelo fato de que a ausência de testamento (de qualquer pessoa, incapaz ou não) não representaria lesão a qualquer direito fundamental. No art. 5º, XXX, da Constituição da República encontra-se a garantia da herança, e não do testamento, conclusão semelhante a que chegou a doutrina espanhola:

> Certamente, se o direito de fazer um testamento não é um direito humano (e, portanto, também não o é a possibilidade de fazê-lo mesmo quando humanamente impossível, como no caso de uma pessoa com deficiência que nunca conseguiria 'formar ou expressar' esse tipo de vontade, 'nem mesmo com a ajuda de meios ou apoios para isso' –art. 663 do Código Civil–), para garantir o 'direito à herança' (art. 33.1 da Constituição Espanhola), basta que o Estado estabeleça um sistema que assegure a toda pessoa o direito de transmiti-la e recebê-la: a sucessão legítima ou intestada do art. 912 do Código Civil. No entanto, o princípio da autonomia da vontade ou liberdade de disposição *mortis causa* (em caso de morte) está diretamente ligado ao princípio da autonomia privada (art. 1255 do Código Civil), que por sua vez se baseia no direito à liberdade individual (art. 17.1 da Constituição Espanhola). Consequentemente, a mera possibilidade de transmitir uma herança intestada não abrange a garantia de sistemas que permitam o acesso igualitário ao exercício da liberdade de disposição *mortis causa*.[9]

No entanto, o problema surge quando as mudanças de *lege ferenda* ameaçam suprimir a garantia fundamental da herança no formato ativo, isto é, restringir a possibilidade de delinear livremente seu arranjo sucessório. A CDPD, sobretudo no art. 12, n. 5, consagra

[9] GRIMALT, Francesca Llodrá. Discapacidad y planificación de la sucesión "mortis causa": la utilidad de la "substitución ejemplar" del derecho civil balear, desde la mirada de la ascendiente madre. *In*: IZQUIERDO, B. Verdera (Dir.); GUARDILHA, J. A. Ferrer (Coord.). **Mujer, Discapacidad y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 573-588.

o comprometimento dos Estados signatários em garantir às pessoas com deficiência o direito à herança em igualdade de condições, demonstrando que a finalidade da Convenção não se limitava ao aspecto existencial, mas também à esfera patrimonial. Ou seja, as modificações legislativas em matéria sucessória devem compatibilizar a autonomia da vontade testamentária com as peculiaridades inerentes às deficiências, sem instituir mecanismos cuja utilização possa comprometer a higidez da cédula testamentária ou que, da mesma forma, ponham em xeque a presunção de capacidade da pessoa com deficiência.

Embora a proposta utilize uma linguagem que busca suavizar os efeitos da substituição quase-pupilar clássica, notadamente suprimida pelo Estatuto, a essência da substituição quase-pupilar permanece centrada em um mecanismo de substituição da vontade, ainda que disfarçado sob o argumento da proteção patrimonial. Procurando proteger o incapaz, atinge-se exatamente o objetivo contrário.

Na medida em que se exige dos Estados signatários a substituição de modelos substitutivos por modelos de apoio à tomada de decisão, com salvaguardas que respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, a substituição quase-pupilar no formato proposto se afigura incompatível com o paradigma da autodeterminação insculpido no art. 12 da CDPD. A prerrogativa atribuída ao testador de nomear um terceiro para atuar como destinatário final dos bens de seu descendente nada mais é do que a substituição da vontade da pessoa com deficiência, ferindo diretamente o direito desta de ser autora de suas próprias decisões, inclusive no tocante à administração e disposição (em vida ou após a morte) de seus bens. Trata-se, na prática, de uma autorização legal para que o testador, por meio de um ato unilateral, restrinja o direito fundamental à herança na modalidade ativa, pois tolhe o direito de livre destinação *post mortem* dos bens.

Sem falar na fragilidade da proposta quando se considera que a substituição quase-pupilar contraria a própria natureza jurídica do testamento, tradicionalmente compreendido como um ato personalíssimo, unilateral e revogável, por meio do qual o testador dispõe de seu patrimônio para depois da morte, manifestando sua vontade de forma autônoma e individual. Tanto assim o é que se

afigura como único negócio jurídico[10] impassível de ser realizado por intermédio de um procurador.

No caso da substituição quase-pupilar, há uma distorção do testamento: o testador não se limita a dispor sobre o destino de seu patrimônio, mas projeta sua vontade sobre a disposição patrimonial do descendente com deficiência, designando por critério subjetivo e semi-definitivo (uma vez que a única hipótese de caducidade é a posterior reaquisição da capacidade civil plena pelo relativamente incapaz) quem será o herdeiro do substituído, desvirtuando da função dispositiva do testamento e criando um regime de substituição da vontade alheia que não encontra respaldo nem na civilística brasileira nem na moldura constitucional contemporânea.

Em última análise, a tentativa de compatibilizar esse tipo de substituição com o regime protetivo da CDPD implica esvaziar o conteúdo normativo desta última e reinstaurar, sob o pretexto da previsibilidade sucessória, a lógica do império da vontade de terceiros sobre a pessoa com deficiência. Em vez de promover a inclusão, esse modelo reforça a exclusão ao assumir que a pessoa com deficiência intelectual ou mental é, por definição, inapta à autogestão, ainda que a própria Constituição da República assegure justamente o oposto. A reforma, ao tensionar os limites do testamento e instrumentalizá-lo como vetor de tutela heterônoma, compromete sua essência personalíssima e revela um retrocesso incompatível com o constitucionalismo inclusivo vigente.

5 A MANUTENÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO QUASE-PUPILAR NO DIREITO PORTUGUÊS E A REFORMA DE 2018

O testamento, segundo o ordenamento jurídico português, é um ato personalíssimo, ou seja, somente o testador pode dispor de seus bens para depois da morte. Como explica Cristina Dias, trata-se de um negócio jurídico unilateral, causa mortis, não receptício e insuscetível de delegação [11] , não pode ser elaborado por

[10] Não se desconhece das divergências doutrinárias quanto ao pertencimento do testamento à categoria dos negócios jurídicos ou se afiguraria como categoria autônoma, no entanto, para fins estritamente argumentativos, adotou-se a classificação defendida em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral – Tomo III. 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

[11] DIAS, Cristina. O art. 62.º da Constituição da República Portuguesa – Do direito de propriedade privada e das restrições à liberdade de disposição mortis causa. *In*: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; VALE PEREIRA, Maria Assunção do;

representante, procurador ou terceiro, nem condicionado à vontade alheia quanto à nomeação de herdeiros, legatários, bens ou encargos. Tal princípio está consagrado no art. 2182, n. 1, do Código Civil português[12].

Essa vedação tem por finalidade resguardar a autonomia da vontade do testador e garantir a autenticidade e integridade do ato, proibindo interferências externas que possam comprometer a liberdade de testar. Contudo, a referida regra admite exceções, dentre elas, as substituições pupilar e quase-pupilar, reguladas nos arts. 2297[13] e 2298[14] do Código Civil.

Especificamente em relação à substituição quase-pupilar, os genitores (pai e/ou mãe) têm a faculdade de nomear herdeiros ou legatários ao filho maior incapaz de testar[15] em consequência de uma "sentença de acompanhamento" (art. 2298). Nessa linha, sustenta-se que os pais não precisam desempenhar o papel de acompanhantes legais para exercer essa faculdade, desde que não estejam inibidos das responsabilidades parentais. Daniel Morais argumenta que a sobrevivência do cônjuge, caso este seja o acompanhante, não acarreta a caducidade da substituição, reafirmando a lógica de proteção patrimonial familiar que fundamenta o instituto[16]. No entanto, a substituição quase-pupilar fica sem efeito logo que cessa a

---

GONÇALVES, Anabela (org.). **Direito na lusofonia**: diálogos constitucionais no espaço lusófono. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016.

[12] PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro**. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-913450627. Acesso em: 30 jun. 2025.

[13] Art. 2297, n. 1. O progenitor que não estiver inibido total ou parcialmente do poder paternal tem a faculdade de substituir aos filhos os herdeiros ou legatários que bem lhe aprouver, para o caso de os mesmos filhos falecerem antes de perfazer os dezoito anos de idade: é o que se chama substituição pupilar.

2. A substituição fica sem efeito logo que o substituído perfaça os dezoito anos, ou se falecer deixando descendentes ou ascendentes.

[14] Art. 2298, n. 1 - A disposição do artigo anterior é aplicável, sem distinção de idade, ao caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de uma sentença de acompanhamento: é o que se chama substituição quase-pupilar.

2 - A substituição quase-pupilar fica sem efeito logo que cesse a limitação referida ou se o substituído falecer deixando descendentes ou ascendentes.

[15] NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão hereditária com bens situados no exterior. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2019. ISSN 2238-9210. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/9102/pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

[16] MORAIS, Daniel. Autonomia do maior acompanhado, direito sucessório e substituição quase-pupilar. *In*: XAVIER, Rita Lobo; SOUSA E SILVA, Nuno; ROSAS, Marta (org.). **Estate, Succession and Autonomy:** New assets and new trends. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2024.

impossibilidade de testar ou se o substituído falecer deixando descendentes ou ascendentes.

Vale mencionar que o art. 2298 do Código Civil português teve sua redação alterada pela Lei n. 49/2018[17]. Conforme esclarece Daniel Morais, essa lei "introduziu um novo paradigma em matéria de incapacidade na ordem jurídica portuguesa, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação por influência e no respeito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)"[18] e instituindo o regime do maior acompanhado.

As referidas figuras jurídicas foram amplamente criticadas por sua rigidez e caráter estigmatizante, uma vez que impunham restrições uniformes e pouco sensíveis às particularidades de cada caso. Além disso, o foco predominante na proteção do patrimônio dos indivíduos considerados incapazes resultava na marginalização de sua vontade e autonomia, ainda que estas estivessem apenas parcialmente comprometidas, revelando uma concepção tutelar que pouco dialogava com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana[19].

No entanto, o novo regime jurídico introduzido pela Lei n. 49/2018 assegurou ao maior acompanhado o pleno exercício de seus direitos pessoais, incluindo o direito de testar, conforme previsto no art. 147, n. 2, do Código Civil[20]. Diana Leiras reforça ao afirmar que o "direito de testar está indicado expressamente como exemplo de direito pessoal no núm. 2 do mesmo artigo (a par de outros exemplos como, os direitos de casar ou de constituir situações de união ou de procriar) "[21]. A regra geral é a de preservação da capacidade testamentária, que somente poderá ser restringida por decisão judicial, nos termos do art. 2189. Para além disso, o ordenamento contempla mecanismos de proteção da liberdade de testar, como a

---

[17] PORTUGAL. **Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto**. Diário da República Eletrónico. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/49-2018-116043536. Acesso em: 30 jun. 2025.
[18] MORAIS, Daniel, *op. cit.*
[19] *Ibidem.*
[20] "São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar."
[21] LEIRAS, Diana Isabel da Silva. Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador – uma análise tendo por base o Direito português. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, n. 20, p. 852, fev. 2024. Disponível em: https://revista-aji.com/disposicao-testamentaria-vinculada-ao-dever-de-cuidar-do-testador-uma-analise-tendo-por-base-o-direito-portugues/. Acesso em: 30 jun. 2025.

possibilidade de anulação do testamento quando se comprovar que, no momento da disposição, o testador estava incapacitado de compreender ou de exercer sua vontade livremente, ainda que essa incapacidade tenha sido transitória (art. 2199).

Nesse sentido, a substituição quase-pupilar, prevista no art. 2298 do Código lusitano, configura uma medida excepcional destinada a suprir a incapacidade testamentária do maior acompanhado, desde que tal restrição esteja expressamente determinada na sentença de acompanhamento, conforme o art. 2189[22]. Morais defende que essa substituição vai além do mero suprimento da capacidade de testar, pois incorpora também os interesses dos progenitores, especialmente no intuito de garantir a continuidade do patrimônio no tronco familiar[23]. Já Beatriz Vera-Cruz Pinto adota claramente a teoria da substituição pelo lado passivo, segundo a qual o progenitor testa em nome próprio, dispondo sobre o destino reflexo dos bens que legou ao filho, para o caso de este falecer nas condições previstas nos arts. 2297 a 2300[24].

6 A REVOGAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO ESPANHOL E OS FUNDAMENTOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Constituição espanhola de 1978 estabelece que a legislação civil é, em princípio, de competência exclusiva do Estado. No entanto, conforme o disposto no artigo 149.1.8ª[25], reconhece-se às Comunidades Autônomas a faculdade de conservar, modificar e desenvolver seus próprios regimes jurídicos civis, denominados direitos forais ou direitos civis especiais.

---

[22] "São incapazes de testar: a) Os menores; b) Os maiores acompanhados, apenas nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o determine."

[23] MORAIS, Daniel, *op. cit.*

[24] PINTO, Beatriz Medina Vera-Cruz. Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 61, n. 2, 2019.

[25] Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Algumas Comunidades Autônomas exerceram essa prerrogativa constitucional e, por meio de seus respectivos Estatutos de Autonomia, afirmaram formalmente a preservação e o desenvolvimento de seus sistemas jurídicos civis próprios[26]. Diante disso, neste item o estudo analisará a substituição quase-pupilar exclusivamente no âmbito do Código Civil espanhol, cuja elaboração e modificação são de competência exclusiva do Estado.

Até a entrada em vigor da Ley 8/2021, que promoveu uma ampla reforma na legislação civil e processual no tocante ao apoio às pessoas com deficiência no exercício de sua capacidade jurídica, o Código Civil espanhol incluía o art. 776, cuja redação foi suprimida pelo art. 2.37 da referida lei[27]. Conforme registrado na atualização legislativa de 2021, o dispositivo foi revogado. Anteriormente, o art. 776 dispunha o seguinte:

> El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.
> La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.[28]

Moretón Sanz esclarece que a substituição quase-pupilar então prevista no art. 776 do Código Civil constituía uma modalidade especial de substituição testamentária. Tratava-se de uma exceção à regra da pessoalidade do testamento, permitindo que a vontade sucessória do incapaz e maior de 14 anos, impossibilitado de testá-lo validamente, fosse suprida por disposição testamentária de seu ascendente, evitando-se, assim, a abertura da sucessão *ab intestato*.

Um dos principais pontos tratados por Moretón Sanz é a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicabilidade do art. 776 do Código Civil especialmente quanto ao alcance patrimonial

---

[26] ESPAÑA. **Constitución Española**. Boletín Oficial del Estado, Madrid, n. 311, 29 dez. 1978. Disponível em: https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229#a149. Acesso em: 30 jun. 2025.

[27] ESPAÑA. **Código Civil**: artículo 776. Conceptos Jurídicos, [s. d.]. Disponível em: https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-776/. Acesso em: 30 jun. 2025.

[28] "O ascendente poderá nomear substituto para o descendente maior de quatorze anos que, conforme a lei, tenha sido declarado incapaz por alienação mental. A substituição mencionada no parágrafo anterior ficará sem efeito se o incapaz realizar testamento durante um intervalo de lucidez ou após ter recuperado a razão" (tradução livre).

da substituição quase-pupilar. A divergência se estabelecia entre duas teses: a tese restritiva, segundo a qual a substituição somente alcançaria os bens que o ascendente houvesse deixado ao descendente incapacitado; e a tese extensiva, que defendia que a substituição abrangeria a totalidade do patrimônio do incapaz, independentemente da origem dos bens[29]. Esta última interpretação, apoiada pela autora, foi posteriormente ratificada pela jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol em abril de 2011, consolidando o entendimento de que a substituição quase-pupilar visava evitar a sucessão intestada e, portanto, deveria alcançar todo o acervo hereditário do substituído.

Contudo, a substituição quase-pupilar passou a ser considerada incompatível com os princípios da CDPD, conforme se depreende da exposição de motivos da Ley 8/2021 ao afirmar que essas figuras jurídicas representavam uma forma de substituição da vontade e não de apoio, revelando-se, portanto, contrárias ao modelo de direitos humanos que inspira a CDPD[30].

A revogação do art. 776 foi, portanto, um passo necessário para eliminar dispositivos legais que permitiam a substituição da vontade da pessoa com deficiência, promovendo, em seu lugar, um sistema de apoios personalizados, que respeita suas escolhas, preferências e dignidade. Essa medida está plenamente alinhada com a mudança de paradigma trazida pela CDPD: sair de um modelo médico ou tutelar e migrar para um modelo social e de direitos humanos.

7 COMPARAÇÃO CRÍTICA ENTRE OS MODELOS ADOTADOS POR PORTUGAL, ESPANHA E BRASIL

No modelo português, embora o testamento seja, por regra, um ato personalíssimo, o Código Civil admite a exceção da substituição quase-pupilar (art. 2298). A alteração promovida pela Lei n. 49/2018 reformou substancialmente o regime das incapacidades, extinguindo os institutos da interdição e inabilitação, e instituindo o regime do maior acompanhado, em conformidade com a CDPD.

[29] *Ibidem.*

[30] ESPAÑA. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 132, p. 63023–63071, 3 jun. 2021. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con. Acesso em: 30 jun. 2025.

Ainda assim, a substituição quase-pupilar foi mantida como medida excepcional, aplicável apenas quando expressamente prevista na sentença judicial, e limitada aos bens recebidos do próprio testador. O modelo português, portanto, conserva o instituto, mas dentro de um quadro normativo mais protetivo e ajustado ao paradigma de apoio à capacidade[31].

Já no modelo espanhol, a substituição quase-pupilar estava prevista no art. 776 do Código Civil e autorizava ascendentes a nomearem herdeiros em nome de descendentes maiores de 14 anos, judicialmente declarados incapazes por enfermidade mental. A jurisprudência oscilou entre interpretações restritivas e extensivas sobre o alcance da substituição, sendo posteriormente consolidada a tese de que o instituto poderia abranger todo o patrimônio do substituído. No entanto, com a entrada em vigor da Ley 8/2021, o art. 776 foi revogado.

Conforme já exposto, a substituição quase-pupilar não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro vigente; contudo, diferentemente do revogado modelo espanhol – que limitava sua aplicação a filhos maiores de 14 anos declarados incapazes por enfermidade mental –, a proposta brasileira prevê sua utilização em relação a filhos a partir de 16 anos que não estejam em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente. A eficácia da disposição testamentária, nesse contexto, depende da comprovação da limitação volitiva no momento do ato, podendo essa limitação ser permanente ou transitória. Essa formulação conceitual mais abrangente permite abarcar desde quadros de deficiência intelectual até estados de inconsciência transitória, desde que a incapacidade de manifestação de vontade esteja devidamente demonstrada no momento do falecimento[32].

A substituição quase-pupilar, tal como delineado no projeto de reforma brasileiro, visa compatibilizar a proteção patrimonial e existencial da pessoa que não estiver em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, com a autonomia da família, ao

---

[31] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Da relevância da substituição quase-pupilar: a propósito do regime do maior acompanhado. *In*: DIAS, Cristina; BARROS, João Nuno; BORGES, Patrícia Sousa; CRUZ, Rossana Martingo (Coord.). **Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões**: as relações pessoais, familiares e sucessórias. Gestlegal, 2023.

[32] VELOSO, Zeno. Substituição quase-pupilar – deve ser introduzida no direito brasileiro? **Blog do 26º Tabelionato de Notas**. São Paulo, 1º out. 2018. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=14602. Acesso em: 1 jul. 2025.

mesmo tempo em que impõe limites objetivos à sua eficácia. A disposição testamentária feita pelos pais somente produzirá efeitos se perdurar a causa de incapacidade relativa no momento da morte do filho.

Diferentemente dos modelos ibéricos, que exigem decisão judicial de acompanhamento como condição prévia para o exercício de disposições substitutivas, o projeto brasileiro não prevê, de forma expressa, a necessidade de intervenção judicial específica para autorizar a outorga da cláusula substitutiva. No entanto, ao disciplinar a curatela no art. 1.767, o projeto estabelece que estarão sujeitos a ela os maiores de idade enquadrados nas hipóteses dos artigos 3º e 4º, o que, por sua própria natureza, implica a necessidade de reconhecimento judicial de tal necessidade[33].

Nesse sentido, o projeto brasileiro parece adotar uma posição intermediária entre os modelos português e espanhol. Mantém-se a faculdade dos pais instituírem herdeiros ou legatários em nome dos filhos maiores incapazes, mas essa prerrogativa é condicionada a requisitos objetivos e à persistência da limitação no momento do óbito, restringindo temporalmente os efeitos da disposição testamentária e evitando automatismos que possam comprometer a vontade presumida dos filhos.

8 INTERPRETAÇÃO DO ART. 12 DA CDPD E SUA APLICAÇÃO À SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A possibilidade de o ascendente (que pode ou não ser o curador) invadir a esfera privada da pessoa com deficiência, ainda que sob uma hermenêutica aparentemente protetiva, não pode prescindir da análise do direito civil sob a legalidade constitucional[34]. Não bastasse a clara e indubitável proteção sob o manto de direito fundamental no art. 5º, XXX, da Constituição da República, a garantia da capacidade hereditária também foi abordada no art. 12, n. 5, da CDPD – não sendo despiciendo lembrar de seu status normativo de

[33] *Ibidem.*

[34] "Não se pode aplicar ao caso específico a norma específica. É que tal norma deve ser relida, interpretada e aplicada a todas as normas superiores a ela. A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso no Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal)". (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1–9, 2019. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/407. Acesso em: 8 ago. 2025.)

emenda constitucional –, sendo um dever dos Estados signatários "assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens".

A garantia de igualdade no direito de "possuir ou herdar bens" não se limita à sucessão legítima, fundada na ordem de vocação hereditária. Ao contrário, o testamento, enquanto expressão legítima da liberdade dispositiva do autor da herança e forma válida de aquisição patrimonial por terceiros, é igualmente garantido às pessoas com deficiência. Apesar de, como defendido, não haver previsão do testamento enquanto direito fundamental, seria reducionista interpretar o direito de herdar previsto na CDPD apenas como proteção contra exclusões na sucessão legítima, ignorando o viés protetivo que a Convenção possui e o seu objetivo de reduzir desigualdades oriundas da vulnerabilidade. Negar à pessoa com deficiência o pleno exercício de sua titularidade sucessória – seja por meio da imposição de substitutos testamentários que obstruem sua administração, seja por presunções de incapacidade não submetidas ao devido processo legal – implica em esvaziar o conteúdo do direito fundamental de herdar.

A sucessão testamentária é o ápice demonstrativo da autonomia privada, pois é a vontade do testador que definirá os rumos da sucessão, respeitadas as balizas da legítima caso existam herdeiros necessários; mas é, em outras palavras, a chancela estatal de que uma declaração de vontade livre e consciente pode subverter a ordem de vocação hereditária. Justamente por esse fato permite-se que a cédula testamentária contenha apenas disposições extrapatrimoniais, a exemplo do reconhecimento de filiação e perdão do indigno. Se ao testador é permitido que sua última disposição de vontade seja limitada a questões eminentemente privadas, é de se concluir que a confecção do testamento pode – e deve – ser observada como um reflexo da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

E justamente por carregar tal característica o testamento não pode ser convertido em instrumento de negação da dignidade, sobretudo quando essa negação se opera em face de sujeitos historicamente marginalizados pelo próprio sistema jurídico. Utilizar do testamento, ato personalíssimo por excelência, como veículo para a imposição de uma substituição da vontade do descendente com deficiência equivale a distorcer sua função, transformando-o em ferramenta de controle *post mortem* da vida alheia. A consequência é a paradoxal subversão de um instrumento vocacionado à liberdade e à valorização da autonomia individual em um mecanismo de restrição.

Não por acaso, a razão invocada pelo legislador espanhol para revogar a *sustitución ejemplar* foi a recepção normativa do art. 12 da CDPD e o entendimento de que ela invadiria a autonomia da vontade da pessoa com deficiência, inclusive questionando a manutenção da substituição pupilar no código espanhol pelas mesmas razões:

> A visão do legislador estatal sobre esta questão permanece paradoxal e contraditória. Elimina-se a substituição exemplar, invocando-se o artigo 12 da CDPD, alegando-se que esta disposição viola o princípio da irrestrita capacidade das pessoas com deficiência. No entanto, mantém-se a "substituição pupilar" (artigo 775 do CC), sem questionar se esta contraria a autonomia da vontade do menor ou prejudica a sua capacidade jurídica, ainda que justificada pelo "melhor interesse do menor".[35]

Reconhecer a sucessão testamentária como parte integrante do direito de herdar impõe, contudo, uma leitura substancial do princípio da igualdade, conforme delineado pela Constituição e pela CDPD. A igualdade formal se mostra insuficiente diante de práticas normativas que, embora não excluam expressamente o herdeiro, instituem barreiras estruturais ao exercício pleno de sua capacidade sucessória a partir de uma característica pessoal (a deficiência) que, por si só, não justifica a restrição, sobretudo após a reformulação da teoria das incapacidades[36].

9 TESTAMENTO QUASE-PUPILAR E A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PROPOSTAS PARA A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

A fragilidade da proposta apresentada no projeto de reforma do Código Civil no que se refere à substituição quase-pupilar – sobretudo diante da revogação do instituto da substituição quase-pupilar na Espanha e da modificação de sua redação em Portugal – impõe uma reflexão crítica sobre a necessidade de compatibilização

---

[35] EGUSQUIZA, Maria Ángeles. Impacto da Lei 8/2021 no Direito Sucessório em Navarra: Propostas Futuras. **Cuadernos de derecho transnacional**, v. 14, n. 2, pp. 319-347, 29 de setembro de 2022.

[36] PINTO, Hilbert Melo Soares. Do modelo substitutivo ao apoio ao exercício da capacidade civil: breves diálogos de uma constitucionalização inacabada. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). **Constitucionalização das relações privadas:** fundamentos de interpretação do direito privado brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 219-235.

normativa e hermenêutica com a CDPD e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Como mencionado anteriormente, a entrada em vigor da Ley 8/2021 revogou o art. 776 do Código Civil espanhol, eliminando expressamente a substituição quase-pupilar no âmbito do direito comum. Contudo, algumas Comunidades Autônomas, como é o caso do País Basco, ainda mantêm esse instituto em seus ordenamentos forais. Essa manutenção, entretanto, tem sido objeto de críticas, especialmente por parte de Andrés Urrutia Badiola[37], que questiona sua compatibilidade com os princípios estabelecidos pela CDPD, particularmente no que tange à garantia da autonomia e da capacidade jurídica plena das pessoas com deficiência. Embora o autor não defenda a supressão do instituto da *sustitución ejemplar*, propõe sua reformulação de modo a assegurar a harmonização com os direitos e liberdades fundamentais dessas pessoas.

Quanto à permanência do instituto na legislação portuguesa, importa destacar que sua manutenção não é consensual. Conforme aponta Daniel Morais [38] , o Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra chegou a propor sua revogação, argumentando que o referido instituto não foi adequadamente atualizado em conformidade com o novo paradigma jurídico da deficiência introduzido pela Lei n. 49/2018.

Nesse sentido, Andrés Maria Urrutia Badiola e Daniel Morais propõem modificações legislativas no âmbito do direito civil foral do País Basco e do ordenamento jurídico português, respectivamente. Observa-se uma compatibilidade entre algumas das sugestões formuladas por Urrutia e as propostas apresentadas por Morais, especialmente no que se refere à proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Essas convergências poderiam contribuir para a formulação de uma proposta de inserção do instituto do testamento quase-pupilar na reforma do Código Civil brasileiro, de modo a alinhá-lo aos princípios fundamentais da CDPD. Urrutia, por exemplo, admite a possibilidade de que os pais disponham dos bens do filho “cualquiera que sea su origen”[39] – o que está em sintonia com a proposta de Morais de

[37] URRUTIA BADIOLA, Andrés Maria. Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco. **Boletín de la Academia Vasca de Derecho** = *JADO*, Bilbao, v. XIV, n. 27, p. 615–627, ene./dic. 2015–2016.
[38] MORAIS, Daniel, *op. cit.*
[39] URRUTIA, Andrés**.** Discapacidad y derecho foral vasco. **Boletín de la Academia Vasca de Derecho**, v. 5, n. 12, p. 168–169, 2007.

estabelecer regras de compatibilidade e partilha proporcional entre diferentes disposições testamentárias[40].

Urrutia também defende a ampliação das funções do comissário, conferindo-lhe um papel semelhante ao de "paratutor" ou "paracurador", com foco na proteção patrimonial do herdeiro com deficiência [41] . Tal proposta reforça a ideia de reconfigurar a substituição quase-pupilar como medida protetiva, desde que atrelada a deveres de cuidado, respeito às preferências do maior acompanhado e respaldo legal quanto ao seu caráter protetivo. No entanto, Urrutia não aborda explicitamente a escuta da vontade ou das preferências da pessoa com deficiência – elemento central na proposta de Morais[42] e que guarda conformidade mais direta com os ditames da CDPD.

Por fim, embora Urrutia não mencione de forma direta a CDPD, suas propostas indicam uma abertura à atualização e ao desenvolvimento normativo das figuras sucessórias, no sentido de torná-las mais eficazes e responsivas às necessidades específicas das pessoas com deficiência. Sua defesa da ampliação da liberdade de testar, do reconhecimento do comissário como figura protetiva, e da viabilidade de substituição independentemente de interdição judicial, demonstra uma aproximação com os princípios da CDPD, ainda que sem a incorporação explícita da linguagem do paradigma da capacidade jurídica plena.

Nesse sentido, a harmonização entre as propostas de Urrutia e Morais pode oferecer subsídios relevantes para a construção de um testamento quase-pupilar compatível com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, especialmente a CDPD. Ambos propõem a atualização do instituto com foco na proteção patrimonial da pessoa com deficiência, sua reconfiguração como medida protetiva e o respeito à autonomia e capacidade jurídica plena. Enquanto Urrutia sugere maior flexibilidade formal e ampliação das funções do comissário, Morais adota uma abordagem mais cautelosa, com critérios de legitimidade mais estritos e salvaguardas contra abusos. Essas convergências justificam a manutenção qualificada do instituto na reforma do Código Civil.

---

[40] MORAIS, Daniel, *op. cit.*
[41] URRUTIA, Andrés, *op. cit.*
[42] MORAIS, Daniel, *op. cit.*

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo central analisar criticamente a compatibilidade da substituição quase-pupilar, proposta na reforma do Código Civil brasileiro (PL n. 4/2025), com os princípios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), especialmente à luz das experiências legislativas de Portugal e da Espanha. Questionou-se se a introdução desse instituto, de matriz romanista e fortemente marcado por uma lógica tutelar, poderia coexistir com o paradigma da autonomia da vontade, da igualdade material e do respeito à capacidade jurídica das pessoas com deficiência, consagrado pela CDPD e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional.

A análise normativa, doutrinária e comparativa realizada ao longo do trabalho revelou que a substituição quase-pupilar, tal como delineada na proposta de reforma, mostra-se substancialmente incompatível com os princípios fundamentais da CDPD, pois opera como um mecanismo de substituição da vontade da pessoa com deficiência, mesmo quando disfarçado sob a aparência de proteção patrimonial e previsibilidade sucessória. Em vez de reconhecer a capacidade sucessória ativa dessas pessoas e de garantir meios adequados de apoio à tomada de decisão, a proposta reintroduz, de forma velada, uma lógica heterônoma que já foi superada tanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto pelas reformas legislativas promovidas por outros países signatários da Convenção.

Em Portugal, embora o instituto tenha sido mantido após a reforma de 2018, sua aplicação é estritamente condicionada à existência de sentença judicial que restrinja expressamente a capacidade de testar, com eficácia limitada aos bens recebidos do próprio testador. Na Espanha, por outro lado, a substituição quase-pupilar foi expressamente revogada em 2021. Esses modelos permitiram visualizar que, embora existam variações interpretativas e institucionais, o caminho da conformidade com a Convenção exige o abandono de práticas substitutivas e a adoção de salvaguardas que respeitem a autonomia individual.

À luz das experiências ibéricas, conclui-se que a proposta brasileira, caso não seja modificada, não deveria ser incorporada ao ordenamento jurídico, pois sua estrutura normativa e fundamento dogmático reproduzem padrões tuteladores e excludentes. Contudo, caso haja vontade legislativa de manter a figura da substituição

quase-pupilar, deverá necessariamente passar por profundas reformulações, que envolvam, mas não limitadas a: exigência de decisão judicial de curatela que expressamente limite a capacidade testamentária da pessoa com deficiência; previsão de escuta qualificada; limitação objetiva do alcance patrimonial da substituição; e inclusão de salvaguardas e mecanismos de fiscalização quanto à eventual sobreposição de interesses entre testador e substituído.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 4, de 31 de janeiro de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998. Acesso em: 1 jul. 2025.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1996.

COUTO E SILVA, Clóvis V do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, vol. 97, jan./mar. 1988, p. 163-180.

DIAS, Cristina. O art. 62.º da Constituição da República Portuguesa – Do direito de propriedade privada e das restrições à liberdade de disposição mortis causa. *In*: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; VALE PEREIRA, Maria Assunção do; GONÇALVES, Anabela (org.). **Direito na lusofonia:** diálogos constitucionais no espaço lusófono. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016. p. 151-164. ISBN 978-989-97970-8-6.

ESPAÑA. Constitución Española. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 311, 29 dez. 1978. Disponível em: https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229#a149. Acesso em: 30 jun. 2025.

ESPAÑA. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 132, p. 63023–63071, 3 jun. 2021. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con. Acesso em: 30 jun. 2025.

GRIMALT, Francesca Llodrá. Discapacidad y planificación de la sucesión "mortis causa": la utilidad de la "substitución ejemplar" del derecho civil balear, desde la mirada de la ascendiente madre. *In*: IZQUIERDO, B. Verdera (Dir.); GUARDILHA, J. A. Ferrer (Coord.). **Mujer, Discapacidad y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 573-588.

LEIRAS, Diana Isabel da Silva. Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador – uma análise tendo por base o Direito português. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, n. 20, p. 848-869, fev. 2024. ISSN 2386-4567. Disponível em:https://revista-aji.com/disposicao-testamentaria-vinculada-ao-dever-de-cuidar-do-testador-uma-analise-tendo-por-base-o-direito-portugues/. Acesso em: 30 jun. 2025.

MORETÓN SANZ, Maria Fernanda. La sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados. **Revista sobre la Infancia y la Adolescencia**, Valencia, n. 8, p. 84-103, abr. 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2015.3764. Acesso em: 30 jun. 2025.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Autonomia do maior acompanhado, direito sucessório e substituição quase-pupilar. *In*: XAVIER, Rita Lobo; SOUSA E SILVA, Nuno; ROSAS, Marta (org.). **Estate, Succession and Autonomy:** New assets and new trends. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2022. p. 17-41. ISBN 978-989-8979-42-1.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Da relevância da substituição quase-pupilar: a propósito do regime do maior acompanhado. *In*: DIAS, Cristina; BARROS, João Nuno; BORGES, Patrícia Sousa; CRUZ, Rossana Martingo (Coord.). **Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões:** as relações pessoais, familiares e sucessórias. Coimbra: Gestlegal, 2023. ISBN 978-989-9136-26-7. e-book.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão hereditária com bens situados no exterior. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2019. ISSN 2238-9210. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/9102/pdf. Acesso em: 30 jun. 2025.

PINTO, Beatriz Medina Vera-Cruz. Natureza jurídica e funcionamento da substituição pupilar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 61, n. 2, p. 535-576, 2019. ISSN 0871-5572.

PINTO, Hilbert Melo Soares. Do modelo substitutivo ao apoio ao exercício da capacidade civil: breves diálogos de uma constitucionalização inacabada. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). **Constitucionalização das relações privadas:** fundamentos de interpretação do direito privado brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 219-235.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro. **Diário da República Eletrónico**. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-913450627. Acesso em: 30 jun. 2025.

PORTUGAL. Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. **Diário da República Eletrónico**. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/49-2018-116043536. Acesso em: 30 jun. 2025.

RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, n. 13, n. 1, 2024. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984. Acesso em: 16 jul. 2025.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito de representação, substituição vulgar e direito de acrescer**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1943.

URRUTIA BADIOLA, Andrés Maria. Nota breve sobre capacidad y derecho civil vasco. **Boletín de la Academia Vasca de Derecho** = *JADO*, Bilbao, v. XIV, n. 27, p. 615–627, ene./dic. 2015–2016.

URRUTIA, Andrés**.** Discapacidad y derecho foral vasco. **Boletín de la Academia Vasca de Derecho**, v. 5, n. 12, p. 168–169, 2007.

VELOSO, Zeno. Substituição quase-pupilar – deve ser introduzida no direito brasileiro? **Blog do 26º Tabelionato de Notas**. São Paulo, 1º out. 2018. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=14602. Acesso em: 1 jul. 2025.

ESMAPE
Escola Judicial de Pernambuco