

REVISTA DA AGU

Volume 25, número 1, Brasília-DF, março 2026



Qualis A4
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X

REVISTA DA AGU

Volume 25, número 1, Brasília-DF, março 2026

revistaagu.agu.gov.br

Revista da AGU	Brasília	Qualis A4	v. 25	n. 1	p. 1–268	março 2026
----------------	----------	--------------	-------	------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG – Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo

CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.

E-mail: eagu.avaliaceditorial@agu.go.br

© Advocacia-Geral da União – AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO-GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Procuradora-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor-Geral da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor-Geral da Escola Superior da AGU Editor-Chefe
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Pós-Graduação Vice-Editor
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação <i>Stricto Sensu</i> Editora-Assistente
Lohana Gregorim	Revisão de texto
Walbert Kuhne / Kamilla Souza	Diagramação/Capa

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes

Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v. : 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Candido Mendes (UCAM). Professor visitante da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY

Pós-doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC), em História do Direito e em Literatura pela Universidade de Brasília (UnB), em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Comparado na Universidade de Boston (BU, Estados Unidos). Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

ARTUR STAMFORD DA SILVA

Pós-doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI, Chile). Doutor e mestre em Direito pela da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de graduação na Faculdade de Direito do Recife (FDR) e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos e da UFPE.

CARLA AMADO GOMES

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

Pós-doutorado pelo Center for Transnational Legal Studies (CTLS, Grã-Bretanha). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master in Science (MSc) pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (UC, Portugal). Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito da Universidade Estadual de Roraima (UERR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Pós-doutorado pela École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHES, França) e pela Pace University (PACE, Estados Unidos). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor visitante integrante da diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE) da Pace University. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA e da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

JEFFERSON CARÚS GUEDES

Pós-doutorado em Teoria Literária pela Universidade De Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO

Doutor em Ciência Jurídico-Política pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal).

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Laws pela Harvard Law School (Estados Unidos). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LÊNIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor visitante da ULisboa, da Universidade Católica de Lisboa (UCP, Portugal) e da Universidade de Coimbra (UC, Portugal).

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Pernambuco.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Pós-doutorado pela Universidade de Frankfurt (Alemanha) e pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Doutor em Direito pela Universidade de Bremen (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO

Pós-doutorado pelo Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Alemanha) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito pela PUCRS. Professora convidada da PUCRS e da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Advogada da União.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Pós-doutorado e doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unifor. Procurador do Município de Fortaleza.

MONICA TERESA COSTA SOUSA

Pós-doutorado pela Universitat de València (UV, Espanha). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia (PVEX-CAPEs, Espanha). Docente permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult) e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir). Coordenadora de Pesquisa e Pós-Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA).

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Processual da USAL.

PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Administrativo da USAL.

REGINA LINDEN RUARO

Pós-doutorado pelo Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU, Espanha). Doutora em Direito Universidad Complutense de Madrid (UCM, Espanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Professora titular da PUCRS. Professora visitante da Universidad (CEU, Espanha).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade São Paulo.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE

Pós-doutorado pelo King's College London (Grã-Bretanha), pela New York University (NYU, Estados Unidos) e pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

PARECERISTAS

AILENE DE OLIVEIRA FIGUEIREDO

Doutora em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional e Sustentabilidade pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP). Especialista em Teoria do Estado, das Relações Privadas e Processo pela Escola de Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS), em Docência em Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Civil e Processual Civil pela UNIDERP. Bacharela em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

BRUNO GIL DE CARVALHO LIMA

Pós-doutorado em Medicina e Saúde Humana pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública (EBMSP). Doutor em Saúde Pública pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Saúde Comunitária pela UFBA e em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especialista em Direito Médico pela FG Faculdades e em Direito Processual Canônico pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Gestão de Pessoas e Epidemiologia em Saúde do Trabalhador pela UFBA. Bacharel em Medicina e em Direito pela UFBA. Bacharel em Teologia e licenciado em Filosofia pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Professor Adjunto da UFBA nos cursos de graduação em Medicina e Direito.

CLARISSA BUENO WANDSCHEER

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Bacharela em Direito pela PUCPR. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Gestão Ambiental da Universidade Positivo (UP).

EDEMAR ROTTA

Pós-doutorado e doutorado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Sociologia pela PUCRS. Especialista em Educação e em Filosofia pela Faculdade

de Filosofia, Ciências e Letras Dom Bosco (FAFI/Dom Bosco). Bacharel em Filosofia pela FAFI/Dom Bosco. Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS).

ELISEU RAPHAEL VENTURI

Pós-doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Center for Human Rights Research (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Licenciado em Artes Visuais pela Faculdade de Artes do Paraná (FAP/PR). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e da Escola Paulista de Direito Social (EPDS). Procurador Federal.

FABIANA AUGUSTA DE ARAÚJO PEREIRA

Pós-doutoranda em Tributação, Orçamento e Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Visiting scholar com pesquisas em Justiça Fiscal pela Fordham University. Doutora e mestre em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Constitucional na Universidade Anhanguera (Uniderp) e Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharela em Direito pela UFPE e em Administração de Empresas pela Faculdade de Administração de Pernambuco (FCAP). Professora de graduação e pós-graduação. Diretora de Apoio à Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PE). Procuradora Federal.

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Pós-doutorado pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha), Kent Law School (Inglaterra) e Weizenbaum Institute for Connected Society and Humboldt University of Berlin (Alemanha). Doutor em Direito Internacional Magna Cum Laude pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Master

in Laws (LL.M.) pela Università degli Studi di Torino (Itália). Especialista em Direito do Comércio Internacional pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Bacharel em Direito pela USP, com período de intercâmbio na Eberhard-Karls-Universität Tübingen (Alemanha). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Inovação Tecnológica e da Faculdade de Direito da UFMG.

FERNANDA GOMES E SOUZA BORGES

Doutora e mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Civil pela PUC Minas em parceria com Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Bacharela em Direito pela Universidade José do Rosário Velloso (Unifenas). Professora Associada I da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Lavras (UFLA).

FLÁVIO COUTO

Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Eleitoral pela PUC Virtual. Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e do curso de graduação em Direito da UFMG. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Direito Tributário e Aduaneiro da PUC-MG. Secretário-Geral da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT). Procurador do município de Belo Horizonte.

FLÁVIO ROBERTO BATISTA

Doutor e mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela USP. Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

FRANCIELI PUNTEL RAMINELLI VOLPATO

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e pela Universidade de Sevilla (Espanha). Mestra em Direito pela Universidade

Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharela em Direito pela UFSM, tendo recebido Láurea Acadêmica por destaque no ensino, na pesquisa e na extensão. Pesquisadora externa da UFSM e da UFRGS.

FRANCIS MARÍLIA PÁDUA

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp). Mestra em Direito pela Unimar. Bacharela em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Unimar. Coordenadora do curso de graduação em Direito da Unimar.

GABRIEL ULBRIK GUERRERA

Pós-doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Temas Aprofundados para Advocacia Pública pela Faculdade Ademar Rosado (FAR). Bacharel em Direito pela UFPE e em Ciências Contábeis pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIIPECAF). Professor Adjunto da UFPE. Servidor Público da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco.

LUCIO PICANÇO FACCI

Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFF. Professor Adjunto de Direito Civil e Processo Civil da UFF. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Procurador Federal.

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO

Pós-doutorado em Derechos Humanos en perspectiva comparada: Brasil y España e em Generaciones de Derechos Humanos: Los Derechos de Segunda Generación

pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Doutora em Direito Processual Civil pela USAL. Doutora e mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharela em Direito PUC-Rio. Professora Adjunta de graduação e pós-graduação lato sensu e Chefe de Departamento de Direito da UFMA.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Administrativo pela UFPE. Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco (FADE/UFPE) e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Procurador da Fazenda Nacional.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Bacharel em Ciências Econômicas pela UnB. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU).

RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA

Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal) e em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Público, com habilitação em Direito Administrativo, pela Universidade de Brasília (UnB) e em Docência do Ensino Superior pela Universidade Potiguar (UnP). Bacharel em Direito pela UFC. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Procurador-chefe da Procuradoria Federal na Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

ROBERTA KELLY SILVA SOUZA

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale pela Università di Pisa (Itália) e em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Bacharela em Direito pela Universidade Nilton Lins (Uniniltonlins). Professora do CIESA.

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

Doutor em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (FESMP/RN) e em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar (UnP). Bacharel em Direito pela UnP. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Avaliador do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (INEP/MEC).

RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

Pós-doutorado em Genética pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutorado em Agronomia pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Ciências Farmacêuticas pela UFRJ. Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL); Direito e Jurisdição Aplicada à Magistratura pela Faculdade Educamais (UNIMAIS); Direitos Humanos pela Faculdade i9 Educação; Direito Internacional Contemporâneo pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA); Gestão Escolar pelo Centro Universitário Barão de Mauá (CBM); Análises Clínicas pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio de Janeiro (UNIRJ); Relações Intrenacionais pelo UNINTER; Segurança Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Teologia: Doutrina

Católica pelo UNINTER. Licenciado em Ciências Biológicas pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e em Filosofia pelo UNINTER. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Professor Adjunto de Direito e Biomedicina e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Perito Criminal da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Biomédico.

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

Pós-doutorando em Direito e Inteligência Artificial pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil/Curitiba). Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha) e em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino (IBE). Bacharel em Inteligência Artificial Aplicada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor de Direito e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

AUTORES

ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA

Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

BEATRIZ FIGUEIREDO CAMPOS NÓBREGA

Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela UFRN. Advogada da União.

EDUARDO HENRIQUE FERREIRA

Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Advogado da União.

GASTÃO MARQUES FRANCO

Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela FDMC.

GRACE LADEIRA GARBACCIO

Doutora em Direito Ambiental e mestra em L'aménagement et de L'urbanisme pela Université de Limoges (França). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração pela Fundação João Pinheiro (FJP). Professora convidada de mestrado em Direito Ambiental pela Università degli Studi di Roma La Sapienza (Itália), do programa internacional da Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne (França) e da Université Laval (Canadá). Professora de pós-graduação lato sensu da Faculdade FIA de Administração e Negócios (FFIA), da Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul (PUCRS), de pós-graduação da Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) e de pós-graduação stricto sensu do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

HENRIQUE COSTA DE SEABRA

Doutorando em Direito Difusos e Coletivos, com ênfase em Direito Minerário e Ambiental, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela FDMC.

HENRIQUE PAIVA DE ARAÚJO

Doutorando em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Auditor Fiscal da Receita do Distrito Federal (GDF).

JOÃO PAULO FORNI

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público (constitucional, administrativo e tributário) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU).

LÍDIA MARIA RIBAS

Pós-doutorado pela Universidade Nova de Lisboa (UNL), pela Universidade de Coimbra (UC) e pela Universidade do Museo Social da Argentina (UMSA). Doutora e mestra em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharela em Direito, em Formação de Professores, em Administração de Empresas e em Ciências Econômicas pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Professora

visitante na Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Titular da Faculdade de Direito e Permanente no Mestrado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FADIR/UFMS).

LORENA CRISTINA DE ARAÚJO CAMPOS

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

LUCIANO FERRAZ

Pós-doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutorado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor Titular de Direito Administrativo e da pós-graduação em Direito Administrativo da UFMG. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Administrativo da PUC Minas.

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestra em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). MBA em Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação pela Faculdade União das Américas (UniAmérica). Especialista em Direito Privado pela Unisc e em Terapia Familiar pela Escola Domus (ED). Bacharela em Direito e Psicologia e licenciada em Estudos Sociais pela Unisc. Professora de graduação, pós-graduação lato sensu e de mestrado e doutorado em Direito da Unisc.

NARIEL DIOTTO

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestra em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz). Especialista em Direitos das Mulheres pela Faculdade de Educação, em Ensino da Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL) e em Direito

Constitucional pela Faculdade Cidade Verde (UniCV). Bacharela em Direito pela Unicruz. Professora da Escola Brasileira de Direito das Mulheres.

RAINER BOMFIM

Professor Adjunto de Direito Previdenciário na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Membro permanente do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável e Extensão da UFLA. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Líder do Grupo de pesquisa CNPq “Direito, Vulnerabilidade e Epistemologia” – UFLA. Coordenador do projeto de extensão Núcleo de Apoio Fiscal – Previdenciário da UFLA.

RONILDE LANGHI PELLIN

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direitos Humanos Internacionais pela Faculdade de Minas (FACUMINAS) e em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela Universidade da Grande Dourados (UNIGRAN) e em Ciências Contábeis pela UFMS. Procuradora da Fazenda Nacional.

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO

Pós-doutorado, doutora e mestra em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada do Recife (FIR). Professora de Direito da Centro Universitário Brasileiro (UNIBRA). Professora de especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Professora de Medicina Legal do Curso de Medicina do Centro Universitário Maurício de Nassau (Uninassau). Avaliadora do Ministério da Educação (MEC) para cursos de Direito.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 15

ARTIGOS

Arbitragem internacional e democracia: entre colisão e convergência
International arbitration and democracy: between collision and convergence
Beatriz Figueiredo Campos Nóbrega..... 17

A constitucionalização do Direito Processual Civil sob a perspectiva do princípio da efetividade do processo
The constitutionalization of civil procedural law under the perspective of the process effectiveness principle
Eduardo Henrique Ferreira..... 39

O futuro do direito real de habitação no Brasil
The future of real housing law in Brazil
Gastão Marques Franco
Adriano Stanley Rocha Souza
Henrique Costa de Seabra..... 57

Desafios fiscais na era digital: a tributação de IA e robôs
Tax challenges in the digital age: taxing AI and robots
Henrique Paiva de Araújo
Grace Ladeira Garbaccio..... 79

O Tribunal de Contas da União e a regulação: autovinculação como mecanismo promotor da segurança jurídica
The Federal Court of Accounts and regulation: self-binding as a mechanism for ensuring legal certainty
João Paulo Forni
Luciano Ferraz..... 95

Maternidades subversivas e proteção jurídico-laboral: uma análise sobre a insuficiência das categorias relacionadas à proteção das maternidades plurais
Subversive maternities and legal and labor protection: an analysis of the insufficiency of categories related to the protection of plural maternities
Lorena Cristina de Araújo Campos
Rainer Bomfim 123

Direitos reprodutivos: uma discussão sobre dignidade humana e autonomia feminina
Reproductive rights: a discussion on human dignity and female autonomy

<i>Nariel Diotto</i>	
<i>Marli Marlene Moraes da Costa</i>	141
O controle judicial em matéria de direitos sociais a partir da dogmática dos direitos fundamentais	
<i>Judicial control in matters of social rights from the perspective of the dogmatics of fundamental rights</i>	
<i>Simone de Sá Rosa Figueirêdo</i>	189
Cobrança da dívida ativa tributária da União no contexto do direito fundamental à boa administração	
<i>Collection of the federal tax debt in the context of the fundamental right to good administration</i>	
<i>Ronilde Langhi Pellin</i>	
<i>Lidia Maria Ribas</i>	163

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de nova edição da Revista da AGU, que contempla nove artigos sobre temas de elevado interesse para a Advocacia Pública e o Direito Público. Todos os trabalhos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as diretrizes editoriais do periódico.

Esse número é inaugurado por investigação sobre a relação entre Arbitragem Internacional e Democracia, em que Beatriz Nóbrega propõe a expansão do instituto da Arbitragem em convergência com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Eduardo Ferreira analisa o princípio da efetividade do processo a partir de sua filtragem constitucional e do acesso à justiça qualificada, marcada pela instrumentalidade processual e pelo direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

Gastão Franco, Adriano Souza e Henrique Seabra dissertam sobre o futuro do direito real de habitação no Brasil, à luz dos seus fundamentos constitucionais e sociais, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de recentes propostas de alteração do artigo 1.831 do Código Civil.

Henrique Araújo e Grace Garbaccio apresentam um panorama a respeito dos desafios impostos aos sistemas de tributação pela denominada Revolução Industrial 4.0, que tem o potencial de reduzir substancialmente a base tributária tradicional, focada no trabalho humano.

Em busca de imprimir maior segurança jurídica às relações mantidas pelo Tribunal de Contas da União com seus jurisdicionados, João Paulo Forni e Luciano Ferraz defendem a adoção, pela Corte de Contas, de instrumentos de autovinculação, tais como a edição de atos normativos, a criação de enunciados de súmulas e a resolução de incidentes de uniformização de jurisprudência.

Adotando, como referenciais teóricos, o conceito de maternidade subversiva desenvolvido por María Llopis e a ideia de subversão concebida por Judith Butler, Lorena Campos e Rainer Bomfim avaliam se as normas laborais brasileiras são suficientes para proteger os diversos tipos de maternidade, principalmente em relação às pessoas que se distanciam da matriz heterocisnormativa.

O artigo de Nariel Diotto e Marli Costa se propõe a examinar a articulação entre os direitos reprodutivos e os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no contexto jurídico brasileiro, com destaque

para os posicionamentos do jurista e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

Com apoio na metódica constitucional de Friedrich Müller, Simone Figueirêdo desenvolve reflexões a respeito do controle judicial exercido em matéria de direitos sociais, em especial sobre a legitimidade e os limites da atuação do Poder Judiciário relacionada à sua exigibilidade.

Por fim, Ronilde Pellin e Lídia Ribas debatem sobre a aderência da política pública denominada “novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União”, instituída pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao Direito Fundamental à Boa Administração presente na Constituição Federal de 1988.

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os artigos científicos ora descritos por meio de consulta à Revista da AGU eletrônica, disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da AGU

Recebido: 16/09/2025

Aprovado: 28/11/2025

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E DEMOCRACIA: ENTRE COLISÃO E CONVERGÊNCIA

*INTERNATIONAL ARBITRATION AND
DEMOCRACY: BETWEEN COLLISION AND
CONVERGENCE*

Beatriz Figueiredo Campos Nóbrega¹

¹ Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela UFRN. Advogada da União.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Arbitragem: gênese *privada* de um mecanismo concebido para a autonomia da vontade privada. 2. Arbitrabilidade expansiva: a influência das normas internacionais na expansão da arbitragem para a coisa *pública*. 3. O laboratório da expansão: a arbitragem de investimentos e o desafio da soberania estatal na casuística internacional. 4. Arbitragem e Democracia. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a relação entre Arbitragem Internacional e Democracia, sob a perspectiva de uma *arbitrabilidade expansiva*. Inicialmente concebida como um mecanismo privado voltado a disputas patrimoniais disponíveis, veremos que a arbitragem se consolidou como instrumento essencial do comércio internacional e da *lex mercatoria*. Contudo, o avanço de reformas legislativas, nacionais e internacionais, ampliou gradativamente o seu escopo, permitindo que o interesse público e a atuação estatal em áreas sensíveis fossem sendo submetidas ao escrutínio arbitral. A partir da casuística internacional, demonstra-se como a Arbitragem expandiu seu escopo, convertendo-se em uma jurisdição pública exercida por tribunais privados. O artigo busca examinar os pontos de colisão e convergência entre a Arbitragem e a Democracia, investigando se há um déficit democrático no sistema, à luz de parâmetros democráticos de transparência, da participação popular e do controle público. Com base em aportes teóricos de Habermas, Luhmann, Sornarajah e outros autores críticos, o artigo busca estimular a reflexão crítica na evolução da arbitragem, de modo que sua expansão se traduza em convergência – e nunca colisão – com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem internacional; Democracia; Arbitrabilidade expansiva. Normas internacionais. Arbitragem de Investimentos. Interesse público. Soberania regulatória.

ABSTRACT: The article analyzes the interplay between International Arbitration and Democracy from the perspective of an *expansive arbitrability*. Initially conceived as a private mechanism aimed at resolving disposable patrimonial disputes, arbitration has grown to be an essential instrument of international economic relations. However, the advancement of national and international legislative reforms has gradually broadened its scope, enabling matters of public interest and sovereign action in sensitive areas to be subjected to arbitral scrutiny. Drawing on international case law, the article demonstrates how arbitration has expanded its reach, transforming itself into a public jurisdiction exercised by private tribunals. The study

seeks to identify points of collision and convergence between Arbitration and Democracy, investigating whether there is a democratic deficit in the system, particularly in light of the lack of transparency, third-party participation, and mechanisms of public oversight. Drawing on theoretical contributions from Habermas, Luhmann, Sornarajah, and other critical authors, the article seeks to foster critical reflection on the evolution of arbitration, so that its expansion may result in convergence – and never collision – with the foundations of the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: International Arbitration. Democracy. Expansive arbitrability. Investment Arbitration. Public interest. Regulatory sovereignty.

INTRODUÇÃO

“There can be little doubt that the use of international arbitration has expanded enormously in recent years, both in the number of disputes submitted and in the range of subjects covered”
(Redfern; Hunter, 2015, p. 5).

Um mecanismo de solução de controvérsias é muito mais do que apenas um procedimento instrumental. Ao oferecer uma estrutura para resolver conflitos no contexto de uma ordem social, ele interage com seus valores fundamentais, sua economia e sua democracia. Seu objetivo principal é a busca da justiça, mas, a depender de seu arranjo, pode implicar um conjunto de consequências nas esferas tanto pública quanto privada.

A arbitragem é um desses mecanismos. Aliás, um dos mais antigos concebidos pelo homem para resolução de disputas. Suas raízes remontam à pré-história, e até mesmo Aristóteles já recomendava a via arbitral como alternativa à rigidez dos foros públicos. De um método informal, evoluiu, hoje, para um sofisticado sistema de solução de controvérsias.

Por essência, trata-se de um método *privado* de solução de controvérsias. Alternativo à jurisdição estatal, mostrou-se uma forma eficiente de solucionar conflitos de natureza *privada* em benefício da paz social: paralelamente ao sistema judicial, por meio da arbitragem, as partes podem construir um instrumento flexível e sob medida para solucionar seu conflito, escolhendo não apenas o árbitro, mas também a lei aplicável, as regras processuais e a sede da arbitragem mais adequadas ao caso.

Ocorre que, com o passar do tempo, o escopo da arbitragem evoluiu para abranger um número cada vez maior e mais diversificado de controvérsias, tangenciando um número crescente de questões de interesse público. Se outrora atrelada ao comércio internacional e, no geral, a relações privadas de cunho econômico, o sistema arbitral tem se tornado cada vez mais permissivo

à expansão da *arbitrabilidade*, suscitando questões relacionadas à democracia e ao interesse público.

Enquanto a arbitragem traz segurança jurídica aos operadores econômicos, ao mesmo tempo em que desafoga o contencioso estatal e fornece via adicional à pacificação social, não se pode olvidar a dimensão do interesse público afetado, que exige um correspondente método de solução de controvérsias coerente com a ordem pública e os valores coletivos essenciais à sociedade.

Assim, a fim de garantir a perene legitimidade de um mecanismo tão eficaz, não apenas para as partes, mas para o desenvolvimento da economia, do sistema de justiça e, portanto, da sociedade, torna-se necessária a reflexão crítica sobre o instituto, consideradas as reformulações sofridas ao longo dos tempos, a fim de verificar se a arbitragem continua alinhada aos fundamentos do regime democrático, para assim identificar eventuais ajustes necessários.

O objeto de reflexão deste artigo reside, portanto, em, reconhecendo a relevância e pertinência da arbitragem a disputas em que se apresenta como mecanismo legítimo, ao mesmo tempo, investigar se há colisão ou convergência entre arbitragem e democracia, dada sua crescente incidência sobre temas de interesse público. Analisaremos a questão sob a ótica do que denominamos de “arbitrabilidade expansiva”, por meio de uma metodologia qualitativa composta por (i) pesquisa bibliográfica especializada; (ii) análise de casos arbitrais e decisões de cortes internacionais pertinentes à interface entre arbitragem e interesse público; e (iii) exame de práticas institucionais observadas em reuniões e discussões técnicas em fóruns internacionais, tais como a OCDE e a OMC. Essa combinação metodológica permitirá avaliar a evolução teórica em linha com os elementos práticos e institucionais que moldam o alcance contemporâneo da *arbitrabilidade*.

1. ARBITRAGEM: GÊNESE PRIVADA DE UM MECANISMO CONCEBIDO PARA A AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

O interesse tutelado na relação jurídica submetida à arbitragem deve, como regra geral, ser disponível.² Por isso, historicamente, a arbitragem foi *locus* de disputas comerciais, atribuindo-se muito da aceitação e difusão

2 Nos países de tradição no *Civil law* (Brasil, França, Espanha, Alemanha), o critério central de arbitrabilidade reside nos “direitos patrimoniais disponíveis”. No Brasil, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996, art. 1º) limita a arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis; na França, o Código de Processo Civil (art. 2059-2061) prevê a possibilidade de arbitragem quanto a direitos de que as partes têm livre disposição; Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, art. 2): admite arbitragem apenas em matérias de livre disposição segundo o Direito. Por outro lado, em países do *Common law* (Estados Unidos e Reino Unido), o critério central é mais flexível, com foco na liberdade contratual e exclusões pontuais ligadas à ordem pública: nos Estados Unidos, o Federal Arbitration Act (FAA, 1925) não distingue formalmente direitos disponíveis/indisponíveis, havendo grande deferência à arbitragem, desde que haja convenção válida.

do instituto à arbitragem comercial, na qual direitos civis e comerciais de natureza patrimonial são a tônica central.

Foi na Idade Medieval que a arbitragem, sob esse matiz comercial, começa a ganhar os contornos da arbitragem contemporânea (Cretella, 1989, p. 7-14):³ as feiras medievais e a sofisticação das práticas mercantis consolidaram a arbitragem como prática fundamental no comércio internacional e local, base da futura *lex mercatória*.

Se, na Idade Moderna, a arbitragem perdeu força pela tensão com a centralização do poder judicial, período em que reis absolutistas fortaleceram a jurisdição estatal, diminuindo a autonomia mercantil, na Idade Contemporânea – especialmente a partir do século XIX –, o movimento de codificação civil e comercial (como o Código Civil francês de 1804) passou, ainda que de forma tímida, a reincorporar a arbitragem como meio legítimo de solução de controvérsias privadas (França, 1804).⁴ Com a industrialização e a expansão do comércio internacional, a atuação das Câmaras de Comércio,⁵ ao institucionalizarem práticas arbitrais, pavimentariam a importância da arbitragem no sistema de justiça.

No século XX, sobretudo no pós-II Guerra Mundial, a necessidade de reconstrução econômica impulsiona uma crescente normatização (e modernização) de regras sobre arbitragem, tais como a Convenção de Genebra de 1927 (Liga das Nações, 1927)⁶ e a Convenção de Nova Iorque de 1958 (ONU, 1958),⁷ que reforçaram a eficácia das sentenças arbitrais internacionais. No século XXI, a intensificação e a complexificação dos fluxos comerciais no âmbito internacional tornaram inevitável o recurso à arbitragem como ferramenta de desenvolvimento das relações econômicas transnacionais.

Com efeito, onde a sobreposição de ordens jurídicas e de instituições estatais (inerentes à dinâmica das relações transfronteiriças) desafia a segurança jurídica, a arbitragem se torna instrumento de previsibilidade e estabilidade na resolução de controvérsias internacionais.

3 É preciso notar que, embora com características diferentes, há registros do desenvolvimento da arbitragem desde a Idade Antiga, na Grécia e em Roma (Cretella, 1989, p. 7-14).

4 O Código de Napoleão institucionalizou a arbitragem entre os artigos 1.003 a 1.028. Antes do Código, a arbitragem tinha forte presença na prática mercantil (*lex mercatoria*); o Código buscou integrar a arbitragem ao sistema estatal, embora subordinando-a ao controle judicial, já que a sentença arbitral não tinha eficácia direta: só produzia efeitos após homologação pelo Tribunal estatal (*exequatur*).

5 No século XIX, entidades como a Cour d'Arbitrage da Chambre de Commerce de Paris (fundada em 1892) e, posteriormente, a International Chamber of Commerce (ICC, fundada em 1919), desempenharam papel decisivo ao formalizar regras procedimentais, criar listas de árbitros e conferir segurança jurídica às decisões arbitrais. Essa institucionalização profissionalizou a prática e contribuiu para sua aceitação gradual pelos ordenamentos nacionais, servindo de base para o desenvolvimento posterior de tratados internacionais – como a Convenção de Genebra de 1927 e a Convenção de Nova Iorque de 1958 – que consolidaram a eficácia global das sentenças arbitrais.

6 Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Genebra, em 26 de setembro de 1927, no âmbito da Liga das Nações. Entrou em vigor em 25 de julho de 1929.

7 Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958 (conhecida como Convenção de Nova Iorque). Entrou em vigor em 7 de junho de 1959. Depositário: Secretário-Geral das Nações Unidas.

Quer por razões políticas ou comerciais, particularmente num contexto transfronteiriço, as partes associam a aplicação justa da lei a uma corte neutra e independente de nacionalidades. Submetido a riscos regulatórios soberanos de um Estado, que lhe é alienígena, o agente econômico transnacional precisa, de fato, de instrumentos que assegurem não apenas a execução de seus direitos, mas também que eventual litígio será resolvido de forma imparcial.

Essa aspiração à imparcialidade e à autonomia normativa remete, em última instância, à mesma racionalidade da *lex mercatoria* enquanto fonte de um direito vivo⁸ (Mayer, 1982, p. 197-220), um direito espontâneo que, sob uma lógica recíproca entre indivíduo e Estado, exsurge de princípios resultantes do próprio direito estatal. Sim, pois a ordem econômica posta subsidia a construção de regras autônomas para reger a relação comercial e seus conflitos, ao se alçar a liberdade à condição de princípio imanente e estruturante do ordenamento jurídico.

Esse acoplamento entre os sistemas jurídico e econômico, como defende Luhmann (2004, p. 22), traz a necessidade de interações entre sistemas capazes de amoldar o campo normativo de maneira conforme às demandas econômicas. A *lex mercatoria* e a escolha da *lex arbitri* surgem, então, como instrumentos de um processo comunicativo entre o mundo do direito e da economia, permitindo um acoplamento estrutural entre os sistemas sociais⁹ (Teubner, 1997, p. 12).

Portanto, a chancela para instauração da arbitragem nas relações privadas e comerciais privilegia a autonomia da vontade das partes e a liberdade negocial, trazendo certeza sobre a ordem legal aplicável e adaptabilidade à vertiginosa dinâmica comercial, muitas vezes incompatível com os prazos e rigores do processo judicial. E a arbitragem funciona, então, como instrumento desse acoplamento estrutural: o direito absorve expectativas econômicas sem deixar de operar com seu código; a economia, por sua vez, ganha previsibilidade jurídica para as trocas comerciais.

Isso demonstra que a arbitragem se compatibiliza com disputas contratuais, controvérsias comerciais, questões negociais estratégicas e confidenciais – como direitos de propriedade intelectual e segredos industriais – e, no geral, com direitos econômicos que envolvem direitos patrimoniais privados. Isso é uma exigência da ordem econômica e uma resposta sistêmica da ordem jurídica.

Ocorre que muitas vezes os limites não são claros entre o direito arbitrável e o não arbitrável. Entre o direito disponível e o indisponível;

8 Trata-se da noção de “*droit vivant*”, de Pierre Mayer, que defende que esse direito se legitima pela própria repetição e aceitação na prática (Mayer, 1982, p. 197-220).

9 “A *lex mercatoria* representa um exemplo paradigmático de como o direito pode emergir fora do Estado, num processo de acoplamento estrutural entre economia global e regulação jurídica transnacional” (Teubner, 1997, p. 12).

entre o direito transacionável ou não; entre o interesse privado e o interesse público; entre o interesse público primário e o interesse público secundário.

2. ARBITRABILIDADE EXPANSIVA: INFLUÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS NA EXPANSÃO DA ARBITRAGEM PARA A COISA PÚBLICA

A crescente demanda pela arbitragem conduziu, como visto, a uma crescente institucionalização do instrumento por meio de normas, na esfera nacional e internacional.

Sob a influência da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, 1985/2000), diversos países modificaram suas legislações para fins de adaptação ao padrão internacional arbitral. Trazendo definições amplas sobre o conceito de arbitragem “comercial” e “internacional”, essa harmonização contribuiu significativamente para a ampliação das matérias arbitráveis: ao todo 93 países¹⁰ tiveram suas legislações baseadas ou influenciadas pelo modelo onusiano.

Foi assim que, à luz dessa Lei Modelo, no Brasil se regulamentou a arbitragem por meio da Lei n. 9.307/1996¹¹ (Brasil, 1996), que conferiu independência ao árbitro e autonomia à cláusula compromissória. Na França, reformas legislativas (França, 1981/2011) passaram a permitir cláusula compromissória ampla,¹² mesmo para contratos futuros. Nos Estados Unidos, o *Federal Arbitration Act* (FAA, Estados Unidos, 1925), tal como interpretado pela jurisprudência da Suprema Corte, ampliou a arbitrabilidade inclusive para temas sensíveis – como matérias antitruste, valores mobiliários e consumo – em uma afirmação expansiva da arbitragem.¹³ Com isso, países eliminaram obstáculos da tradição civilista outrora inspirada na abordagem restritiva do Código Napoleônico, passando a conferir autonomia à cláusula compromissória e dispensar homologação judicial à eficácia da sentença arbitral. No campo do Direito Internacional, os tratados também favoreceram a expansão das matérias admissíveis sob a arbitragem.

10 Dado fornecido pela UNCITRAL e atualizado até a data de fechamento deste artigo, em outubro de 2025. Vide: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

11 Artigos 8 e 13, § 6, da Lei n. 9.307, de 1996. Vide: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

12 Artigo 1.442, *Code de Procédure Civile de la France*: “La convention d’arbitrage prend la forme d’une clause compromissoire ou d’un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s’engagent à soumettre à l’arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats”.

13 A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desempenhou papel crucial na expansão da arbitrabilidade. Em *Mitsubishi v. Soler* (1985), admitiu a arbitragem de litígios antitruste; em *Shearson/American Express v. McMahon* (1987) e *Rodriguez de Quijas v. Shearson* (1989), consolidou a arbitrabilidade em valores mobiliários; e, mais recentemente, em *AT&T v. Concepcion* (2011), validou cláusulas arbitrais em contratos de consumo, mesmo com renúncia a ações coletivas. Esse conjunto de precedentes conferiu um efeito expansivo à arbitragem, transformando-a em via privilegiada de solução de controvérsias, inclusive em domínios sensíveis do Direito Econômico.

A partir dos anos 1960,¹⁴ os Tratados Bilaterais de Investimentos (no inglês, *Bilateral Investment Treaties* ou BITs) passaram a incluir cláusulas permitindo que investidores privados iniciassem arbitragens diretamente contra os Estados anfitriões de seus investimentos – mecanismo amplamente conhecido no inglês como *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS). Se, em matéria de arbitragem comercial, antes apenas litígios entre particulares eram possíveis, a previsão abriu uma via para que direitos derivados diretamente dos tratados internacionais fossem submetidos à arbitragem contra o Estado. A arbitragem deixava de ser um instituto restrito ao comércio privado e passaria, efetivamente, a assumir uma dimensão pública, aproximando-se do Direito (Internacional) Público e incorporando elementos de regulação e de interesse coletivo.

Isso porque, de fato, tais tratados inauguravam uma ampla arbitrabilidade, conferindo um significativo e inédito poder aos árbitros: sob cláusulas *materiais* amplas, confere-se direitos a um tratamento justo e equitativo, à plena proteção e segurança e à indenização por desapropriação indireta ao investidor;¹⁵ ao Estado, nenhum direito, apenas os deveres de corresponder às prescrições de referidas cláusulas. Quando aliadas a cláusulas *procedimentais* da arbitragem previstas no mesmo tratado, essas proteções substantivas viriam a trazer para o cerne arbitral toda sorte de atos estatais que causassem prejuízos diretos ou, *passim*, indiretos à propriedade privada, ainda que tais atos fossem plenamente justificados por imperativos de interesse público.

No mesmo sentido, os Acordos de Livre Comércio (no inglês, *Foreign Trade Agreements* ou FTAs), como NAFTA (Canadá; Estados Unidos; México, 1994) – hoje substituído pelo USMCA (Estados Unidos; México; Canadá, 2020) – e o CETA (CETA, 2016), também seguiram ampliando a arbitrabilidade para disputas complexas em setores como energia, telecomunicações e infraestrutura: questões que, por envolverem matérias essenciais de interesse público, antes eram tidas como insuscetíveis à arbitragem, passavam a ser expressamente reconhecidas como arbitráveis, reforçando a tendência de alargamento das fronteiras da arbitragem.

14 O primeiro tratado bilateral de investimentos (BIT) a conter uma cláusula de arbitragem investidor-Estado (ISDS) foi o Acordo de Investimento entre Alemanha e Paquistão, assinado em 1959 e que entrou em vigor em 1962. Esse tratado é considerado o primeiro BIT da história e serviu como modelo para a proliferação dos demais (Dolzer; Schreuer, 2012, p. 14-15).

15 Trata-se dos chamados “padrões mínimos de tratamento” (ou, no inglês, *minimum standards of treatment*), que são um conceito central do Direito Internacional Econômico, especialmente no Direito Internacional dos Investimentos e no Direito Internacional Público Clássico. É um conceito desenvolvido para nortear as obrigações estatais perante estrangeiros e investidores internacionais. Foi consolidado pela jurisprudência arbitral internacional, em especial o Caso Neer (Estados Unidos vs. México, 1926), decidido pela *U.S.–Mexico General Claims Commission*, que definiu que há violação ao padrão mínimo “quando o tratamento é tão insuficiente que choca o senso de justiça e civilização”. Funciona como um limite internacional ao poder regulatório do Estado. Na prática, manifesta-se por meio de cláusulas em Acordos Internacionais que garantem ao investidor estrangeiro: tratamento justo e equitativo; proteção e segurança plenos; garantias processuais e devida diligência; proibição de arbitrariedade e discriminação.

Todo esse movimento regulatório de ampliação da arbitrabilidade beneficiou-se, ainda, da ampla adesão dos Estados¹⁶ a um dos mais bem-sucedidos diplomas normativos firmados no âmbito internacional: a Convenção de Nova York (CNY) de 1958 (Nações Unidas, 1958). Essa Convenção, buscando facilitar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral e, portanto, sua mobilidade e eficácia ao redor do mundo, permitiu que a ordem arbitral funcionasse progressivamente à margem do controle judicial direto. Ao reduzir significativamente os riscos de ineficácia das decisões arbitrais, essa norma internacional encorajava os Estados a reformarem suas legislações internas para se alinharem aos novos padrões internacionais e, ao mesmo tempo, estimulava as partes privadas à celebração de cláusulas arbitrais cada vez mais abrangentes.

O impacto sistêmico da CNY reforçou o amplo papel da arbitragem como instrumento de resolução de disputas em matéria de comércio e investimentos internacionais no século XX. Com a Convenção de Washington de 1965 (ICSID, 1965) – também conhecida como Convenção ICSID –, esse papel se consagraria pela criação de um foro exclusivo para disputas relativas a investimentos estrangeiros entre Estados e investidores privados.

A Convenção ICSID, em seu artigo 25, atribui jurisdição abrangente a toda sorte de disputas de natureza jurídica a um tribunal arbitral, desde que decorrentes diretamente de um investimento.¹⁷ Essa redação, em sua aplicação concreta, admite que toda sorte de medidas regulatórias estatais se torne objeto de arbitragem: desde as tributárias, ambientais, energéticas, de saúde pública a questões de estabilidade macroeconômica.

Como resultado, a conjugação dessas inovações legislativas moldou uma arbitrabilidade expansiva que reflete a transformação do instituto arbitral, de um mecanismo antes restrito a disputas de direitos de fato patrimoniais e disponíveis, do campo comercial e econômico, para disputas regulatórias.

Nesse sentido, Gaillard (2010, p. 22) observa que a arbitragem de investimentos passou a assumir uma verdadeira função de Direito Público, decidindo sobre políticas estatais em áreas como energia, meio ambiente e saúde. Schreuer (2009, p. 43), por sua vez, critica o fato de os tratados de investimentos permitirem a revisão arbitral de medidas regulatórias legítimas, ampliando sobremaneira os poderes do árbitro. Van Harten (2007, p. 23), no mesmo sentido, identifica essas mudanças na arbitragem como uma conversão do mecanismo em uma forma de adjudicação de Direito Público despida do respectivo controle público, deslocando o poder decisório do povo (e seus

16 Segundo o site oficial da Convenção de Nova Iorque, 172 países aderiram a essa norma internacional. Vide: <https://www.newyorkconvention.org/contracting-states?utm>.

17 Convenção de Washington: “*Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*”

representantes democraticamente eleitos) para tribunais privados. Essas mudanças são constatadas na casuística arbitral internacional.

3. O LABORATÓRIO INTERNACIONAL DA EXPANSÃO: A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E O DESAFIO DA SOBERANIA ESTATAL NA CASUÍSTICA INTERNACIONAL

Casos arbitrais emblemáticos demonstram que, de fato, as alterações identificadas no campo da arbitragem levaram a uma crescente penetração do poder arbitral em matérias de Direito Público. E que, na prática, os árbitros passaram a revisar atos normativos e políticas públicas adotadas pelos Estados.

A chamada arbitragem de investimentos – instituída pelos já referidos BITs, por capítulos de investimentos em acordos de comércio ou, ainda, por meio de contratos público-privados ou leis nacionais destinadas, em princípio, a salvaguardar o investidor e seu investimento – é o exemplo por excelência desse fenômeno.

Essa modalidade arbitral tem sediado diversas tensões público-privadas: de um lado, o interesse privado resguardado pelos já referidos padrões mínimos de tratamento: tratamento justo e equitativo, pela proteção plena e integral e pela expropriação direta e indireta; e, de outro, um interesse público fragilizado pela mitigação do espaço regulatório para implementação de políticas públicas de interesse coletivo.

Um dos episódios mais emblemáticos envolve a arbitragem de investimentos no contexto da crise econômica da Argentina nos anos 2000. O Estado argentino ratificara, desde os anos 1990, diversos BITs, sobretudo com países desenvolvidos – como os Estados Unidos e nações europeias.¹⁸ Com a eclosão da crise, o governo teve que adotar medidas de emergência – tais como congelamento de tarifas de serviços públicos, desvalorização da moeda e restrição a transferências. Nesse contexto, adotou-se a chamada Lei de Emergência Econômica, cujas consequências foram a alteração da paridade peso-dólar e, por conseguinte, modificações nas condições de contratos público-privados. Embora destinada a reverter a penúria econômica e social instalada na Argentina, a Lei findou por afetar o rendimento dos investidores estrangeiros, que encontraram nos BITs uma forma de punir o Estado por medidas claramente necessárias à recomposição da estabilidade não apenas econômica, mas também social.

¹⁸ A Argentina tem BITs com Estados Unidos (base legal para casos como *CMS Gas Transmission v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *LG&E v. Argentina*), Alemanha (base legal para casos como *Siemens v. Argentina* – ICSID, ARB/02/8), França (base legal para casos como *Vivendi v. Argentina* – ICSID, ARB/97/3), Itália (base legal para casos como *Aguas del Aconquija/Vivendi v. Argentina*), Reino Unido (menos usado em disputas conhecidas, mas parte da rede europeia de proteção ao investidor).

O Caso *CMS vs Argentina*, Case No. ARB/01/8 (ICSID, 2005), ilustra bem essa realidade: em razão dos efeitos da referida Lei de Emergência Econômica, os investidores norte-americanos, aplicando o BIT entre Argentina e Estados Unidos, instauraram uma arbitragem contra a Argentina invocando violações estatais a cláusulas como desapropriação indireta e tratamento justo e equitativo (conhecido, em inglês, como *Fair and Equitable Treatment* ou FET). O Tribunal reconheceu o argumento, concluindo da seguinte maneira:

*The Tribunal concludes that the **measures adopted by Argentina** in connection with the pesification of tariffs, the freezing of tariff adjustments and the resulting effect on the value of the Claimant's investment **have violated the standard of fair and equitable treatment set out in Article II(2)(a) of the Treaty** (ICSID, 2005, p. 274, grifo nosso).*

Com isso, os árbitros condenaram o Estado ao pagamento da vultosa soma de 133,2 milhões de dólares, em plena crise econômica do país latino-americano:

*The Tribunal decides that the Argentine Republic shall pay the Claimant the sum of **US\$133.2 million**, corresponding to the damages suffered as a result of the violation of Article II(2)(a) of the Treaty, together with interest at the rate of six-month U.S. Treasury Bills, from 1 January 2002 until the date of full and final payment (ICSID, 2005, p. 471-474).*

O principal argumento usado pela Argentina para se defender foi o estado de necessidade. Ora, sem a adoção de medidas excepcionais, o Estado não conseguiria contornar a catástrofe instalada. Era uma necessidade inarredável. A estabilidade econômica e o funcionamento do sistema financeiro; a paz social, diante de protestos massivos, desemprego e risco de colapso institucional; e a continuidade democrática, ameaçada pela convulsão social e pela sucessão acelerada de presidentes entre 2001 e 2002 tornavam as medidas imperativas. Incontornáveis.

E o Direito Internacional, para além de qualquer suspeita sobre parcialidade ou oportunismos pelo legislador nacional, respalda a defesa argentina: segundo o art. 25 do Projeto da CDI sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos – ARSIWA (Nações Unidas, 2001), o Estado pode adotar atos excepcionais para salvaguardar um interesse essencial contra perigo grave e iminente. Vejamos:

ARSIWA, Artigo 25 – Estado de necessidade

1. O estado de necessidade não pode ser invocado por um Estado como fundamento para excluir a ilicitude de um ato que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional, a menos que esse ato: a) seja o único meio de o Estado salvaguardar

um interesse essencial contra um perigo grave e iminente; e b) não afete seriamente um interesse essencial do(s) Estado(s) em relação ao(s) qual(is) existe a obrigação, ou da comunidade internacional como um todo (United Nations, 2001, p. 51).

Mas a medida regulatória de interesse público, uma vez submetida à revisão pelo adjudicador privado, cedeu em benefício do investidor também privado.

Outro caso em que se colocou a decisão sobre a coisa pública nas mãos de um árbitro foi o caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador Case No. ARB/06/11 (ICSID, 2012)*. Mais uma vez lastreado em BIT entre nação latino-americana com os Estados Unidos – o BIT EUA-Ecuador (Estados Unidos; Equador, 1993) –, o investidor norte-americano iniciou procedimento arbitral contra o Estado do Equador alegando expropriação indireta e violação ao tratamento justo e equitativo. Como cerne da controvérsia estava uma medida estatal adotada em preservação a recursos naturais, no contexto de um contrato de exploração de petróleo na Amazônia equatoriana. A medida estatal contestada consistia na declaração de caducidade do contrato em razão de a empresa ter transferido direitos a outra empresa, de nacionalidade canadense, entendendo pela violação do contrato público. Essa violação foi, aliás, reconhecida pelo Tribunal:

*452. The Tribunal has no hesitation in concluding that the **Claimants were in breach of Clause 16.1 of the Participation Contract**, since they transferred rights and obligations arising from the Contract to a third party (Encana) without the prior authorization of the Ministry of Energy and Mines (ICSID, 2012, grifo nosso).*

Mas, surpreendentemente, o Tribunal arbitral findou por condenar o Estado equatoriano:

*450. The Tribunal considers that the Caducidad Decree was a **disproportionate reaction** by the Ecuadorian authorities to Occidental's breach of Clause 16.1 of the Participation Contract. While the State was entitled to respond to the breach, the penalty of terminating the entire contract was excessive in relation to the nature of the violation.*

*456. Accordingly, the Tribunal concludes that, **although Claimants committed a breach of the Participation Contract, the manner in which Ecuador enforced the caducidad amounted to a violation of the Treaty's standards of protection**, including the obligation to provide fair and equitable treatment (ICSID, 2012, grifo nosso).*

Alegando desproporcionalidade da medida estatal, ainda que paradoxalmente reconhecendo como violado o contrato pelo agente privado, o Tribunal avocou para si o poder de revisar a conduta do Estado (de declaração de caducidade do contrato) e, com isso, condenou-o a uma das somas mais vultosas jamais vistas em disputas arbitrais envolvendo o Estado:

*876. The Tribunal accordingly awards Claimants damages in the sum of **US\$1,769,625,000** together with compound interest at the rate of 4.188% per annum, compounded annually, from 16 May 2006 until the date of payment (ICSID, 2012, grifo nosso).*

Com isso, por meio da arbitragem, revisou-se a atuação sancionatória do Estado em matéria de gestão de recursos naturais, em um caso no qual o investidor, reconhecidamente, violara o contrato sobre exploração de recursos naturais. E, com isso, inverteu-se a balança de Têmis: em vez de sancionar a conduta ilícita do particular, penalizou-se o próprio Estado por medidas adotadas no exercício de sua função regulatória.

Mais um caso ilustrativo da expansão da arbitrabilidade para o domínio público é o caso *Bear Creek Mining v. Peru*, ARB/14/21 (ICSID, 2017), baseado no BIT firmado entre Peru e Canadá (Canadá; Peru, 2006). Nessa arbitragem, foi colocada em xeque a legitimidade dos efeitos do Decreto n. 32, editado pelo estado peruano, pelo qual se revogara concessão da exploração de prata outrora conferida à mineradora canadense Bear Creek. A revogação, cumpre esclarecer, se dera por motivos de ordem pública e bem-estar da população local. Isso fica expresso na defesa do Peru no caso:

469. Peru submits that Supreme Decree 032 was adopted for reasons of public order, in order to preserve social peace in the Puno region, following the widespread social unrest and protests triggered by Claimant's project. Respondent contends that the measure was a legitimate exercise of its police powers, motivated by the protection of public order and the welfare of its Citizens (ICSID, 2017).

Ao analisar a questão, o Tribunal até mesmo reconhece a legitimidade da medida estatal:

*476. **The Tribunal acknowledges the legitimacy of the social concerns that motivated Peru's decision.** The social unrest in the Puno region was real and severe, and the State has the duty to preserve public order and protect its citizens (ICSID, 2017, grifo nosso).*

E, ainda,

*(...) The Tribunal is of the view that **Claimant's conduct, particularly its deficiencies in engaging with the local communities, contributed to the social unrest which led to the revocation of the authorization** (ICSID, 2017, grifo nosso).*

Mesmo assim, o Tribunal concluiu que, nos termos do tratado de investimentos entre o Estado peruano e o canadense, a revogação da concessão equivaleria a uma desapropriação indireta e, com isso, condenou o Peru a pagar cerca de US\$ 18,2 milhões (muito menos que os US\$ 522 milhões pleiteados pela mineradora). Vejamos:

*73. The **Tribunal therefore orders the Respondent to pay Claimant the sum of US\$18.2 million as compensation, together with interest at a rate equal to LIBOR (six months) plus 2%, compounded annually, from June 25, 2011 until the date of full payment** (ICSID, 2017, grifo nosso).*

Percebe-se que as decisões descritas demonstram como a arbitragem migrou, ao longo dos tempos, progressivamente do campo privado, colocando-se como instância revisora de controle das políticas econômicas, sociais e ambientais e, no geral, das decisões estatais.

Se o critério de arbitrabilidade é, por excelência, direitos patrimoniais disponíveis, a realidade mostra-se bem diferente quando decisões arbitrais julgam escolhas regulatórias soberanas, com efeitos diretos sobre o interesse público.

E, se os exemplos anteriores são casos de arbitragem de investimentos, a polinização cruzada com a arbitragem comercial acaba por gerar uma verdadeira equiparação na forma e na racionalidade arbitrais, seja num tipo ou em outro de arbitragem. Isso porque as duas formas de arbitragem compartilham uma semelhança estrutural, na qual as mesmas Câmaras Arbitrais e, muitas vezes, os mesmos árbitros julgam as diferentes demandas arbitrais. Com isso, os diferentes tipos de arbitragem se influenciam não apenas nos seus fundamentos dogmáticos – como aqueles atrelados à autonomia da vontade –, mas também nas regras que regem as mesmas instituições arbitrais e a conduta dos mesmos julgadores.

Sob o crivo de uma comunidade epistêmica arbitral (Gaillard, 2010, p. 22), em que árbitros circulam indistintamente entre disputas privadas e demandas contra Estados, o resultado, como alerta Gus Van Harten (2007, p. 4), é a consolidação de uma “jurisdição pública exercida por tribunais privados”, em que decisões sobre contratos mercantis e sobre políticas públicas se confundem em um mesmo modelo institucional. Isso gera uma série de inquietações que desafiam os fundamentos da democracia.

4. ARBITRAGEM E DEMOCRACIA

E por que toda essa preocupação com o avanço da arbitrabilidade e do poder dos árbitros sobre a esfera pública se, como dito inicialmente, a arbitragem apresenta inúmeras vantagens, representando um avanço civilizatório?¹⁹

De fato, suas vantagens são de manifesto relevo: desde a melhoria na administração do sistema de justiça, uma maior especialização técnica na resolução de causas complexas, um incremento na eficiência e celeridade processuais e, enfim, na resposta adequada ao ritmo e necessidades da economia contemporânea.

Mas, então, em que medida o instituto tensiona o regime democrático?

Quando comparados, cabe notar que o sistema de justiça estatal, *locus* tradicional da resolução de matérias de ordem pública, engendra: publicidade, como regra; acesso à justiça pelas partes afetadas, incluso sociedade civil na condição de terceiros; julgadores selecionados por concursos públicos técnicos e impessoais; sistema recursal multiinstancial; mecanismos de coesão e harmonização das decisões judiciais.

E o sistema arbitral, diferentemente, apresenta como características gerais: confidencialidade; bilateralidade restrita; ausência de mecanismos de participação processual de terceiros potencialmente afetados; julgadores que são indicados pelas partes, não eleitos democraticamente, e atuação sob limitada responsabilização; decisões arbitrais finais e definitivas, sem possibilidade de recurso – salvo casos excepcionais de anulação; e falta de coesão entre as decisões, pela ausência de hierarquia e de efeito vinculante das decisões arbitrais, inexistindo um sistema coerente de precedentes.²⁰

Esse arranjo do sistema arbitral agrega flexibilidade, autonomia e definitividade às decisões, o que, como visto, é benéfico em matéria de direitos patrimoniais disponíveis; mas, por outro lado, suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade democrática quando em jogo estão matérias de inequívoco interesse público, como políticas ambientais, sociais ou econômicas.

De fato, em se tratando de interesse público, é necessário que o mecanismo jurisdicional contemple dimensões éticas, sociais e políticas. E forneça as garantias correlatas sob um devido processo legal. Afinal, a

19 A expressão “avanço civilizatório” tem sido empregada por diversos autores brasileiros para qualificar a arbitragem como instrumento de superação da imposição estatal pela racionalidade e pela consensualidade. Carlos Alberto Carmona observa que “a arbitragem representa um verdadeiro avanço civilizatório, porque substitui a imposição pela persuasão, e a força pela razão” (Carmona, 2020, p. 35). No mesmo sentido, Selma Ferreira Lemes afirma que “a arbitragem é um avanço civilizatório, um instrumento de pacificação social e de desenvolvimento das relações econômicas modernas” (Lemes, 2005, p. 19).

20 Razão pela qual se entende como tecnicamente inadequado o uso da expressão “*jurisprudência arbitral*”. William Park (2003, p. 313-323) critica diretamente o conceito de “*jurisprudência arbitral*”, ressaltando a ausência de uniformidade e a fragmentação das decisões, que não permitem tratá-las como precedente. No mesmo sentido, Gaillard (2010, p. 233-236) observa que o uso do termo “*jurisprudência arbitral*” deve ser visto com cautela, já que não se trata de *jurisprudência* no sentido tradicional, mas, sim, de uma prática decisória com valor meramente persuasivo.

democracia se expressa também pela qualidade na resolução de conflitos, por meio de um sistema jurídico capaz de oferecer respostas justas, equilibradas e sensíveis a essas dimensões.

Nesse sentido, Jürgen Habermas (1997, p. 158) enfatiza a relevância da *racionalidade comunicativa* para a legitimidade das instituições jurídicas. O processo de resolução de disputas, segundo ele, deveria funcionar como arena institucionalizada de discurso, onde os envolvidos tenham condições equitativas para apresentar razões e alcançar uma decisão legítima. Para ele, a legitimidade das normas e decisões jurídicas depende de um processo discursivo inclusivo, em que todos os afetados possam, em condições de igualdade, participar de um diálogo livre de coerções.²¹

Logo, a falta de acesso das partes terceiras afetadas na construção da decisão arbitral encerra, por si só, uma necessidade de se revisitar os lindes do processo arbitral, sobretudo o de investimentos, nos quais frequentemente se extrapola a lógica meramente bilateral. Transparência e participação democrática se apresentam, desde logo, como condições indispensáveis para o (re)alinhamento do instituto à ordem pública e aos fundamentos do regime democrático.

A falta de previsibilidade, coerência e mecanismos de controle público na arbitragem também traz desafios. Segundo Susan D. Franck (2005, p. 1521-1625), tais deficiências geram um verdadeiro “déficit de legitimidade” (*legitimacy crisis*), sobretudo na arbitragem de investimentos, pois comprometem a confiança no sistema, dificultam a uniformidade interpretativa e colocam em xeque a aceitação social e democrática de suas decisões.

Há, ainda, o risco de desequilíbrio estrutural do sistema. Quando a expansão da arbitragem captura a esfera pública, impedindo que decisões sobre políticas coletivas sejam tomadas nos fóruns políticos e judiciais nacionais, Sornarajah (2015, p. 67) alerta para o risco de o fenômeno arbitral se tornar instrumento de dominação econômica. A arbitragem de investimentos, sob essa ótica, deixaria de ser mero mecanismo de solução de controvérsias para assumir um papel disciplinador dos Estados, condicionando o exercício da função regulatória ao crivo de tribunais privados.²²

As decisões sobre a coisa pública tomadas sem transparência, sem controle pela população, sem representantes eleitos e sem possibilidade de recursos geram inegáveis tensões com o regime democrático.

21 “Somente podem pretender validade as normas jurídicas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os possíveis atingidos, enquanto participantes de um discurso racional” (Habermas, 1997, p. 158).

22 “Investment arbitration has become a mechanism of control by which foreign capital restrains the freedom of host States to regulate in the public interest. It operates as an instrument of economic domination, displacing sovereign decision-making with adjudication by private tribunals designed primarily to safeguard investor expectations” (Sornarajah, 2015, p. 67).

CONCLUSÃO

A arbitragem se tornou um pilar das relações econômicas, proporcionando um fórum eficaz, confiável e adaptado à complexidade dos fluxos de capital, bens e serviços.

Sua natureza e estrutura procedimentais, no entanto, estão vocacionadas a matérias disponíveis, nas quais flexibilidade, celeridade e autonomia das partes são imperativos da ordem econômica liberal; e direitos sob a ordem jurídica posta. O interesse público, por outro lado, é, por definição, indisponível.

Com isso, procurou-se demonstrar que o movimento expansivo da arbitragem em direção à esfera pública pode gerar tensões estruturais com o regime democrático, na medida em que decisões sobre políticas coletivas são transferidas para tribunais privados. Ao extrapolar sua vocação comercial originária para assumir uma função revisora de escolhas regulatórias soberanas, como revelam casos arbitrais paradigmáticos, a arbitragem passou a desafiar os limites do interesse público.

De toda forma, também se demonstrou que a relação entre Arbitragem e Democracia é promissora. Afinal, aquela pode contribuir com a eficiência do sistema de justiça e com a estabilidade das relações econômicas, sobretudo no campo internacional. Mas, para garantir que se traduza em convergência – e não em colisão –, impõe-se a permanente adequação, e quiçá limitação, da arbitragem sobre a esfera pública.

O espírito crítico, em todo caso, deve manter-se atento às formulações e reformulações arbitrais, ciente dos riscos de desvirtuamento democrático, quando mecanismos privados de decisão, ainda que eficientes, escapam ao controle público, à transparência e à responsabilidade institucional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Terence Irwin. Indianapolis: Hackett Publishing, 1999.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996.

CANADÁ; ESTADOS UNIDOS; MÉXICO. *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*. Ottawa/Washington/México: [s.n.], 1994. Disponível em: <https://www.nafta-sec-alena.org/>. Acesso em: 21 set. 2025.

CANADÁ; PERU. *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements*. Lima: [s.n.], 14 nov. 2006. Disponível em: <https://>

investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3153/download. Acesso em: 22 set. 2025.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL – CDI. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)*. A/RES/56/83. [S.l.]: CDI, 12 dez. 2001.

CONVENÇÃO DE WASHINGTON. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention)*. [S.l.]: [s.n.], 1965.

CRETELLA JUNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 643, p. 7-14, maio 1989.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Arbitration Act (FAA)*, 9 U.S.C. §§ 1–16 (1925). [S.l.]: [s.n.], [1925].

ESTADOS UNIDOS; EQUADOR. *Tratado Bilateral de Investimentos entre os Estados Unidos da América e a República do Equador*. Washington/Quito: [s.n.], 27 ago. 1993. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1234/download>. Acesso em: 22 set. 2025.

ESTADOS UNIDOS. *United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA)*. Washington, D.C.: Office of the United States Trade Representative, 2020. Disponível em: <https://ustr.gov/usmca>. Acesso em: 21 set. 2025.

FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, v. 73, p. 1521-1625, 2005.

FRANÇA. *Code de procédure civile*. Décret nº 2011-48, du 13 janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage. [S.l.]: [s.n.], 2011.

FRANÇA. *Code de procédure civile*. *Journal Officiel de la République Française*, version consolidée, Paris, 1804.

FRANÇA. Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. *Journal Officiel de la République Française*, Paris, 2011. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 20 set. 2025.

FRANÇA. Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 relatif à l'arbitrage en matière de droit privé. *Journal Officiel de la République Française*, Paris, 1981. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 20 set. 2025.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

GOLDMAN, Berthold (dir.). *La Lex Mercatoria: réalité et perspectives*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 1982.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (Case No. ARB/14/21)*, Award, 30 nov. 2017.

_____. *Convention, Regulations and Rules*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2025.

_____. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Award, 12 maio 2005. ICSID Case No. ARB/01/8. [S.l.]: ICSID, [2005]. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/8>. Acesso em: 22 set. 2025.

_____. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*. Case No. ARB/06/11. Award, 5 out. 2012. [S.l.]: ICSID, [2012].

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem como avanço civilizatório. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 5, p. 17-25, 2005.

LIGA DAS NAÇÕES. *Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. Genebra: [s.n.], 26 set. 1927.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MAYER, Pierre. La règle morale dans *La Lex Mercatoria*. In: GOLDMAN, Berthold (dir.). *La Lex Mercatoria: réalité et perspectives*. Paris: LGDJ, 1982.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque)*. Nova Iorque: [s.n.], 1958. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/>. Acesso em: 5 set. 2025.

_____. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. . 53ª sessão. Assembleia Geral da ONU, Doc. A/56/10. [S.l.]: Comissão de Direito Internacional, 2005. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 22 set. 2025.

PARK, William W. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *Arbitration International*, v. 19, n. 3, 2003.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 6th ed. [S.l.]: Oxford University Press, 2015.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006)*. [S.l.]: UNCITRAL, 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 15 ago. 2025.

_____. Status: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. [S.l.]: UNCITRAL, 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status. Acesso em: 10 out. 2025.

UNIÃO EUROPEIA; CANADÁ. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Bruxelas/Ottawa: União Europeia, 2017. Disponível em: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en . Acesso em: 21 set. 2025.

VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Recebido: 26/06/2022

Aprovado: 27/02/2023

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL
PROCEDURAL LAW UNDER THE PERSPECTIVE
OF THE PROCESS EFFECTIVENESS PRINCIPLE*

Eduardo Henrique Ferreira¹

¹ Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Advogado da União.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A constitucionalização do Direito Processual: novos marcos da interpretação constitucional. 2. Compreensão do princípio da efetividade do processo a partir de sua filtragem constitucional. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir do marco teórico do Neoconstitucionalismo, em sua acepção democrática ou discursiva, debater a filtragem constitucional do Direito Infraconstitucional, especialmente a constitucionalização do processo e os marcos interpretativos do Neoprocessualismo. Demonstrada a vinculação do Direito Processual aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, busca-se compreender o princípio da efetividade do processo a partir de sua filtragem constitucional e do acesso à justiça qualificada, marcada pela instrumentalidade processual e pelo direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, bem como discutir os seus reflexos no cenário jurídico atual. Para o exame do objeto apresentado, utilizou-se o método dedutivo e a abordagem qualitativa, com natureza básica, buscando contribuir com o debate sobre a efetividade processual. A investigação possui, ainda, objetivo exploratório e foi desenvolvida mediante exame realizado essencialmente pelo procedimento de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Filtragem constitucional. Princípio da efetividade do processo. Acesso à justiça.

ABSTRACT: This work seeks, from the theoretical framework of Neoconstitutionalism, in its democratic or discursive sense, to debate the constitutional filtering of infraconstitutional law, especially the constitutionalization of the process and the interpretative frameworks of Neoprocessualism. Having demonstrated the link between Procedural Law and the fundamental rights enshrined in the Constitution, the aim is to understand the principle of effectiveness of the process based on its constitutional filtering and access to qualified justice, marked by procedural instrumentality and the right to prompt, adequate and effective judicial protection. effective, as well as discuss its reflections in the current legal scenario. For the examination of the object presented, the deductive method and the qualitative approach were used, with a basic nature, seeking to contribute to the debate on procedural effectiveness. The investigation also has an exploratory objective and was developed through an examination carried out essentially through the bibliographic review procedure.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Neoprocessualism. Constitutional filtering. Principle of process effectiveness. Access to justice.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, notadamente na segunda metade do século XX, a evolução do Constitucionalismo passou a apresentar traços peculiares, em contraposição ao positivismo jurídico, com a inserção da Constituição no epicentro do ordenamento jurídico e o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais, sejam elas estruturadas sob a tessitura de princípios ou regras, movimento denominado Neoconstitucionalismo, o qual impôs uma renovação epistemológica do pensamento jurídico vigente.

Entre as características do Neoconstitucionalismo, lastreado no marco filosófico pós-positivista, destacam-se a supremacia do Direito Constitucional, alçando a Constituição como fonte central e direta de direitos, a garantia dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios constitucionais, a constitucionalização do direito, a necessidade de uma nova hermenêutica jurídica e a ampliação da jurisdição constitucional, como forma de assegurar a eficácia normativa reconhecida.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 280-281) reconstitui a trajetória do Direito Constitucional a partir de três marcos fundamentais, o histórico, o filosófico e o teórico, nos quais estão contidas as ideias e as mudanças dos paradigmas presentes na evolução da dogmática jurídica.

Na perspectiva histórica do novo Direito Constitucional, o marco é o Constitucionalismo do pós-guerra, a partir de 1945, sobretudo na Alemanha e na Itália. No Brasil, a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988 indicam o novo momento do Direito Constitucional, inaugurando um período no qual a Constituição passa a ser dotada de eficácia normativa, afastando a indiferença às disposições constitucionais antes presentes e o caráter meramente programático atribuído.

O marco filosófico, por sua vez, é o pós-positivismo, o qual surge como uma terceira via do pensamento jurídico entre as correntes do positivismo e do jusnaturalismo, conciliando a necessidade de sistematização e objetividade com o influxo da moral e da filosofia política sobre o seu conteúdo. Há, portanto, uma superação da divisão estanque entre Direito, moral e política, com o reconhecimento de um diálogo recíproco para a elaboração e aplicação das normas jurídicas. O conceito de Direito passa a levar em consideração a moral e os valores são considerados na interpretação jurídica, conferindo-se normatividade aos princípios, ainda que de forma distinta das regras. Como consequência dessa alteração filosófica, há o fortalecimento da argumentação jurídica, a construção de uma hermenêutica alinhada aos novos paradigmas

e o aprimoramento de uma teoria dos direitos fundamentais estruturada sobre a dignidade da pessoa humana.

O terceiro marco do novel Direito Constitucional é o teórico, que trouxe uma tríade de alterações emblemáticas, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, cuja aplicabilidade é direta e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, projetando suas disposições sobre todo o universo jurídico, a ampliação da jurisdição constitucional, como decorrência direta de sua normatividade, e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica a partir de um novo modelo de interpretação constitucional, no qual é reconhecido o caráter normativo dos princípios e a possibilidade de colisão de normas constitucionais, a ser solucionada com a técnica da ponderação e a argumentação jurídica.

Houve, portanto, uma ressignificação do conceito de Constituição, que deixa de ser um sistema isolado para se transformar no epicentro axiológico da ordem jurídica (Cambi, 2018, p. 75), a partir do qual são reconstruídos e interpretados todos os demais ramos do Direito. Assim, toda interpretação jurídica deve pressupor a interpretação constitucional. Toda realização do Direito deve partir da premissa de que a Constituição deve ser aplicada, tendo em vista a sua eficácia direta e imediata.

Nesse contexto, pretende-se descrever o processo de releitura do Direito Processual Civil à luz da Constituição e seus novos marcos interpretativos, sobretudo com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que positivou a vinculação aos direitos fundamentais em diversas oportunidades, dedicando o Capítulo I, artigos 1º a 12, às “Normas Fundamentais do Processo Civil”.

O referido fenômeno foi denominado por Paulo Ricardo Schier de filtragem constitucional, conceito que expressa um processo no qual a ordem jurídica, em sua integralidade, nas perspectivas material e formal, ou seja, nos âmbitos valorativo e procedimental, está submetida ao filtro axiológico estabelecido pela Constituição, desde a sua elaboração até cada momento de aplicação do Direito, em uma constante reinterpretação e atualização normativa (Schier, 1999, p. 145).

Sob essa perspectiva, o princípio da efetividade do processo é analisado como vetor do direito fundamental de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, com indicação de seus reflexos diretos e indiretos na aplicação do Direito Processual Civil.

Para a investigação proposta, o caminho metodológico escolhido foi o do método hipotético-dedutivo, com verificação das hipóteses teóricas propostas, e da abordagem qualitativa, utilizada na pesquisa e análise da

constitucionalização do Direito Processual Civil e da sua repercussão no direito fundamental de acesso à justiça e no princípio da efetividade processual.

Em relação à natureza, trata-se de pesquisa básica, na medida em que busca o aprofundamento teórico dos conceitos examinados para a sua melhor compreensão e contribuição aos debates sobre a efetividade processual, a partir do exame do influxo da constitucionalização do Direito Processual Civil e do direito fundamental ao acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O objetivo da pesquisa é exploratório, pois tem como escopo entender o movimento de filtragem constitucional do Direito Infraconstitucional e refletir sobre os seus efeitos no processo, sobretudo a partir do acesso à justiça. Para tanto, o procedimento adotado para o desenvolvimento do trabalho foi, essencialmente, o da revisão bibliográfica.

A arguição realizada induz a uma nova compreensão acerca do atual estágio não apenas do Direito Constitucional, mas do sistema jurídico como um todo, reestruturado a partir da Constituição, epicentro da ordem jurídica que emana seu efeito expansivo a todos os ramos do Direito, cujas consequências sobre o Direito Processual Civil foram amplamente materializadas no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e na reestruturação do direito fundamental de acesso à justiça.

É nesse arcabouço contemporâneo normativo e dogmático que exsurge a reconstrução do princípio da efetividade do processo como vetor do direito fundamental de acesso à justiça qualificada, marcado pela instrumentalidade e pelo direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, provocando efeitos sobre institutos, mecanismos e ferramentas inerentes ao sistema processual.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL: NOVOS MARCOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O pós-positivismo ou neopositivismo, ideologia projetada no pensamento jurídico a partir da Segunda Guerra Mundial em resposta ao positivismo, inspirou o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo, pautado na supremacia da Constituição, na efetivação dos direitos fundamentais, na força normativa das disposições constitucionais, na técnica da ponderação, na ampliação da jurisdição constitucional e na constitucionalização do Direito Infraconstitucional.

Em relação ao estágio atual do constitucionalismo, Gilmar Mendes (2014, p. 111-112) pondera que o momento é marcado pela superioridade da Constituição, que rege normativamente todos os poderes constituídos, assegurando-se a sua eficácia mediante o controle de constitucionalidade.

Por meio da materialização da Constituição, há a incorporação dos valores morais e políticos da sociedade, fortalecendo a jurisdição constitucional e a dimensão substancial da democracia.

Robert Alexy (2019, p. 269), por sua vez, concebe um constitucionalismo não positivista, ao qual denomina constitucionalismo democrático ou discursivo, com base na tese da dupla natureza do direito, assim delineada:

A tese da dupla natureza estabelece a afirmação de que o direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica. Na definição do direito, a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral. A legalidade autoritativa e a eficácia social são fatos sociais. Se alguém alega que fatos sociais sozinhos podem determinar aquilo que é e aquilo que não é exigido pelo direito, isso significa o endosso de um conceito de direito positivista. Uma vez adicionada a correção moral como um terceiro elemento necessário, o quadro se modifica fundamentalmente; emerge um conceito de direito não-positivista. Portanto, a tese da dupla natureza implica o não-positivismo.

Em tal marco teórico, os direitos fundamentais apresentam, além de sua dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva,² compreendida como consequência ou reflexo de um direito justo, provendo a abertura valorativa da Constituição, com eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, vinculando todos os poderes públicos e traçando diretrizes para a interpretação das regras e dos princípios e a atuação do legislador, do administrador e do Judiciário (Cambi, 2018, p. 130).

Nesse contexto, a denominada filtragem constitucional ou interpretação conforme a Constituição implica na nova concepção do Direito Infraconstitucional a partir de sua constitucionalização, conferindo novo sentido e alcance aos ramos do Direito, como o Processual, o Civil e o Administrativo.

O referido fenômeno, entretanto, deve ser reinterpretado à luz do Neoconstitucionalismo, evitando-se os excessos da dogmática principialista aptos a relativizar os valores consagrados na Constituição por meio dos princípios, com a utilização de um processo racional e cuidadoso de ponderação, visto que, ao avaliar a norma principiológica nas perspectivas

2 A dualidade entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais pode ser representada pelo denominado “Binômio de Janus”, deus romano que possui duas faces, uma voltada ao passado e outra ao futuro, simbolizando as mudanças e transições, do qual derivou o nome do primeiro mês do calendário gregoriano, janeiro.

de peso e qualidade, ao operador jurídico não é dado atuar de forma absolutamente subjetiva, livre e arbitrária (Schier, 2005, p. 155).

Reconhecendo a releitura do Direito Infraconstitucional pela lente da Constituição, a partir da concepção dos direitos fundamentais como epicentro axiológico da ordem jurídica, Eduardo Cambi (2018, p. 74-75) ressalta que, após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição passou a protagonizar o espaço antes ocupado pela codificação setorial, impondo a interpretação das disposições infraconstitucionais a partir da ordem constitucional e vinculando o legislador ordinário, restringindo o seu âmbito de atuação.

O referido autor, por outro lado, pondera que a aproximação entre o direito e a moral, realçada pela elevada carga valorativa presente nos direitos constitucionais, requer temperamentos, evitando-se a excessiva constitucionalização, com uma hipertrofia constitucional capaz de asfixiar as forças sociais e constringer a autonomia política e privada do povo (Cambi, 2018, p. 180).

Na esteira da reformulação da ordem jurídica realizada pelo Neoconstitucionalismo, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) representa importante marco da constitucionalização do Direito Processual, como destaca Luís Roberto Barroso (2018, p. 215-216):

Como parte do movimento de constitucionalização do direito infraconstitucional, merece destaque o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que entrou em vigor em março de 2016. (...).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.

No mesmo tom, Eduardo Cambi (2018, p. 153) assevera que o novo marco interpretativo do Direito Processual Civil deve se pautar pela ampliação do alcance dos princípios da instrumentalidade das formas, da fungibilidade dos atos processuais, da colaboração e da boa-fé processuais de todos os sujeitos do processo, culminando em um processo colaborativo no qual a fase executiva corresponda à tutela específica pleiteada, assegurando o resultado útil do processo.

Cássio Scarpinella Bueno (2018, p. 56-57), por sua vez, extrai o modelo constitucional do Direito Processual Civil brasileiro a partir de quatro categorias, quais sejam: I) os princípios constitucionais do processo civil, fundados na nova hermenêutica e na aplicação imediata da Constituição, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil; II) a organização judiciária, estruturada com a finalidade de distribuir competências à luz da efetividade processual; III) as funções essenciais à Justiça, nas quais se incluem o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública; IV) e os procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados, os quais devem ser adequados para tutelar as liberdades públicas, tais como o controle de constitucionalidade, a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, a reclamação e a execução contra a Fazenda Pública.

É imperioso ressaltar que, com a constitucionalização do Direito Processual Civil e a sua vinculação aos direitos fundamentais em sua faceta principiológica, vislumbra-se a necessidade de maior inserção de cláusulas gerais, textualizadas em conceitos vagos e indeterminados como a boa-fé processual, permitindo a adequação do sistema processual aos ditames constitucionais, o que pode ser percebido no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Sobre a utilização de cláusulas gerais para formulação de princípios, Teresa Arruda Alvim (2005, p. 60) ressalta a sua formulação aberta, fluida e indeterminada, a fim de que o seu conteúdo seja estabelecido a partir e em conformidade com o caso concreto.

Verifica-se, portanto, que a relação entre a Constituição e o processo é dinâmica, marcada pela estruturação desse sob as bases constitucionais e a sua instrumentalização para buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, mediante a realização do Estado Democrático e Social de Direito.³

O Direito Processual fundado na Constituição, portanto, não é apenas a inserção de direitos e garantias fundamentais nas normas infraconstitucionais reguladoras do processo, mas a reformulação de todo o sistema processual a partir do marco normativo fundado pela Constituição, pautado pelo modelo constitucional de processo, instrumento de efetivação das disposições constitucionais.

Desse modo, o Processo Civil Constitucional representa nova forma de compreender a relação existente entre o processo e a Constituição, na

3 O conceito de Estado Democrático Social de Direito é utilizado por Ingo Sarlet ao ressaltar que, não obstante a inexistência de norma expressa qualificando a República Federativa do Brasil como um Estado Social, o princípio do Estado Social foi contemplado na Constituição brasileira: “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guardida em nossa Constituição” (Sarlet, 2009, p. 62).

medida em que essa é concretizada por meio daquele, com a materialização dos direitos fundamentais outorgados pelo ordenamento jurídico.

2. COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO A PARTIR DE SUA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015, reestruturou a legislação processual para refletir a constitucionalização do processo e a corrente matriz constitucional, dispondo, já em seu artigo 1º, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do Código.

Não obstante a previsão do Capítulo I do Novo Código Processual, denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, Cássio Scarpinella Bueno afirma a inocuidade da previsão de seu artigo 1º ao prescrever a sujeição a valores e normas fundamentais constitucionais, uma vez que, com a constitucionalização do ordenamento jurídico, a ordenação, disciplina e interpretação do sistema processual conforme a Constituição é imperativa, prescindindo de previsão infraconstitucional (Bueno, 2018, p. 55-56).

O direito de acesso à justiça, por sua vez, foi contemplado no artigo 3º, segundo o qual “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, reproduzindo o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, como em reforço à norma constitucional predecessora.

Conferindo concretização infraconstitucional ao mandamento previsto no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015 prevê que as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Além disso, o artigo 8º da Lei Processual, em busca da realização da justiça, impõe ao juiz, na aplicação do ordenamento jurídico, o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Em homenagem ao direito fundamental à duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o artigo 12 do Código de Processo Civil instituiu uma ordem cronológica de conclusão para a prolação de sentença ou acórdão, obrigando o atendimento preferencial pelos juízes e tribunais, mediante a disponibilização permanente da lista de processos

aptos a julgamento para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores. No entanto, o referido dispositivo legal foi mitigado pelas nove exceções dispostas em seu § 2º, ilustrando uma das dificuldades práticas da otimização da efetividade processual.

Nesse contexto normativo, na esteira do direito fundamental ao acesso à justiça, desponta o princípio da efetividade do processo, compreendido como a capacidade de concretizar, em tempo razoável, os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados, correspondendo, portanto, à efetividade do próprio direito, como destaca Cássio Scarpinella Bueno (2018, p. 75):

A efetividade do processo mede-se pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. É o que, na perspectiva do próprio modelo constitucional, é suficientemente alcançado pelo inciso LXXVIII do art. 5º que rotulo, no número anterior, de eficiência processual. Na exata medida em que a autotutela é vedada e que a sua contrapartida é a tutela jurisdicional, é irrecusável a conclusão de que a tutela daqueles direitos depende do processo. Sem processo não há direito efetivo. A efetividade, destarte, é do direito, e não do processo.

Impõe-se, assim, a releitura do Direito Processual Civil a partir da filtragem constitucional e do princípio da efetividade do processo como diretriz de atuação não apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas principalmente pelo Judiciário, no exercício da jurisdição, como forma de assegurar, mediante um processo célere e concretizador, o direito material tutelado.

Eduardo Cambi (2018, p. 145), ao tratar da efetividade do processo sob a ótica do marco de interpretação constitucional implementado pelo Neoprocessualismo, aponta a nova fase metodológica do Direito Processual, denominada formalismo-valorativo, estabelecida a partir da efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere, com a aplicação racional das formas, em detrimento do formalismo exacerbado e do apego excessivo às formas que afetam a operabilidade do processo como um meio para a concretização dos direitos fundamentais.

O formalismo-valorativo consiste em uma nova forma de compreender o fenômeno processual a partir do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo, buscando mitigar o formalismo excessivo, mediante o equilíbrio entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p. 3):

O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem, e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa

a segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.

Kim Economides, referindo-se às ondas renovatórias sistematizadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), propõe a compreensão de tal mudança de paradigma como uma “quarta onda de acesso à justiça”, a qual preconiza uma abordagem valorativa do pensamento jurídico, não limitada ao enfoque dos aspectos procedimentais, que expõe as dimensões ética e política da administração da justiça, conclamando a uma renovação epistemológica na responsabilidade profissional dos operadores do Direito e no próprio ensino jurídico (Economides, 1999, p. 71).

Nesse panorama, além das normas fundamentais do processo civil delimitadas em seus artigos 1º a 12, o Novo Código Processual foi todo estruturado levando em consideração o direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, estabelecendo, por exemplo, no artigo 139, IV, o princípio da atipicidade de medidas ou poder geral de efetivação, ao incumbir ao juiz o poder de determinar, inclusive de ofício, todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Trata-se de cláusula geral que permite ao magistrado determinar medidas de efetivação que atendam às peculiaridades do caso concreto, atento à dinamicidade e à atipicidade das relações jurídicas, por meio do exame de qual meio é o mais adequado, diante das circunstâncias fáticas, para forçar o destinatário ao cumprimento da ordem judicial emanada.

Em comentário ao referido dispositivo legal, o professor Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 421) ressalta o poder conferido pelo legislador ao Judiciário para dirigir o processo com vistas a adequá-lo às circunstâncias concretas em prol da efetividade:

O Código atual conferiu ao juiz, ainda, o poder de determinar, “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Trata-se do poder de coerção do juiz, que deve impor às partes e aos terceiros o respeito às suas ordens e decisões. O magistrado emite decisões de caráter mandamental, em que não apenas se reconhece a obrigação de realizar certa prestação, mas se dispõe, como ordem de autoridade competente, o comando impositivo de certa conduta. Assim, o seu descumprimento equivale à desobediência ou resistência à ordem legal de autoridade pública (crimes capitulados nos arts. 329 e 330 do Código Penal).

Os reflexos da incidência direta da efetividade processual podem ser verificados na jurisprudência pátria. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, analisando requerimento de inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes pelo sistema SERASAJUD, com fulcro no art. 782, § 3º, do Código de Processo Civil, decidiu que a parte autora ou exequente pode se valer de todos os instrumentos colocados à sua disposição pela lei processual, ainda que dependentes de intervenção do Poder Judiciário (Brasil, 2022).

A Corte de Justiça admite, inclusive, a apreensão do passaporte do devedor como medida atípica e restritiva da liberdade de locomoção do indivíduo, com fundamento no princípio do resultado na execução e no art. 139, IV, do Código de Processo Civil, desde que constatada a existência de indícios de que a parte devedora, apesar de possuir patrimônio expropriável, se oculta ou cria embaraços à satisfação da obrigação, devendo a decisão que defere a medida apresentar fundamentação adequada e em conformidade com as peculiaridades do caso concreto, além de observar o contraditório substancial e o postulado da proporcionalidade (Brasil, 2022).

Igualmente, a substituição do BACENJUD pelo novo Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SISBAJUD) compõe o arcabouço de medidas tecnológicas em constante evolução utilizadas para ampliar a efetividade do processo, destacando-se a criação da reiteração automática de ordens de bloqueio, denominada “teimosinha”, o que exclui a necessidade de emissão sucessiva de novas ordens de penhora eletrônica relativas a uma mesma decisão.

Outrossim, prevê o artigo 782 do Código de Processo Civil que “não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá”, impondo ao magistrado, sempre que necessário para efetivar a execução, a requisição de força policial. O § 3º do referido dispositivo legal estabelece, ainda, a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, a requerimento da parte, o que atualmente é realizado pelo próprio Juízo, por meio do Sistema SERASAJUD.

Estribado no direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, o princípio da efetividade impõe a criação de técnicas adequadas para assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Sobre a questão, Cambi (2018, p. 297) explicita que o garantismo corresponde à outra face do Neoconstitucionalismo, na medida em que direitos não assegurados são meras promessas vazias. A Constituição deve ser materializada e concretizada por meio de instrumentos que garantam a máxima efetividade dos direitos fundamentais, aproximando os conceitos de normatividade e efetividade, com a criação de institutos processuais e procedimentos que estabeleçam a interpretação e a aplicação adequadas das regras e dos princípios processuais, vinculando, ao mesmo tempo, legisladores e juízes.

José Miguel Garcia Medina, por sua vez, ressalta a importância das medidas processuais e executivas típicas, com a utilização de técnicas padronizadas para situações semelhantes, e atípicas, para que o procedimento seja ajustado à prestação jurisdicional concreta (Medina, 2016, p. 1.071):

O modelo baseado na tipicidade das medidas executivas tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. Nesses casos, é até mesmo conveniente a previsão de medidas similares para os casos em que os problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe em relação àqueles que estejam em uma mesma situação de direito material um procedimento também similar. Quando, porém, o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, diante de pormenores do caso, o sistema típico acaba tornando-se ineficiente, faz-se necessário realizar-se um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao problema a ser resolvido. Para tanto, é de todo conveniente que o sistema preveja um modelo atípico ou flexível de medidas executivas.

A seu turno, a sistemática do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos instituída pelos artigos 1.036 a 1.041 do Novo Código de Processo Civil também reflete um avanço na busca pela maior efetividade processual, ao lado da segurança jurídica conferida pela consolidação das teses repetitivas.

Não obstante os reflexos do princípio da efetividade processual, o qual vincula especialmente o Poder Judiciário no exercício da jurisdição, conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2021), o tempo médio do processo baixado é de 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento em primeiro grau, ao passo que, na fase de execução, a duração média salta para 6 anos e 1 mês em primeira instância, recuando para 10 meses no segundo grau. A execução, cujo objeto é a efetiva satisfação da obrigação, é a fase mais demorada, implicando no aumento do número de processos pendentes e na formação de acervo processual.

De outro lado, o acesso à justiça consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil demonstra o grau de abertura imposto pelo legislador constitucional para o Direito Processual Civil, proclamando que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito”, pode ser levada ao Poder Judiciário para solução, o qual não pode se recusar a decidir, haja vista a inafastabilidade da jurisdição (Bueno, 2018, p. 59).

O referido direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa deve ser interpretado em conjunto com o princípio da efetividade, uma vez que a morosa tramitação processual mina a legitimidade da tutela jurisdicional e,

muitas vezes, causa o perecimento de direitos. Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 55-56) alerta que os longos trâmites processuais constituem a maior falha do sistema processual, uma vez que o transcurso do tempo acarreta o fenecimento do direito pleiteado e descredita a efetividade do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, como destacado por Élide Lauris, no evento “Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”, o acesso à justiça deve ser aprimorado não apenas quanto à dimensão do acesso (formal), mas também em relação à própria justiça (material), ampliando-se tanto as oportunidades de acesso quanto os resultados materializadores do valor justiça (Ferraz; Gabbay; Economides; Almeida; Asperti; Chasin; Da Costa; Cunha; Lauris; Takahashi, 2017, p. 192).

Na mesma linha, arremata Eduardo Cambi (2018, p. 297-299) que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil não outorga exclusivamente o direito de acesso à justiça, mas também a um processo judicial efetivo, com meios eficazes e resultados satisfatórios. A tutela jurisdicional deve, portanto, ser adequada, célere e efetiva, aproximando o Direito Processual do Direito Material.

Dessa forma, no atual estágio do Neoprocessualismo, inspirado pelo formalismo-valorativo, o princípio da efetividade deve ser reconstruído e compreendido como vetor do direito fundamental de acesso à justiça qualificada, marcado pela instrumentalidade processual e pelo direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, com vistas à concretização do Estado Democrático e Social de Direito.

CONCLUSÃO

No atual estágio da evolução constitucional e do pensamento jurídico, denominado Neoconstitucionalismo, é imperiosa a reconstrução do Direito Infraconstitucional a partir da Constituição, erigida como epicentro valorativo de todo o ordenamento jurídico, mediante um processo de filtragem constitucional, cujos efeitos devem incidir desde a edição das normas jurídicas até a sua interpretação e aplicação, sempre direcionadas à efetivação dos direitos fundamentais.

Institui-se, assim, um novo marco da interpretação constitucional e da concepção do próprio processo, nas perspectivas formal e material, alçando-o à função de concretização do ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, com a sua estruturação, interpretação e evolução a partir da instrumentalidade, sem descurar das garantias do devido processo legal.

Nessa conjuntura, desponta o Neoprocessualismo, como o contemporâneo modelo constitucional do Processo Civil, pautado

principalmente pelo acesso à justiça qualificada, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e pelo direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), houve a alteração do paradigma processual para adequar o processo aos princípios constitucionais, o que pode ser percebido em diversas oportunidades, tais como as disposições dos artigos 1º a 12, 139, IV, e 783, o desenvolvimento do princípio do resultado na execução e o aprimoramento da efetividade do processo.

A referida filtragem constitucional do Processo Civil deve ser observada principalmente pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição, a fim de assegurar os direitos fundamentais ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva e, sobretudo, à materialização dos direitos outorgados pela Constituição.

Assim, a efetividade do processo, no atual modelo do Neoprocessualismo, deve ser compreendida à luz do formalismo valorativo, como forma de realizabilidade do próprio ordenamento jurídico, estruturado sob a fundação constitucional e instrumentalizado para buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, concretizando o Estado Democrático e Social de Direito.

Constata-se, portanto, uma “quarta onda de acesso à justiça”, lastreada na compreensão valorativa da prática jurídica, que não se restringe à técnica procedimental, mas deve ser interpretada em conjunto com a dimensão material, imbuída dos aspectos éticos e políticos da justiça. Tal estágio, além do desafio da consolidação das conquistas históricas das fases anteriores, apresenta novos debates e questões, notadamente quanto à efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, há a reformulação da relação existente entre o processo e a Constituição, que repercute no próprio conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça e nos procedimentos estabelecidos para a sua efetivação, tanto na tutela individual quanto na tutela coletiva, com a criação e utilização adequada de técnicas de procedimento e decisão, como o julgamento de recursos repetitivos, os processos coletivos e a modulação dos ritos sob a perspectiva do direito tutelado e do resultado buscado.

A novel compreensão do processo, impulsionada pela perspectiva do acesso à justiça nas dimensões formal e material, conduz ao avanço da prática jurídica não apenas quanto às possibilidades de acesso ao Poder Judiciário, mas também no tocante à materialização dos direitos e do valor justiça.

Dessa forma, a constitucionalização do Direito Processual Civil e a renovação da efetividade do processo sob a nova perspectiva do Neoprocessualismo nos convocam a repensar o acesso à justiça em termos de oportunidade de pleitear direitos e de qualidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, a fim de que seja célere, adequada e efetiva formal e materialmente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª. Turma). *Embargos de Declaração no Recurso Especial 1820766/RJ*. Processual civil e tributário. Embargos de declaração. Execução fiscal. Inscrição em cadastro de inadimplentes. SERASAJUD. Art. 782 do CPC/2015. Possibilidade. Determinação de expedição de comunicação. Registro da indisponibilidade de bens. Recorrente: Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Recorrido: Pedro Dirceu da Silva e Ari Charles Sewerdt. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 21 de março de 2022 e publicado em 25/03/2022. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901722564&dt_publicacao=25/03/2022. Acesso em: 2 jun. 2022.
- _____. *Recurso Especial 1782418/RJ*. Recurso Especial. Ação de compensação de danos morais e reparação por danos materiais. Cumprimento de sentença. Quantia certa. Medidas executivas atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de diretrizes a serem observadas para sua aplicação. Recorrente: João Moraes de Oliveira e Elaine Chagas de Oliveira. Recorrido: Rafael Ferreira Martins e Silva. Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23 de abril de 2019 e publicado em 26/04/2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803135957&dt_publicacao=26/04/2019. Acesso em: 17 dez. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo, Atlas, 2016.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIAS, Ronaldo Bretas Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59-73.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce *et al.* (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FERRAZ, L. S.; GABBAY, D. M.; ECONOMIDES, K.; ALMEIDA, F.; ASPERTI, M. C. de A.; CHASIN, A. C.; DA COSTA, S. H.; CUNHA, L. G.; LAURIS, É.; TAKAHASHI, B. Mesa de debates: “Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [S. l.], v. 4, n. 3, 2017. DOI: 10.19092/reed.v4i3.277. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/277>. Acesso em: 19 dez. 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS*, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006.

SCARPINELLA, Cássio. *Manual de direito processual civil*: volume único. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*: construindo uma nova dogmática jurídica. Rio Grande do Sul: Safe, 1999.

_____. Novos desafios da filragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A & C: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, abr. 2005, p. 145-165, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/458>. Acesso em: 16 dez. 2022.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as ‘cláusulas gerais’ do Código Civil de 2002: a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 59-79, jan. 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*: do problema ao precedente. Da Teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Recebido: 03/11/2025

Aprovado: 22/01/2026

O FUTURO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO BRASIL

THE FUTURE OF REAL HOUSING LAW IN BRAZIL

Gastão Marques Franco¹

Adriano Stanley Rocha Souza²

Henrique Costa de Seabra³

¹ Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela FDMC.

² Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

³ Doutorando em Direito Difusos e Coletivos, com ênfase em Direito Minerário e Ambiental, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela FDMC.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Trajetória histórica do direito real de habitação. 2. Algumas polêmicas sobre o direito real de habitação. 3. O futuro do instituto no Brasil: possibilidade de extensão do direito real de habitação. Conclusões. Referências.

RESUMO: O direito real de habitação fundamenta-se na proteção ao direito à moradia do cônjuge ou companheiro sobrevivente, impondo uma limitação legal ao exercício da propriedade pelos demais herdeiros. A aplicação desse instituto tem suscitado intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, especialmente quanto à sua compatibilidade com situações de copropriedade, existência de herdeiros exclusivos e extensão do direito nas uniões estáveis. Tendo em vista esse cenário, o presente artigo tem por objetivo analisar e refletir sobre o futuro do direito real de habitação no Brasil, à luz dos entendimentos consolidados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e das propostas legislativas mais recentes que buscam reformular o artigo 1.831 do Código Civil de 2002. Utilizando o método dialético e a vertente metodológica jurídico-dogmática, busca-se compreender os fundamentos constitucionais e sociais que justificam a manutenção, ampliação ou reconfiguração desse direito, contribuindo para o debate sobre sua funcionalização no contexto contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito real de habitação. Direito à moradia. Direito sucessório. Direito de propriedade. Função social da propriedade.

ABSTRACT: The real right to housing is grounded on the protection of the surviving spouse's or partner's right to housing, imposing a legal limitation on the property rights of the other heirs. The application of this institute has raised intense doctrinal and jurisprudential debates, especially regarding co-ownership situations, the existence of exclusive heirs, and the extension of the right to stable unions. In this context, the present article aims to analyze and reflect on the future of the real right to housing in Brazil, in light of the interpretations consolidated by the Superior Court of Justice and the latest legislative proposals seeking to amend Article 1.831 of the 2002 Civil Code. Using the dialectical method and the dogmatic legal methodology, it seeks to understand the constitutional and social foundations that justify maintaining, expanding, or reshaping this right, contributing to the discussion about its functional role in contemporary society.

KEYWORDS: Real right to housing. Right to housing. Inheritance law. Property law. Social function of property.

INTRODUÇÃO

A propriedade e o contrato foram, principalmente sob a égide do Código Civil de 1916, os principais eixos estruturantes do Direito Privado no Brasil, concebidos como direitos naturais, absolutos e inalienáveis, especialmente sob a influência do pensamento liberal, que também exaltava a perpetuação patrimonial por meio da herança.

Nesse contexto, a proteção da propriedade era vista como expressão máxima da liberdade individual e da segurança jurídica, valores que moldaram a concepção clássica das relações civis e sucessórias.

O direito sucessório possui origem remota e natureza inicialmente religiosa, vinculada à crença na continuidade do culto doméstico e à necessidade de manutenção dos ritos fúnebres pelo herdeiro, mediante a transmissão dos bens do falecido (Coulanges, 2009, p. 68).

Com o passar do tempo, a herança passou a representar também a continuidade econômica da família, consolidando o vínculo entre propriedade, sucessão e organização social, razão pela qual a preservação patrimonial tornou-se um interesse não apenas individual, mas igualmente coletivo, reforçando a centralidade da propriedade privada no sistema jurídico moderno.

John Locke (1994, p. 198), filósofo inglês considerado o pai do liberalismo e fundador do empirismo, argumentava que a necessidade que os indivíduos tinham, após apropriarem-se naturalmente dos bens da natureza, de proteger essas posses, inclusive após a morte, foi uma das razões centrais para que se reunissem e se submetessem a um governo.

Em virtude de pensamentos dessa natureza, consolidou-se em diversos sistemas ocidentais a noção de que a riqueza social é uma consequência das riquezas individuais de determinado agrupamento, trazendo um viés econômico ao fundamento da herança, pois a preservação do patrimônio interessava tanto ao indivíduo quanto à coletividade, estabelecendo um vínculo indissociável entre sucessão e propriedade.

No entanto, esse modelo foi superado pelo Estado Social, que ganhou protagonismo principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, impactando diretamente o paradigma jurídico brasileiro, já que a proteção e o estímulo ao aumento do patrimônio passaram a ser elencados em igualdade com a busca pela garantia dos direitos individuais e sociais (Moraes, 2014, p. 45).

A herança e a propriedade deixaram de ser compreendidas como expressões absolutas da autonomia privada, passando a integrar um sistema funcionalizado, orientado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da função social da propriedade.

Pode-se afirmar que tanto o direito sucessório quanto o direito de propriedade passaram a ser funcionalizados, distanciando-se da concepção

individualista e absolutista das codificações pretéritas, em conformidade com a principiologia constitucional e a teoria da função social (Perlingieri, 2007, p. 143).

Essa mudança paradigmática implicou a introdução de restrições legais ao exercício do direito de propriedade, voltadas à sua utilidade social e à proteção de grupos vulneráveis, impondo parâmetros de uso compatíveis com a função social do bem.

Entre as restrições legais que emergiram desse novo paradigma, destaca-se o direito real de habitação, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), criado para assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer na residência familiar após o falecimento do outro.

Originalmente limitado aos casamentos sob o regime da comunhão universal, o direito foi ampliado com o tempo, alcançando também os companheiros, consolidando-se como um mecanismo de proteção à moradia e à dignidade da pessoa humana.

É importante lembrar que, no momento de criação do instituto, a sociedade brasileira era altamente patriarcal, patrimonialista e desigual, na qual as mulheres eram extremamente prejudicadas e tratadas pela lei como relativamente incapazes (Brasil, 1916).

Apesar do inegável avanço, o direito real de habitação permanece objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente no tocante à sua compatibilidade com situações de copropriedade, à existência de herdeiros exclusivos e à sua aplicação aos demais membros de um núcleo familiar.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem desempenhado papel essencial na uniformização da interpretação do instituto, firmando entendimentos relevantes que buscam equilibrar o direito à moradia do sobrevivente e o direito de propriedade dos herdeiros.

Paralelamente, propostas legislativas como o Projeto de Lei n. 4/2025, atualmente em tramitação no Senado Federal, propõem alterações significativas no art. 1.831 do Código Civil, sugerindo a ampliação do rol de beneficiários e a extinção do caráter vitalício do direito, quando cessarem as condições que justificam sua proteção.

Diante desse cenário de evolução normativa e interpretativa, o artigo tem por objetivo analisar e refletir sobre o futuro do direito real de habitação no Brasil, à luz dos entendimentos consolidados pelo STJ e das propostas legislativas mais recentes, examinando seus fundamentos constitucionais, sua funcionalização social e as perspectivas de reforma que podem redefinir o equilíbrio entre o direito à moradia e o direito de propriedade.

O primeiro capítulo apresenta a trajetória histórica do direito real de habitação no Brasil, indispensável para compreender os fundamentos que justificaram a criação e posteriores atualizações sobre o instituto.

No segundo capítulo, são levantadas as principais discussões e polêmicas sobre o tema, que culminaram em importantes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o direito real de habitação, como a equiparação entre os direitos de cônjuges e companheiros, a subsistência do instituto mesmo diante da existência de outros bens no acervo hereditário e a ausência de distinções baseadas na origem familiar dos herdeiros.

O terceiro capítulo analisa as principais sugestões de reformas legislativas sobre o instituto, principalmente em relação à redefinição da vitaliciedade do direito real de habitação, especialmente nos casos em que o beneficiário adquire condições financeiras de manter outra moradia ou constitui nova família, e sobre a possibilidade de extensão do direito a outros herdeiros vulneráveis, notadamente filhos incapazes ou pessoas dependentes do autor da herança.

Após a construção realizada, que adota o método dialético e a vertente metodológica jurídico-dogmática, será concluído que o direito real de habitação está em um processo de releitura, transformando-se cada vez mais em um direito de caráter protetivo e solidário, mas ainda respeitando o direito fundamental de propriedade dos demais herdeiros.

1. TRAJETÓRIA HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A história do direito real de habitação no Brasil reflete a própria transformação do Direito Civil que, ao longo do tempo, deixou de privilegiar exclusivamente a dimensão patrimonial para incorporar o conceito de função social aos seus institutos.

O Código Civil de 1916, fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo individualismo jurídico de matriz europeia, sobretudo pelas tradições francesa e italiana, consagrava a propriedade privada, a autonomia da vontade e a herança como pilares do Direito Privado.

Naquele contexto, pouco se discutia sobre os direitos fundamentais ou sobre a necessidade de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade social, como mulheres e dependentes familiares.

A concepção de liberdade vigente à época estava intimamente associada ao domínio sobre os bens, de modo que possuir significava libertar-se da dependência estatal, relacionada com privilégios injustificados (como no caso das monarquias) e afirmação da autonomia (Rosenfield, 2008, p. 54).

Essa ideologia, reproduzida pelo Código Civil de 1916, refletia também uma estrutura familiar patriarcal e profundamente hierarquizada, na qual o homem era, em grande parte das famílias, o centro das relações, enquanto a mulher era considerada relativamente incapaz, necessitando de autorização para trabalhar, administrar bens ou até mesmo aceitar herança.

O sistema jurídico brasileiro foi moldado para atender aos interesses das elites agrárias e escravocratas, consolidando um modelo de família pautado pela autoridade masculina e pela subordinação feminina, como observa Felipe Quintella Machado de Carvalho (2017):

Apesar de ser, formalmente, uma monarquia constitucional, o Estado brasileiro no século XIX estava todo organizado para servir aos interesses das elites agrárias da antiga colônia — fato que, segundo RICARDO MARCELO FONSECA, foi um dos determinantes do atraso na codificação.

Nesse contexto, a noção de família que marcou as discussões jurídicas no período foi a correspondente ao modelo de família patriarcal, de religião católica — a qual havia sido instituída como a religião oficial do Império (Constituição de 1824, art. 5º) —, e escravocrata.

O cenário começou a se modificar gradualmente com as transformações sociais e políticas do século XX, impulsionadas pelos movimentos de emancipação feminina e pela valorização dos direitos sociais.

Esse novo paradigma culminou na edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), que retirou as mulheres do rol dos relativamente incapazes e introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito real de habitação.

Tal inovação visava assegurar à viúva o direito de permanecer na residência familiar após o falecimento do cônjuge, especialmente nos casos em que o imóvel representava o único bem da família.

O direito, previsto inicialmente no art. 1.611, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916, possuía caráter restrito, aplicava-se apenas aos casamentos sob o regime de comunhão universal e exigia a condição de viuvez, nos seguintes termos:

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do «de cujus».

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de

habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Mesmo assim, representou um avanço expressivo em uma sociedade marcada pela desigualdade de gênero e pela ausência de instrumentos de proteção patrimonial às mulheres, pois era uma medida de cunho protetivo e social que, ainda que tímida, já antecipava a preocupação do legislador com o direito à moradia e com a dignidade do sobrevivente (Tartuce, 2023).

Nas décadas seguintes, o instituto evoluiu em paralelo à transformação da própria noção de família, com a Lei n. 9.278/1996 sendo estendida aos companheiros, reconhecendo a legitimidade das uniões estáveis e reforçando a igualdade material entre os diferentes arranjos familiares (Blikstein, 2012).

O Código Civil de 2002 extinguiu o antigo usufruto viudal e consolidou o direito real de habitação no art. 1.831, assegurando-o ao cônjuge sobrevivente “qualquer que seja o regime de bens”, desde que o imóvel fosse o único destinado à residência da família (Brasil, 2002):

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Embora tenha modernizado o instituto, o legislador cometeu omissão relevante ao não incluir expressamente o companheiro sobrevivente no texto legal, retrocesso criticado por autores como Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019), que destacou o descompasso entre a norma e a realidade social:

Trata-se de direito real *ex lege*, isto é, nasce automaticamente com a abertura da sucessão do hereditando, conferido expressamente a favor do cônjuge sobrevivente, olvidando-se, porém, o legislador atual de continuar contemplando, com o mesmo benefício, o companheiro sobrevivente, em evidente retrocesso social.

Tem o referido direito por objeto o imóvel residencial em que ex-casal residia por ocasião da morte de um deles, a permitir ao parceiro sobrevivente ali continuar morando a título gratuito e em caráter vitalício, com o fito de garantir-lhe moradia, independentemente de sua participação na herança em propriedade.

Ainda assim, a jurisprudência do STJ e os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF) superaram essa lacuna, reconhecendo a plena equiparação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, reafirmando o caráter protetivo e humanista do direito real de habitação.

Por outro lado, autores como Caio Mário da Silva Pereira (2017) interpretam o atual texto legal como um marco de consolidação de um Direito Civil constitucionalizado, voltado à tutela da dignidade humana e à função social da propriedade:

A nova lei previu, ainda, com maior extensão, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar (art. 1.831): este continua sujeito a uma das condições do direito anterior (“desde que seja o único daquela natureza a inventariar”), mas passa a ser reconhecido em favor do cônjuge “qualquer que seja o regime de bens” (e não somente no de comunhão universal). Diferentemente do Código de 1916, o atual não reproduziu a cláusula restritiva “enquanto viver e permanecer viúvo”, daí se extraindo que a cessação do estado de viuvez (ou a constituição de união estável) não mais extingue aquele direito (Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao Novo Código Civil, comentário ao art. 1.831).

Ao eliminar a exigência da viuvez e reconhecer o direito independentemente do regime de bens, o Código Civil de 2002 transformou o instituto em uma expressão concreta do princípio de garantia da moradia digna.

Na contemporaneidade, o direito real de habitação é entendido não apenas como um benefício patrimonial, mas como um instrumento de proteção existencial, que busca garantir estabilidade emocional, afetiva e habitacional ao sobrevivente.

No entanto, discute-se na doutrina e na jurisprudência algumas questões relevantes para o futuro do instituto, como se o direito deve persistir mesmo quando o beneficiário adquire nova moradia ou constitui nova família, se deve alcançar herdeiros incapazes e se a limitação a um único imóvel continua sendo adequada à realidade social e econômica brasileira.

Essas questões indicam que o direito real de habitação atravessa uma fase de releitura e reconstrução, impulsionada tanto pela jurisprudência do STJ quanto pelas propostas de reforma legislativa que buscam adaptá-lo aos novos arranjos familiares e à evolução do conceito de moradia digna.

Com isso, o estudo de sua trajetória não se limita à compreensão do passado, mas constitui o ponto de partida para refletir sobre seu futuro papel no Direito Sucessório brasileiro, entre a preservação da moradia, o direito de propriedade dos demais herdeiros e a necessária atualização de seus contornos jurídicos.

2. ALGUMAS POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Algumas questões polêmicas envolvendo o direito real de habitação já foram enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência, destacando-se aqui os posicionamentos adotados pelo STJ.

Uma questão que, atualmente, não parece gerar grandes dúvidas, já teve que ser decidida pela Corte Superior: o Código Civil de 2002 teria revogado a norma contida na Lei n. 9.278, de 1996, que assegurava o direito ao companheiro, tendo em vista que o art. 1.831 não menciona essa classe de indivíduos, mas apenas o cônjuge?

Sobre essa questão, a jurisprudência do STJ passou a adotar interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, especialmente à luz dos Temas 498 e 809 do STF, que declararam inconstitucional o tratamento desigual entre cônjuges e companheiros no âmbito sucessório (Brasil, STF, 2011):

Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Com base nesses precedentes vinculantes, o STJ consolidou o entendimento de que a Lei n. 9.278/1996 não foi revogada pelo Código Civil, preservando-se o direito real de habitação do companheiro sobrevivente.

O entendimento evidencia a equiparação sucessória entre casamento e união estável, reafirmando a coerência da jurisprudência com os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da família.

Outra questão amplamente debatida refere-se à interpretação da expressão “único bem daquela natureza a inventariar”, constante do art. 1.831 do Código Civil: a dúvida consiste em saber se o reconhecimento do direito real de habitação está condicionado à inexistência de outros imóveis no acervo hereditário.

A jurisprudência majoritária do STJ firmou-se no sentido de que o requisito deve ser interpretado de forma teleológica e restrita à finalidade protetiva do instituto, e não como limitação patrimonial absoluta.

Assim, ainda que existam outros bens imóveis a inventariar, o cônjuge ou companheiro sobrevivente mantém o direito de habitar o imóvel utilizado como residência da família, pois o que se busca é assegurar a continuidade do lar conjugal e a concretização do direito constitucional à moradia, conforme consta no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do REsp n. 1.582.178 – RJ (Brasil, STJ, 2018):

O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. (...)

Com efeito, o objetivo da lei é permitir que o cônjuge sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.

Além disso, a norma protetiva é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar que tutela o interesse mínimo de pessoa que, em regra, já se encontra em idade avançada e vive momento de incontestável abalo resultante da perda do consorte.

Em síntese, ainda que o cônjuge ou companheiro sobrevivente participe de um acervo hereditário com outros bens imóveis em nome do falecido, terá o direito real de habitação garantido sobre o imóvel com natureza de moradia habitual do núcleo familiar, para respeitar os aspectos humanitários e sociais desses indivíduos.

Em sentido diverso, a Ministra Nancy Andrighi defendeu uma posição minoritária, segundo a qual o direito real de habitação não deve subsistir quando ausente risco efetivo à moradia do cônjuge ou companheiro sobrevivente, seja porque este já possui outro imóvel em nome próprio, seja porque o *de cujus* deixou múltiplos bens residenciais.

Conforme seu voto, “a manutenção do direito real de habitação quando inexistente risco à moradia equivaleria a admitir conduta que contraria a razão de ser do instituto, colocando o beneficiário em posição de vantagem injustificável em relação aos demais herdeiros” (Brasil, STJ, 2018).

Essa linha de raciocínio, compartilhada por parte da doutrina, sustenta que a ampliação indiscriminada do instituto poderia representar abuso de direito e ônus desproporcional aos demais herdeiros (Costa, 2017; Xavier, 2025).

Esse fato seria presumido quando o beneficiário do direito real de habitação já possui imóvel residencial em nome próprio ou quando irá concorrer sobre a propriedade de outros imóveis deixados pelo autor da herança (Costa, 2017).

Concorda-se, nessa oportunidade, com o posicionamento minoritário supramencionado, mas prevaleceu na jurisprudência da Corte Superior a interpretação humanista e funcional do instituto, vinculando-o aos princípios da solidariedade familiar e da função social da propriedade.

Outra controvérsia recorrente na jurisprudência diz respeito à concorrência entre o cônjuge ou companheiro sobrevivente e os filhos exclusivos do falecido, com o argumento de que a restrição ao direito de propriedade só poderia alcançar herdeiros pertencentes ao mesmo núcleo familiar, não se estendendo aos descendentes de outras relações.

Contudo, o STJ, ao julgar o REsp n. 1.134.387/SP, fixou entendimento de que o direito real de habitação prevalece mesmo em face dos filhos exclusivos do de cujus, reafirmando o caráter protetivo e personalíssimo do instituto (Brasil, STJ, 2013):

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJOS.

- 1.- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos.
- 2.- Recurso Especial improvido.

Nesse caso, a Ministra Nancy Andrighi novamente adotou entendimento diverso da maioria ao acolher a tese de que o direito real de habitação seria restrito aos indivíduos de um mesmo núcleo familiar.

O entendimento majoritário seguiu grande parte da doutrina, no sentido de que não se pode mais fazer distinção entre diferentes núcleos familiares, como se a lei quisesse prestigiar apenas uma família homogênea, especialmente diante do aumento das famílias recompostas (Costa, 2017).

Por fim, a Corte também enfrentou a hipótese em que o imóvel residencial é possuído em condomínio com terceiros estranhos à relação sucessória, questionando-se se a copropriedade impediria o reconhecimento do direito real de habitação.

A segunda seção do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência no REsp n. 1.520.294/SP, sob relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, firmou tese no sentido de que “a copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação” (Brasil, STJ, 2020).

A decisão enfatizou que o instituto possui natureza eminentemente sucessória e excepcional, razão pela qual não comporta interpretação extensiva que possa limitar o direito de propriedade de terceiros alheios à sucessão.

A ausência de solidariedade familiar, em conjunto com o fato de o condomínio ter sido formado antes do óbito, impediria a limitação da propriedade de terceiros que não são herdeiros, razão que justificou essa posição jurisprudencial (Xavier, 2014).

Essa é também a posição de Felipe Quintella e Elpídio Donizetti (2016), além de grande parte da doutrina e jurisprudência, por enxergarem uma restrição injusta ao direito de propriedade de terceiro estranho à relação sucessória, que não poderia usufruir dos poderes dominiais em virtude de uma relação firmada entre o coproprietário e seu cônjuge/companheiro antes de falecer.

A única crítica sobre essa posição seria no sentido de que um indivíduo agindo de má-fé mediante um planejamento sucessório poderia afastar esse direito, concedendo uma quota parte do imóvel para terceiro, ainda que em percentual irrisório, em uma espécie de conluio para beneficiar os herdeiros em detrimento do cônjuge/companheiro.

Em síntese, a evolução jurisprudencial do STJ revela uma interpretação sistemática e finalística do direito real de habitação, orientada por valores constitucionais e pela proteção da dignidade humana.

A Corte Superior consolidou, de forma majoritária, os seguintes parâmetros: (i) o direito se aplica igualmente a cônjuges e companheiros; (ii) sua concessão não exige a inexistência de outros bens imóveis, bastando que o imóvel objeto do direito seja aquele destinado à moradia habitual da família; (iii) o direito é preservado mesmo diante da existência de filhos exclusivos do falecido; e (iv) o instituto não se aplica quando houver copropriedade anterior com terceiros estranhos à sucessão.

Esses entendimentos refletem a transformação do direito civil contemporâneo, que, mais do que proteger o patrimônio, busca resguardar a moradia, a dignidade e a solidariedade familiar.

3. O FUTURO DO INSTITUTO NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A discussão sobre o futuro do direito real de habitação no ordenamento jurídico brasileiro vem se intensificando, sobretudo diante da evolução jurisprudencial e das propostas de reforma legislativa que buscam adequar o instituto às novas configurações familiares e às transformações sociais.

Duas perspectivas principais emergem nesse cenário: (a) a redefinição da vitaliciedade do direito real de habitação, especialmente nos casos em que o beneficiário adquire condições financeiras de manter outra moradia ou constitui nova família; e (b) a possibilidade de extensão do direito a outros

herdeiros vulneráveis, notadamente filhos incapazes ou pessoas dependentes do autor da herança.

No que se refere à vitaliciedade, o tema já foi mitigado pela atual redação do art. 1.831 do Código Civil, que suprimiu a limitação antes existente no Código de 1916, segundo a qual o direito subsistia apenas enquanto o cônjuge permanecesse viúvo.

Essa modificação eliminou a vedação à constituição de nova entidade familiar, mas abriu espaço para questionamentos acerca da razoabilidade da perpetuidade da restrição ao direito de propriedade dos demais herdeiros, sobretudo quando o titular do direito de habitação adquire autonomia econômica.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019) sustenta que a ausência de limitação temporal é despropositada, pois perpetua um ônus sobre o patrimônio alheio mesmo quando o beneficiário já não necessita da proteção legal:

O Código Civil atual, todavia, em nosso sentir, de modo despropositado, não mais limita a titularidade do direito real menor em questão, sendo, nos tempos atuais, considerado vitalício sem restrições, pois, como vimos, mesmo que o habitador venha a contrair nova união familiar continuará sendo seu titular, pois a limitação quedou-se suprimida.

O habitador ou habitadora casa-se novamente ou passa a viver em união estável. Leva, então, o seu cônjuge ou companheiro a viver no imóvel cuja raiz pertence, em regra, aos herdeiros necessários do hereditando ou até mesmo a outros herdeiros legítimos (familiares) ou mesmo testamentários (indicados em testamento por força da afeição do autor da herança) e, assim, esses últimos, in concreto, continuarão a não poder dispor desse importante bem, mesmo em estado de carência e necessidade, uma vez que, para tanto, deverão aguardar o falecimento do(a) habitador(a) titular!!

A proposta de reforma do Código Civil, constante do Projeto de Lei n. 4/2025, busca enfrentar essa questão ao prever, no § 2º do art. 1.831, que “cessa o direito quando qualquer um dos titulares do direito à habitação tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova família” (Brasil, 2025).

Em sentido diverso, Flávio Tartuce (2023) adverte que a simples constituição de nova família não deve implicar automaticamente a extinção do direito, devendo o julgador ponderar, em cada caso concreto, se persistem as condições de vulnerabilidade que justificam a manutenção da moradia, à luz dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção familiar:

No que toca à constituição de uma nova família pelo habitante, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge sobrevivente não tem boas condições econômicas e financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes,

que são inclusive proprietários de outros imóveis. Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, sendo necessário ponderar a favor da moradia e da família, a partir dos valores constantes dos arts. 6.º e 1.º, inciso III, do Texto Maior. Cite-se, ainda, o art. 226, caput, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade. Em suma, é o caso concreto que vai determinar se o direito real de habitação do cônjuge persiste ou não.

Parece razoável que, diante de cenários nos quais o cônjuge/companheiro passe a ter plenas condições de usufruir de uma nova moradia familiar digna, fosse extinto o direito real de habitação, que perderia seu fundamento tanto pelo viés da extinção do dever familiar, pela constituição da nova família, quanto pela dignidade da pessoa humana, com o beneficiário tendo patrimônio suficiente para não ser prejudicado com a extinção do direito.

A segunda e mais promissora vertente de transformação do instituto diz respeito à ampliação de seus beneficiários, principalmente para herdeiros incapazes ou dependentes do falecido, algo que vem ganhando destaque tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Historicamente restrito ao cônjuge e, posteriormente, ao companheiro sobrevivente, o instituto passa a ser reinterpretado em consonância com os princípios da solidariedade familiar e da função social da propriedade, a fim de incluir aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade material ou pessoal.

É de conhecimento público que, atualmente, é cada vez mais comum a existência de filhos incapazes dependentes dos pais, tanto financeiramente quanto emocionalmente, que residem na moradia utilizada como residência familiar até muito tempo após a idade de emancipação legal (Carvalho, 2019).

Diante desse novo cenário, a proteção dos herdeiros incapazes com o direito real de habitação se fundamentaria em aspectos humanitários e sociais, bem como no princípio da solidariedade familiar, extremamente relevante no âmbito sucessório (Dias, 2010).

Nesse contexto, destaca-se a decisão paradigmática proferida pela Terceira Turma do STJ, no REsp n. 2.212.991/AL, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (julgado em 14 out. 2025, DJe 20 out. 2025).

A Corte reconheceu, com unanimidade, a possibilidade de extensão do direito real de habitação a filho incapaz, quando inexistente cônjuge ou companheiro sobrevivente, fundamentando-se na prevalência do direito fundamental à moradia sobre o direito patrimonial dos demais herdeiros.

A Relatora afirmou, no REsp 2.212.991/AL, que (Brasil, STJ, 2025, p. 27):

(...) em eventual conflito entre direitos fundamentais, notadamente entre o direito de propriedade dos herdeiros capazes e o direito de

moradia de herdeiro com vulnerabilidade, dever-se-á ponderar se o não reconhecimento do direito à moradia do herdeiro vulnerável implicará em efetivo prejuízo existencial e material, bem como se terá sua dignidade aviltada, ou não (...).

Constatando, no caso concreto, o prejuízo material para o herdeiro incapaz, torna-se possível aplicar o direito real de habitação, prevalecendo no conflito com o direito de propriedade dos demais herdeiros.

A decisão reflete a consolidação de uma interpretação constitucional e humanista do instituto, afastando sua vinculação estrita à conjugalidade e ampliando sua aplicação para atender às finalidades sociais que o inspiram.

O julgado estabelece, portanto, novo paradigma para o Direito das Sucessões, inserindo o direito real de habitação no rol dos instrumentos de proteção da pessoa vulnerável e consolidando o papel da jurisprudência na promoção da justiça social.

Cabe ressaltar que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo legal que garanta tal direito aos herdeiros vulneráveis, afastando essa importante classe de indivíduos de um instituto que pode concretizar a própria dignidade da pessoa humana.

Parece adequado que, diante da nova realidade social, bem como dos princípios constitucionais vigentes, o direito real de habitação possa ser usufruído também pelos herdeiros incapazes, ainda que em conjunto com o cônjuge ou companheiro.

Projetos como o PL n. 5.417/2023 e o PL n. 1.151/2024 já previam a inclusão de filhos menores ou incapazes como beneficiários do direito real de habitação, especialmente quando demonstrado o convívio e a dependência do falecido.

O Projeto de Lei n. 4/2025, atualmente em tramitação no Senado Federal, vai além, propondo em seu § 1º do art. 1.831 que o direito possa ser compartilhado entre o cônjuge sobrevivente e “descendentes incapazes ou com deficiência, bem como ascendentes vulneráveis ou pessoas remanescentes da família parental que comprovem convivência familiar comum” (Brasil, 2025), cujo texto completo merece transcrição:

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente que residia com o autor da herança ao tempo de sua morte, será assegurado, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja o único bem a inventariar.
§ 1º Se ao tempo da morte, viviam juntamente com o casal descendentes incapazes ou com deficiência, bem como ascendentes vulneráveis ou, ainda, as pessoas referidas no art. 1.831-A caput e seus parágrafos deste Código, o direito de habitação há de ser compartilhado por todos. (...)

Art. 1.831-A. Terão direito de habitação sobre o imóvel de moradia do autor da herança, as pessoas remanescentes da família parental, podendo habilitar-se para esse direito os que demonstrarem o convívio familiar comum por prova documental, conforme anotações feitas na forma do § 1º do art. 10 deste Código.

Ressalta-se que, apesar de ser apenas uma proposta de reforma sobre o Código Civil, por ter sido debatida por uma comissão ampla de juristas (Baptista, 2024), pode representar uma tendência da doutrina sobre essas novas perspectivas.

Em síntese, o futuro do direito real de habitação no Brasil aponta para uma dupla transformação: a extinção de sua vitaliciedade automática, condicionando sua manutenção à real necessidade habitacional do beneficiário; e a ampliação de seu alcance subjetivo, para abranger descendentes incapazes, ascendentes vulneráveis e outros membros do núcleo familiar convivente.

CONCLUSÕES

O artigo buscou, fundamentado no método dialético e na vertente jurídico-dogmática, examinar a trajetória histórica, as principais controvérsias e as novas perspectivas do direito real de habitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificou-se que o instituto, originalmente concebido como instrumento de proteção da moradia do cônjuge sobrevivente, sofreu significativas transformações ao longo das últimas décadas, em razão da influência de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e a função social da propriedade.

A análise jurisprudencial demonstrou que o STJ consolidou entendimentos fundamentais, equiparando os direitos de cônjuges e companheiros, reconhecendo a subsistência do instituto mesmo diante da existência de outros bens no acervo hereditário e afastando distinções baseadas na origem familiar dos herdeiros.

A recente decisão paradigmática proferida no REsp n. 2.212.991/AL (Rel. Min. Nancy Andrighi, 2025) ampliou a dimensão protetiva do instituto ao reconhecer, de forma inédita, a possibilidade de extensão do direito real de habitação a herdeiros incapazes em situação de vulnerabilidade.

A convergência entre essa orientação jurisprudencial e a proposta legislativa de atualização do Código Civil (Projeto de Lei n. 4/2025), que prevê a extensão do direito a descendentes incapazes, ascendentes vulneráveis e membros da família parental conviventes, revela muito sobre o futuro do instituto no Brasil.

O legislador e os tribunais caminham no mesmo sentido: adequar a norma civil à realidade contemporânea das relações familiares e às exigências de efetividade dos direitos fundamentais.

Paralelamente, o debate acerca da vitaliciedade do direito real de habitação evidencia a necessidade de harmonização entre o direito de moradia do beneficiário e o direito de propriedade dos herdeiros.

Conclui-se que o direito real de habitação se encontra em processo de releitura e expansão, passando de um instrumento patrimonialmente restritivo a um direito real de moradia de caráter protetivo e solidário, mas sem perder de vista o direito fundamental de propriedade dos demais herdeiros, que acaba sendo prejudicado de maneira injustificada em alguns casos concretos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Rodrigo. *Novo Código Civil*: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. Brasília: Agência Senado, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/17/novo-codigo-civil-senado-recebe-anteprojeto-de-juristas-e-analisara-o-texto>. Acesso em: 19 jul. 2025.

BLIKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRASIL. *Projeto de Lei 5.417/2023* – Deputado Federal Alexandre Leite. Altera o artigo 1.831 do Código Civil, para garantir, ao filho herdeiro cuidador de genitor, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2402900#:~:text=PL%205417%2F2023%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Altera%20o%20artigo%201.831%20do,%C3%BAnico%20daquela%20natureza%20a%20inventariar>. Acesso em: 16 jul. 2025.

_____. *Projeto de Lei 1.151/2024* – Deputado Federal Gilvan Maximo. Dispõe sobre o direito real de habitação em favor dos filhos menores de 21 anos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2425230&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988.

_____. Lei no 3.071 de 1o de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 1916.

_____. Lei no 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1962.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2002.

_____. *Projeto de Lei nº 4, de 31 de janeiro de 2025*. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Autoria: Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG). Brasília: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 21 ago. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.436.350/RS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe de 19/4/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271436350%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271436350%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271436350%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271436350%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 25 de junho de 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.582.178/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/9/2018, DJe de 14/9/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271582178%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271582178%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271582178%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271582178%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 25 jun. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.520.294/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 26/8/2020, DJe de 2/9/2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271520294%27\)+ou+\(%27EREsp%27+adj+%271520294%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271520294%27)+ou+(%27EREsp%27+adj+%271520294%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16 jul. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.134.387/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, relator para acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/4/2013, DJe de 29/5/2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271134387%27\)+ou+\(%27RE](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271134387%27)+ou+(%27RE)

sp%27+adj+%271134387%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 15 jul. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.212.991 – AL (2025/0035329-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 14 out. 2025. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2025. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2025/03112025-Direito-real-de-habitacao-pode-ser-estendido-a-filho-incapaz--decide-Terceira-Turma.aspx>. Acesso em: 21 out. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tema 498 - Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva. Leading case RE 646721, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4100069&numeroProcesso=646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498>. Acesso em: 20 de junho de 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tema 809 - Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro. Leading case RE 878694, Relator: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>. Acesso em: 20 de junho de 2025.

_____. Senado Federal. *Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Finalidade: aprese

ntar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) – Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 23 jul. 2025.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o direito das sucessões no Brasil: fragmentos da história do código civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, Patrícia Andrade Perdigão. *O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO “CAUSA MORTIS”*: uma abordagem crítica do instituto. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2017.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1994.

MORAES, Ricardo Quatim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 20 jan. 2025.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume IV*. Rev. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 1-32, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/720>. Acesso em: 20 ago. 2025.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 6.

XAVIER, José Tadeu Neves. O direito real de habitação na sucessão do companheiro. *Revista de Direito Privado – RDPriv*, v. 15, n. 59, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2014. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/bitstream/tjdft/19362/1/O%20direito%20real%20de%20habita%C3%A7%C3%A3o%20na%20sucess%C3%A3o%20do%20companheiro.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

Recebido: 31/12/2024

Aprovado: 13/03/2025

DESAFIOS FISCAIS NA ERA DIGITAL: A TRIBUTAÇÃO DE IA E ROBÔS

TAX CHALLENGES IN THE DIGITAL AGE: TAXING AI AND ROBOTS

Henrique Paiva de Araújo¹

Grace Ladeira Garbaccio²

- ¹ Doutorando em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pelo Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Auditor Fiscal da Receita do Distrito Federal (GDF).
- ² Doutora em Direito Ambiental e mestra em L'aménagement et de L'urbanisme pela Université de Limoges (França). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração pela Fundação João Pinheiro (FJP). Professora convidada de mestrado em Direito Ambiental pela Università degli Studi di Roma La Sapienza (Itália), do programa internacional da Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne (França) e da Université Laval (Canadá). Professora de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade FIA de Administração e Negócios (FFIA), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), de pós-graduação da Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) e de pós-graduação *stricto sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os desafios fiscais contemporâneos. 2. Propostas de tributação sobre IAS e robôs. Conclusão. Referências.

RESUMO: A denominada Revolução Industrial 4.0, impulsionada por tecnologias como inteligência artificial, internet das coisas e robótica avançada, vem alterando a forma como vivemos e trabalhamos. O advento dessas inovações promete mais eficiência e produtividade, mas também impõe desafios significativos aos sistemas de tributação, uma vez que a automação pode reduzir a base tributária tradicionalmente focada no trabalho humano. Além disso, a substituição do trabalho humano pelas tecnologias pode resultar na queda das receitas fiscais e no aumento dos gastos com programas de requalificação profissional e benefícios para desempregados. Para mitigar esse problema, diversas propostas buscam tributar essas novas tecnologias, promovendo um equilíbrio entre o trabalho humano e a automação, com o objetivo de garantir uma distribuição mais justa dos benefícios econômicos. Este artigo apresenta um panorama desses desafios. Como metodologia, foi realizada uma revisão bibliográfica de fontes nacionais e estrangeiras sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Robôs. Norma Tributária Indutora. Tributação na Economia Digital. Tributação 4.0.

ABSTRACT: The so-called Industrial Revolution 4.0, equipped with technologies such as artificial intelligence, the Internet of Things, and advanced robotics, has been changing the way we live and work. The advent of these innovations promises greater efficiency and productivity; however, it brings with it major challenges for tax systems, since automation can reduce the tax base focused on human labor. In addition, the replacement of human labor by technologies can result in a decrease in tax revenues and an increase in spending on retraining programs and unemployment benefits. As a measure to mitigate this problem, there are several proposals to tax these new technologies and try to balance the competition between human labor and automation, aiming to ensure that economic benefits are better distributed. This article seeks to present an overview of these challenges. As a methodology, a review of national and international literature on the subject was used.

KEYWORDS: Artificial Intelligence. Robots. Inductive Tax Rules. Taxation in the Digital Economy. Taxation 4.0.

INTRODUÇÃO

A busca humana pelo aprimoramento de habilidades por meio da tecnologia é uma jornada antiga e contínua. Desde a criação das primeiras ferramentas até a Primeira Revolução Industrial, quando novas máquinas e processos tecnológicos começaram a emergir, a sociedade e a economia passaram por transformações profundas.

Atualmente, vivemos a chamada Revolução Industrial 4.0, também conhecida como Quarta Revolução Industrial. Essa nova era de inovação tecnológica está transformando não apenas os processos industriais, mas a sociedade como um todo. Sua principal característica é a integração de tecnologias digitais, físicas e biológicas, resultando em sistemas de produção mais inteligentes, autônomos e interconectados.

Entre os principais componentes que definem a Revolução Industrial 4.0 destacam-se: Internet das Coisas (IoT),³ Inteligência Artificial (IA) e *Machine Learning* (ML),⁴ *Big Data e Analytics*,⁵ Computação em Nuvem (*Cloud Computing*),⁶ Manufatura Aditiva (Impressão 3D),⁷ Robótica Avançada,⁸ Sistemas Ciberfísicos (CPS),⁹ Realidade Aumentada (AR)¹⁰ e Realidade Virtual (VR).¹¹

A IA não é uma novidade, sua origem remonta à década de 1950, e seu objetivo é criar sistemas capazes de realizar tarefas cotidianas que normalmente exigiriam inteligência humana, como reconhecimento de fala, tomada de decisões e tradução de idiomas. Nas últimas décadas, com o aumento do poder de processamento, o avanço dos algoritmos e a disponibilidade de grandes volumes de dados (*big data*), a IA tornou-se uma parte essencial de diversas indústrias.

Os robôs vêm sendo utilizados na manufatura desde a introdução das linhas de montagem automatizadas. Nos últimos anos, a robótica

3 A IoT permite que dispositivos e máquinas se comuniquem entre si e com os seres humanos, coletando e compartilhando dados em tempo real para otimizar processos e tomar decisões informadas.

4 A IA e o ML são utilizados para analisar grandes volumes de dados, reconhecer padrões e fazer previsões, permitindo a automação de tarefas complexas e a tomada de decisões mais eficazes.

5 O uso de *big data* permite a coleta, o armazenamento e a análise de enormes quantidades de dados provenientes de várias fontes, proporcionando *insights* valiosos para a melhoria de processos e tomada de decisões estratégicas.

6 A computação em nuvem oferece flexibilidade e escalabilidade para armazenar e processar dados, além de permitir o acesso remoto a recursos computacionais.

7 A impressão 3D permite a produção de componentes complexos e personalizados de forma eficiente e econômica, reduzindo o desperdício de materiais e os custos de produção.

8 Robôs modernos são capazes de realizar uma ampla variedade de tarefas com alta precisão e eficiência, colaborando com humanos e outras máquinas em ambientes de produção.

9 Os CPS integram o mundo físico e digital, permitindo a monitorização e o controle em tempo real de processos industriais por meio de sensores e atuadores conectados.

10 Realidade Aumentada (*Augmented Reality* – AR) é uma tecnologia que sobrepõe elementos digitais (como imagens, sons, vídeos e informações interativas) ao mundo real, em tempo real, por meio de dispositivos como *smartphones*, *tablets*, óculos inteligentes e *headsets* especializados.

11 Essas tecnologias são usadas para treinamento, manutenção e suporte remoto, proporcionando uma experiência imersiva e interativa para os usuários.

avançou significativamente, permitindo o desenvolvimento de robôs autônomos capazes de executar tarefas complexas em áreas como saúde, logística e serviços. A integração da IA nesses robôs ampliou ainda mais suas capacidades, possibilitando que eles aprendam com a experiência e se adaptem a novas situações.

Prevê-se que, na próxima década, a integração de dispositivos, máquinas e sistemas interconectados – popularmente chamados de “robôs” –, aliada à automação de processos impulsionada pela IA, promoverá uma transformação substancial na força de trabalho em praticamente todos os setores produtivos e de serviços.

Esse impacto não se limitará às tarefas manuais, nas quais as máquinas vêm substituindo trabalhadores humanos desde a Revolução Industrial, mas também se expandirá progressivamente para o trabalho administrativo e até mesmo para atividades essenciais de profissões liberais.

Como parte da análise desse processo, é importante considerar a ampla gama de opiniões sobre a extensão e a inevitabilidade dessa transição. Muitos argumentam que ela resultará em uma perda líquida significativa de empregos para trabalhadores humanos em um prazo relativamente curto, enquanto outros acreditam que novas oportunidades de trabalho surgirão para compensar as perdas nos empregos tradicionais. Apesar das divergências, há um consenso de que esse avanço causará uma disrupção significativa no mercado de trabalho.

Em 2018, um estudo do Fundo Monetário Internacional (FMI, 2018, p. 13) apontou que, nos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), 14% dos empregos estão em alto risco de serem totalmente automatizados em um “futuro próximo”, enquanto outros 32% enfrentam um risco substancial de automação em larga escala. Essa conjuntura representa um desafio fiscal duplo para os governos: a redução das receitas provenientes da tributação do trabalho (incluindo contribuições para a seguridade social) e, simultaneamente, o aumento dos custos com programas de requalificação, benefícios de desemprego e iniciativas de emprego público.

Além disso, um possível efeito colateral desse cenário é o aumento da desigualdade de renda e do desemprego tecnológico, fatores que podem fomentar agitações sociais e impulsionar movimentos políticos extremistas.

Por outro lado, um estudo mais recente, intitulado *Perspectivas de Emprego da OCDE 2023: Inteligência Artificial e o Mercado de Trabalho*, analisou os efeitos da IA no emprego e concluiu que, até o momento, a inovação tecnológica tem servido mais ao aumento da eficiência dos trabalhadores em suas funções do que à sua substituição. No entanto, a instituição ressalta que os efeitos completos da IA no mercado de trabalho e nos níveis de emprego

ainda podem levar tempo para se materializar. Segundo o estudo, 27% dos empregos são suscetíveis à automatização.

Além da preocupação com o desemprego, a automação do trabalho humano impacta diretamente a base tributária tradicional, que depende fortemente da renda gerada pelo trabalho. Menos trabalhadores empregados significa menos receita tributária, afetando tanto os impostos sobre a renda quanto as contribuições para a seguridade social. Da mesma forma, a automação pode reduzir substancialmente as contribuições (e outros tributos ligados ao emprego) tanto da parte patronal quanto da parte trabalhadora, comprometendo o financiamento da seguridade social.

Diante desse cenário, surge a proposta de tributar o uso de IA e robôs que substituem a força de trabalho humano. No entanto, essa ideia encontra resistência, com muitos argumentos no sentido de que tal medida representaria um desincentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, podendo retardar o progresso humano. Além disso, a implementação de uma tributação específica sobre novas tecnologias levanta desafios complexos, como a definição precisa de “robô” ou “IA” para fins fiscais.

Diante desse cenário complexo, este estudo tem como objetivo apresentar um panorama das discussões e propostas relacionadas à tributação das novas tecnologias. Para isso, a pesquisa concentrou-se na revisão de literatura nacional e internacional sobre o tema, abordando as preocupações e expectativas associadas à adoção generalizada dessas tecnologias, além de destacar as principais soluções propostas.

1. OS DESAFIOS FISCAIS CONTEMPORÂNEOS

Inicialmente, cabe observar que, embora a substituição do trabalho humano por máquinas não seja uma novidade histórica, nem todo avanço tecnológico ou aumento de produtividade trouxe consigo uma tributação mais onerosa ou específica. Por exemplo, no setor agrícola, a substituição de trabalhadores por tratores ou mesmo, nos escritórios, a chegada dos computadores não resultaram na adoção de novos instrumentos fiscais.

Além disso, o surgimento dessas inovações não é, por si só, sinônimo de crise orçamentária para os Estados. Muitas vezes, observa-se que o aumento da eficiência das empresas proporcionado pelas inovações pode levar a um aumento na arrecadação fiscal, mesmo na ausência de uma tributação especial sobre elas.

Por outro lado, em uma economia globalizada, como aponta Bogenschneider (2020, p. 1), a tributação de robôs pode afetar a competitividade de determinadas regiões, além de desincentivar os investimentos necessários. Isso ocorre porque, em um número crescente de atividades, os robôs demonstram ser mais eficientes que os trabalhadores humanos.

Na outra ponta dessa balança, surgem questões sobre justiça fiscal. Embora as novas tecnologias aumentem a produção, elas podem resultar em uma redução na arrecadação de impostos. Mesmo que essa diminuição não seja imediatamente perceptível, pode ocorrer uma distribuição desigual do encargo social fiscal, caso não haja uma regulamentação adequada.

Constata-se, assim, que a automação traz implicações sociais e econômicas significativas. A substituição de trabalhadores humanos por robôs pode reduzir as receitas fiscais e elevar os custos com programas de requalificação e benefícios para desempregados. Embora a automação crie novas oportunidades de emprego, ela também elimina postos de trabalho, agravando as desigualdades econômicas e sociais. Parece evidente que, para resolver essas questões, é necessária uma abordagem global sobre o tema, dado que essas adversidades não ocorrem isoladamente. As questões fiscais relacionadas à automação e à IA são complexas e exigem cooperação internacional para serem resolvidas de maneira eficaz. Abordagens fragmentadas podem resultar em disparidades fiscais e competitivas entre diferentes jurisdições, levando ao que se denomina *race to the bottom*¹² fiscal entre as nações.

Para enfrentar esses desafios, várias propostas têm sido apresentadas, como a criação de um imposto sobre automação, ou seja, tributar um “salário hipotético” dos robôs como se fossem trabalhadores humanos, e/ou recusar deduções fiscais para empresas que utilizam robôs.

Outras ideias incluem tributar o valor agregado das atividades dos robôs e oferecer preferências fiscais para trabalhadores humanos. Essas medidas teriam como objetivo equilibrar a concorrência entre o trabalho humano e a automação, mitigando os impactos negativos resultantes da substituição de trabalhadores.

Em uma visão mais radical, Korinek (2020, p. 244) manifesta a necessidade de atualizar as teorias econômicas sobre tributação. O autor aponta que, tradicionalmente, os sistemas fiscais foram projetados para taxar a renda do trabalho, mas, à medida que o trabalho humano se torna menos relevante, torna-se necessário repensar essas abordagens.

Korinek (2020, p. 245) manifesta que há razões econômicas robustas para interromper a tributação do trabalho humano, mesmo antes de ele se tornar completamente redundante devido à adoção de IA e robótica avançada. Ele compara a tributação do trabalho à tributação do capital e destaca que, do ponto de vista da eficiência econômica, seria mais benéfico tributar o capital

12 A “*Race to the Bottom*” fiscal (em tradução livre, corrida para o fundo do poço fiscal) é um fenômeno econômico em que governos de diferentes jurisdições (países, estados ou municípios) reduzem progressivamente impostos, regulamentações ou outras exigências fiscais e administrativas na tentativa de atrair investimentos, empresas e capitais. Esse processo geralmente ocorre em um contexto de competição global ou regional, no qual as autoridades buscam oferecer um ambiente mais favorável para negócios, mas acabam comprometendo a arrecadação tributária e, potencialmente, os serviços públicos.

a longo prazo, uma vez que tributar o trabalho pode se tornar ineficiente se a automação continuar a substituir os trabalhadores humanos.

Korinek (2020, p. 248) sugere que os proprietários de fatores fixos, como terra e certos recursos naturais, são candidatos naturais à tributação, pois suas propriedades se valorizam com o progresso tecnológico. Somente de forma excepcional a mão de obra qualificada, especialmente aquela que se beneficia do progresso tecnológico, poderia ser um alvo potencial para tributos.

Paralelamente, o autor manifesta (2020, p. 24) que devem ser buscadas fontes alternativas de receita tributária. Nesse contexto, externalidades, como a poluição, seriam alvos ideais para tributação, especialmente diante dos dilemas ambientais que parecem se aproximar.

Sob outro enfoque, Bogenschneider (2020, p. 5) destaca um ponto importante sobre a aplicação da moral tributária às novas tecnologias. Considerando que a IA generativa pode aprender e se adaptar, é necessário avaliar sua propensão a cumprir as obrigações tributárias. Nesse cenário, a adoção de algoritmos que observem o dever de cumprimento da legislação tributária surge como um componente essencial para o funcionamento eficaz do sistema fiscal, devendo ser considerada a capacidade das IAs de aprender habilidades para burlar esse dever.

A mitigação desse problema e o controle das novas tecnologias envolvem a necessidade de explicabilidade dos sistemas de IA, ou seja, a exigência de explicações claras sobre suas decisões e funcionamento, assim como as medidas adotadas para evitar vieses algorítmicos, garantindo que a IA não tenha objetivos ilícitos. Torna-se também necessária a incorporação dessas novas tecnologias pelas Administrações Tributárias, com o objetivo de tornar sua atuação mais ágil e eficaz no combate à evasão fiscal e ao planejamento tributário abusivo decorrente da aplicação das novas tecnologias.

A aplicação de IA pela Administração Fazendária pode contribuir decisivamente para uma melhor conformidade fiscal. Isso ocorre porque, além de assegurar a arrecadação, concretiza o ideal de desburocratização por meio da adoção de procedimentos mais céleres e de fácil entendimento. Com isso, promove-se a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, aproximando mais os contribuintes da Administração Pública.

Com olhar para outra adversidade, Francisco (2023, p. 167) aponta que um dos grandes desafios ao abordar o tema da tributação de IA e robôs é a definição clara e operacional dessas entidades para fins tributários, sem a qual torna-se difícil criar políticas fiscais eficazes. Por isso, é crucial estabelecer claramente o que constitui uma entidade tributável e qual seria a base tributável para IAs e robôs como medida preliminar para formular políticas fiscais adequadas.

A autora (Francisco, 2023, p. 170) analisa a possibilidade de se considerar os robôs como “entidades econômicas” que devem contribuir para a arrecadação fiscal. Uma das alternativas seria atribuir um “salário hipotético” aos robôs, de forma a garantir que as empresas que utilizam automação contribuam de maneira justa para os cofres públicos, com o objetivo de nivelar a distribuição da carga fiscal entre o trabalho humano e a automação.

Outro aspecto importante destacado por Francisco (2023, p. 172) é a necessidade de políticas que incentivem a requalificação dos trabalhadores humanos. A automação está transformando o mercado de trabalho e muitos empregos tradicionais estão sendo substituídos por tecnologias avançadas. Como consequência, programas de requalificação e incentivos fiscais tornam-se essenciais para ajudar os trabalhadores a se adaptarem a essa nova realidade. Nesse sentido, uma medida interessante seria a aplicação dos resultados fiscais provenientes da tributação sobre IA em apoio a essas políticas públicas.

Por fim, a rápida evolução dessas tecnologias, diante da necessidade de um acompanhamento fiscal adequado, exige flexibilidade nas políticas fiscais, o que representa mais um desafio a ser enfrentado. Assim, é fundamental que os sistemas fiscais sejam adaptáveis e capazes de responder rapidamente às mudanças. Uma das sugestões para mitigar esse problema seria a implementação de mecanismos de monitoramento e avaliação contínua, a fim de garantir que as políticas fiscais permaneçam eficazes e relevantes.

2. PROPOSTAS DE TRIBUTAÇÃO SOBRE IA E ROBÔS

Na União Europeia, o debate sobre como lidar com a tributação de IA e robôs é contínuo. Embora algumas propostas tenham sido discutidas, ainda não houve implementação concreta de exações específicas sobre essas tecnologias.

Em 2017, o Parlamento Europeu discutiu uma proposta que visava introduzir um imposto sobre robôs, com o objetivo de criar um fundo para ajudar na requalificação dos trabalhadores que perderiam seus empregos devido à adoção da automação. No entanto, essa proposta foi rejeitada. Muitos parlamentares e especialistas da indústria argumentaram que tal imposto poderia prejudicar a inovação e a competitividade da Europa no setor de robótica. Eles acreditavam que, ao taxar os robôs, as empresas poderiam ser desincentivadas a adotar novas tecnologias, o que poderia retardar o progresso tecnológico.

Embora a proposta de um imposto sobre robôs tenha sido rejeitada, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução para regulamentar o desenvolvimento de IA e robótica. A resolução inclui a criação de padrões éticos e um esquema de seguros para cobrir responsabilidades em caso de

acidentes envolvendo carros autônomos. O escopo da regulamentação é garantir que a Europa mantenha um papel de liderança no desenvolvimento de IA e robótica, promovendo a inovação de maneira responsável e ética. Em 2021, a Comissão Europeia atualizou o “Plano Coordenado sobre IA” (2024), com o intuito de acelerar os investimentos e implementar estratégias de IA, além de alinhar políticas comuns de adoção da tecnologia em toda a União Europeia.

O plano inclui iniciativas como parcerias público-privadas, centros de excelência em IA e hubs de inovação digital para facilitar o teste e a implementação de novas tecnologias. Embora esse plano não trate diretamente da tributação de IA ou robôs, ele demonstra o compromisso da UE em promover a adoção segura e ética dessas tecnologias.

Nos Estados Unidos, a discussão sobre como taxar a IA e os robôs ainda está em seus estágios iniciais, mas tem ganhado atenção no meio acadêmico. Assim como na Europa, o debate gira em torno de encontrar uma forma de equilibrar os benefícios econômicos dessas tecnologias com a necessidade de proteger os empregos e a arrecadação tributária.

Em um estudo de 2022 realizado por economistas do MIT (Dizikes, 2024), Arnaud Costinot e Iván Werning sugerem que um imposto sobre robôs pode ser útil, mas recomendam que essa tributação seja modesta. Os autores propõem uma taxa entre 1% e 3,7% sobre o valor dos robôs. O estudo indica que, embora os robôs possam contribuir para a desigualdade de renda, impostos muito altos poderiam frear a inovação e a adoção dessas tecnologias. A pesquisa destaca que pequenos impostos podem ajudar a mitigar os impactos negativos da automação sem prejudicar a competitividade.

Além do estudo do MIT, muitos artigos acadêmicos exploram como a tributação de IA e robôs pode ser usada para redistribuir os benefícios econômicos da automação (Chand; Kostic; Reis, 2020, p. 711). A ideia é que os ganhos de produtividade gerados por essas tecnologias sejam utilizados para financiar programas de requalificação e apoio aos trabalhadores que perderem seus empregos devido à automação.

Embora ainda não haja uma legislação específica para taxar diretamente IA e robôs, existe nos Estados Unidos um movimento crescente para regulamentar o uso dessas tecnologias. A ênfase tem sido na criação de normas éticas e de responsabilidade, especialmente em áreas como carros autônomos e outras aplicações de IA que têm consequências significativas para a segurança e o emprego.

No Brasil, a discussão sobre a tributação de IA e robôs ainda está em seus estágios iniciais e, até o momento, não existem propostas específicas formalizadas para taxar diretamente essas tecnologias. Contudo, há uma crescente preocupação com os impactos econômicos e sociais da automação, o que pode levar a debates futuros sobre possíveis formas de tributação.

A indústria brasileira está passando por um processo de adaptação às novas tecnologias de automação e IA. Embora o país ainda enfrente desafios significativos na adoção dessas tecnologias, especialmente entre pequenas e médias empresas, há um esforço contínuo para integrar robôs e IA em setores como manufatura e serviços. Programas de incentivo federais e estaduais têm sido implementados para fomentar o uso dessas tecnologias em diversas regiões do país, visando contribuir para a descentralização industrial – ainda muito concentrada nas regiões Sul e Sudeste – e aumentar a competitividade nacional (Universal Robots, 2023).

O Brasil promove o desenvolvimento de novas tecnologias por meio de programas de incentivos fiscais, como a Lei n. 11.196/2005 (conhecida como “Lei do Bem”), que, entre outras medidas, estabelece um regime especial de tributação para plataformas de exportação de serviços de tecnologia da informação, confere créditos fiscais e permite a dedução do lucro líquido do valor gasto com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica na apuração do imposto de renda devido.

Contudo, a substituição da mão de obra humana por robôs e IA se revela um problema ainda mais preocupante no Brasil quando se observa o déficit da previdência, que é um dos principais desafios a serem enfrentados. O país está passando por uma transição demográfica, na qual a população idosa está crescendo mais rapidamente que a população jovem. Com mais pessoas se aposentando e vivendo por mais tempo, há um aumento na demanda por benefícios previdenciários, enquanto a base de contribuintes diminui.

Ademais, o sistema previdenciário brasileiro é baseado em um modelo de repartição, no qual os trabalhadores ativos financiam os benefícios dos aposentados. O desequilíbrio entre as contribuições feitas pelos trabalhadores e os benefícios pagos aos aposentados tem se ampliado, contribuindo para o déficit. Em um sistema tão comprometido, a perda de arrecadação incidente sobre o trabalho revela-se particularmente preocupante.

Em contrapartida, o Brasil apresenta um atraso tecnológico quando comparado a países desenvolvidos, resultado de diversos fatores históricos, econômicos, sociais e políticos, o que afeta o desenvolvimento econômico do país e sua competitividade no cenário global. Nesse contexto, torna-se ainda mais preocupante a adoção de políticas fiscais que desestimulem as inovações. O aumento dos custos para as empresas que investem em automação pode desencorajar a modernização e o desenvolvimento tecnológico, agravando o problema da competitividade global do país.

Todavia, apesar dessas particularidades, observa-se globalmente que, ao tratar da substituição da mão de obra humana por IA e robôs, o dilema é o mesmo: equilibrar a contenção do desemprego com o incentivo à inovação, além da necessidade de manutenção da arrecadação tributária.

Sob essa perspectiva global, no relatório crítico sobre a tributação de IA e robôs, Chand e outros (2020) propõem que, em vez de tributar diretamente essas tecnologias, seriam mais viáveis alternativas, como a tributação dos benefícios econômicos gerados pela automação. A ideia seria focar na redistribuição dos ganhos de produtividade para financiar a requalificação de trabalhadores e outros programas sociais. Isso implicaria que as empresas que se beneficiam de forma significativa da redução de custos e do aumento de eficiência proporcionados pela automação pagassem impostos sobre esses benefícios, os quais seriam direcionados para programas de requalificação de trabalhadores e apoio social.

Assim, percebe-se que algumas propostas mais recentes têm se concentrado na redistribuição dos recursos gerados pela automação para apoiar a força de trabalho. Isso pode incluir incentivos fiscais para empresas que investem em programas de requalificação para seus funcionários ou que mantêm níveis de emprego humano enquanto adotam novas tecnologias.

A Alemanha é um exemplo de país que tem implementado com sucesso programas de requalificação e incentivos fiscais para a manutenção do emprego (Mendes, 2022). Estruturalmente, o modelo de *Mitbestimmung* (cogestão) permite que os trabalhadores não sejam apenas subordinados às decisões da administração, mas participem ativamente da tomada de decisões da empresa. Essa maior interlocução possibilita um equilíbrio mais eficaz entre automação e emprego humano.

Além disso, o país possui uma série de programas governamentais de aprendizagem e requalificação profissional, voltados para diferentes perfis de trabalhadores, desde jovens em início de carreira até profissionais que precisam atualizar suas habilidades para se adaptar às mudanças do mercado de trabalho. Dentre eles destacam-se: (1) o Sistema de Formação Profissional Dual (*Duales Ausbildungssystem*), que combina aprendizado teórico em escolas técnicas com formação prática dentro das empresas; (2) o Programa de Requalificação Profissional (*Umschulung*), destinado a trabalhadores que perderam seus empregos ou que precisam mudar de profissão para setores com maior demanda; (3) o Programa de Aperfeiçoamento Profissional (*Weiterbildung*), focado na atualização de conhecimentos para trabalhadores ativos, garantindo que continuem competitivos no mercado de trabalho; e (4) o Programa Qualificação por Oportunidade (*Qualifizierungschancengesetz*), que apoia empresas na requalificação de funcionários cujas funções estão em risco de automação ou obsolescência (Pateo, 2022).

Singapura adotou um modelo de desenvolvimento contínuo de habilidades e capacitação profissional da população ao longo da vida chamado *SkillsFuture* (CSIS, 2024). Lançado em 2015 pelo governo de Singapura, o programa tem como objetivo garantir que cidadãos e trabalhadores adquiram e atualizem competências essenciais para enfrentar os desafios do mercado

de trabalho em constante evolução, especialmente diante da transformação digital e das mudanças na economia global.

O funcionamento ocorre por meio de créditos de aprendizado de novas tecnologias para todos os cidadãos. Além disso, empresas que investem em treinamento de funcionários também recebem incentivos fiscais significativos, o que contribui para a requalificação contínua e o desenvolvimento profissional.

No Canadá, seu governo oferece incentivos fiscais para empresas que participam do Canada Training Benefit (CTB, Canada, 2022), um programa que subsidia a requalificação profissional e a educação contínua, garantindo que os trabalhadores possam adquirir novas habilidades e se adaptar às mudanças no mercado de trabalho.

Lançado como parte do Orçamento Federal Canadense de 2019, o CTB visa ajudar cidadãos a se adaptarem às mudanças no mercado de trabalho, facilitando o acesso a treinamentos e cursos de atualização. Com isso, o programa contribui para a redução do desemprego estrutural, ao facilitar a transição para setores com maior demanda, uma maior inclusão social, permitindo que trabalhadores de diferentes faixas etárias e setores tenham oportunidades de crescimento profissional e, por fim, uma maior produtividade econômica, ao garantir que os cidadãos estejam capacitados para enfrentar desafios do mercado de trabalho moderno.

Esses incentivos fiscais e os programas de requalificação têm mostrado resultados positivos em termos de adaptação dos trabalhadores às novas demandas do mercado, uma vez que, requalificados, esses estão mais habilitados para empregos de maior valor agregado, melhorando sua segurança empregatícia e aumentando sua renda (WEF, 2023). Ademais, como decorrência dessas políticas públicas, as empresas se beneficiam de uma força de trabalho mais qualificada, o que pode levar a maiores níveis de inovação e produtividade.

Finalmente, sob outra ótica, o advento das novas tecnologias deve ser aproveitado pelas administrações fazendárias como medida para garantir melhor cumprimento da obrigação tributária. Com isso, garante-se não apenas mais recursos para cumprimento dos deveres da Administração Pública, mas uma distribuição da carga tributária mais correta na sociedade e, assim, uma melhor justiça tributária.

Com efeito, a implementação de inovações tecnológicas permite a otimização e maior eficácia e agilidade das ações da Administração Tributária no combate à evasão fiscal, além de consolidar a transparência e a responsabilidade na gestão pública.

Nesse sentido, as Administrações Tributárias têm incorporado de maneira crescente a IA como uma abordagem estratégica para garantir a

conformidade com as obrigações fiscais e aprimorar a eficiência na aplicação dos recursos públicos no desempenho de suas atividades (Lietz, 2021).

Todavia, a alegação de uma maior eficiência da Administração não deve ser utilizada como fundamento válido para a violação de direitos fundamentais, como a legalidade, a igualdade, a privacidade e a proteção de dados. Considerando que a IA é uma tecnologia que minimiza a ação humana, é imperativo ponderar os riscos potenciais de infringir as garantias dos cidadãos.

Com isso, também para a Administração Fazendária é essencial que esses sistemas de IA sejam elaborados de forma a possibilitar a identificação dos critérios que fundamentaram suas decisões.

CONCLUSÃO

A busca humana por maior produtividade é uma constante ao longo da história. Atualmente, vivemos a Quarta Revolução Industrial, caracterizada pela integração de tecnologias digitais, físicas e biológicas que remodelam a sociedade e os processos produtivos de maneira inovadora.

Tecnologias como Internet das Coisas, IA, *Machine Learning*, Big Data, Computação em Nuvem, Manufatura Aditiva, Robótica Avançada, Sistemas Ciberfísicos, Realidade Aumentada e Realidade Virtual têm o potencial de transformar radicalmente o mundo do trabalho.

A IA, por exemplo, evoluiu para desempenhar tarefas complexas antes restritas à inteligência humana, enquanto a robótica avançada permite a automação de atividades autônomas em diversos setores.

Entretanto, essas inovações também impõem desafios significativos. A automação pode resultar na substituição de empregos em larga escala, impactando a arrecadação fiscal e aumentando a necessidade de programas de requalificação profissional e proteção social. Estudos indicam que uma parcela considerável dos empregos atuais está suscetível à automação, exigindo a implementação de políticas eficazes para mitigar os impactos socioeconômicos.

Uma das soluções propostas para enfrentar esses desafios envolve a redistribuição dos recursos gerados pela automação, de modo a apoiar a força de trabalho. Estratégias como incentivos fiscais para empresas que investem em programas de requalificação ou que mantêm níveis de emprego humano enquanto adotam novas tecnologias têm se mostrado eficazes em diversos países.

Exemplos bem-sucedidos incluem a cogestão empresarial na Alemanha, que permite a participação dos trabalhadores nas decisões corporativas; o programa SkillsFuture em Singapura, que oferece créditos de aprendizado contínuo para cidadãos; e o Canada Training Benefit, que concede incentivos

fiscais para empresas que investem na capacitação profissional de seus funcionários.

Essas iniciativas demonstram que, com políticas bem estruturadas, é possível equilibrar inovação tecnológica e segurança no emprego. Para isso, é fundamental que os programas de requalificação estejam alinhados com as demandas do mercado, garantindo o desenvolvimento de habilidades relevantes e acessíveis a todos os trabalhadores, independentemente de sua localização ou setor. Além disso, a análise criteriosa das políticas fiscais associadas à automação é essencial para evitar impactos negativos na economia e na sociedade.

A tributação de robôs e da IA surge como uma alternativa para compensar possíveis perdas na arrecadação e garantir uma distribuição mais equitativa dos benefícios da automação. No entanto, essas medidas devem ser implementadas de forma estratégica, de modo a não desestimular a inovação e o desenvolvimento tecnológico, que são fundamentais para o progresso econômico.

Com isso, as políticas fiscais precisam evoluir para responder a desafios e oportunidades trazidos pela automação e pela IA. Apenas através de uma análise cuidadosa e da implementação de políticas justas e eficazes será possível garantir que a automação beneficie toda a sociedade, enquanto mitigamos os impactos negativos no emprego e na arrecadação fiscal.

Além disso, a modernização das Administrações Tributárias, impulsionada pelo avanço da IA, pode contribuir significativamente para o combate à sonegação fiscal e o aumento da conformidade tributária. Dessa forma, a revolução tecnológica não deve ser vista apenas como um desafio, mas também como uma oportunidade para aprimorar os mecanismos de arrecadação e fiscalização.

Por fim, a Quarta Revolução Industrial apresenta oportunidades sem precedentes para o desenvolvimento, mas também impõe desafios que exigem respostas bem planejadas. A implementação de políticas fiscais equilibradas e o incentivo à requalificação profissional são fundamentais para garantir que a automação beneficie tanto empresas quanto trabalhadores, promovendo um crescimento econômico sustentável e inclusivo. Com uma abordagem coordenada e estratégica, é possível navegar essa nova era tecnológica de forma a maximizar seus benefícios para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BOGENSCHNEIDER, Bret N. Will Robots Agree to Pay Taxes? Further Tax Implications of Advanced AI. *NCJL & Tech.*, v. 22, p. 1, 2020. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol22/iss1/2>. Acesso em: 8 jul. 2024.

CANADA. *Canada Revenue Agency (CRA)*. [S.l.]: [s.n.], 2022. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency.html>. Acesso em: 11 fev. 2025.

CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNACIONAL STUDIES – CSIS. *Artificial Intelligence and the Future of Singapore's Foreign Workforce*. [S.l.]: CSIS, 2024. Disponível em: <https://www.csis.org/blogs/new-perspectives-asia/artificial-intelligence-and-future-singapores-foreign-workforce>. Acesso em: 10 fev. 2025.

CHAND, Vikram; KOSTIC, Svetislav; REIS, Ariene. Taxing. Artificial Intelligence and Robots: Critical Assessment of potential Policy Solutions and Recommendation for Alternative Approaches-Sovereign Measure: Education Taxes/Global MEASURE: Global Education Tax or Planetary Tax. *World Tax J.*, p. 711, 2020.

DE ARAÚJO, Rayra Farias. Inteligência Artificial: as implicações jurídicas da inteligência artificial nas relações de emprego. *Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, v. 10, n. 2, 2023.

DIZIKES, Peter. Should we tax robots? *MIT News*, 2022. Disponível em: <https://news.mit.edu/2022/robot-tax-income-inequality-1221>. Acesso em: 8 jul. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*. [S.l.]: EC, 2021. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/plan-ai>. Acesso em: 30 dez. 2024.

FRANCISCO, Maria Matilde da Costa Lavouras. Disrupções tecnológicas e a relação jurídica tributária: a tributação na era dos multi (uni) versos. *Desafios ao Estado Fiscal*, p. 167-190, 2023. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/113325>. Acesso em: 30 dez. 2024.

HARIDY, Rich. EU move to bring in AI laws, but reject robot tax proposal. *New Atlas*, 2017. Disponível em: <https://newatlas.com/eu-robot-law-proposal-passes-parliament/47971/>. Acesso em: 30 dez. 2024.

ROITMAN, Agustin; PERALTA, Adrian. *Technology and de Future of Work*. IMF Working Paper, p.13-14, 2018. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2018/207/article-A001-en.xml>. Acesso em: 31 dez. 2024.

KORINEK, Anton. Taxation and the Vanishing Labor Market in the Age of AI. *Ohio St. Tech. LJ*, v. 16, 2020. Disponível em <https://core.ac.uk/reader/323061992>. Acesso em: 30 dez. 2024.

LIETZ, Bruna. *O uso da inteligência artificial e a fiscalização dos contribuintes na perspectiva dos direitos e deveres da relação tributária*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2021.

MENDES, Vinícius. A economia política da inteligência artificial: o caso da Alemanha. *Revista de Sociologia e Política*, v. 30, p. 2003, 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *OECD Employment Outlook 2023: Artificial Intelligence and the Labour Market*. Paris: OECD, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/08785bba-en>. Acesso em: 30 dez. 2024.

PATEO, Felipe Vella; SILVA, Sandro Pereira. O Sistema alemão de qualificação profissional: complementaridades institucionais e desafios contemporâneos. *Revista Tempo do Mundo*, n. 28, abr. 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/13318/1/Tempo_Mundo_28_artigo10_o_sistema_alemao.pdf. Acesso em: 11 fev. 2025.

UNIVERSAL ROBOTS. *Robótica no brasil: conheça a história e o cenário atual do setor no país*. [S.l.]: Universal Robots Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.universal-robots.com/br/blog/rob%C3%B3tica-no-brasil-conheca-a-hist%C3%B3ria-e-o-cen%C3%A1rio-atual-do-setor-no-pa%C3%ADs/>. Acesso em: 30 dez. 2024.

WORLD ECONOMIC FORUM. Relatório sobre o Futuro dos Empregos 2023: Espera-se que até um quarto dos empregos mude nos próximos cinco anos. *News Release*, [2023]. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2023_News_Release_Pt_BR.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

Recebido: 31/12/2024

Aprovado: 13/03/2025

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A REGULAÇÃO: AUTOVINCULAÇÃO COMO MECANISMO PROMOTOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

*THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND
REGULATION: SELF-BINDING AS A MECHANISM
FOR ENSURING LEGAL CERTAINTY*

João Paulo Fornari¹

Luciano Ferraz²

- ¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público (constitucional, administrativo e tributário) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU).
- ² Pós-doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutorado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor Titular de Direito Administrativo e da pós-graduação em Direito Administrativo da UFMG. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Administrativo da PUC Minas.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O controle das agências reguladoras pelo TCU. 2. Autovinculação: conceito, bases normativas e aplicação ao TCU. 3. Autovinculação no TCU: instrumentos em espécie e pertinência da intensificação de seu uso. 3.1. Incidente de uniformização de jurisprudência. 3.2 Súmula. 3.3. Atos normativos. 3.4. Consultas. 3.5. A relevância das instruções normativas e o baixo uso dos demais instrumentos de autovinculação. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo sustenta, mediante revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, que a adoção de instrumentos de autovinculação pelo Tribunal de Contas da União (TCU) é capaz de gerar maior segurança jurídica nas relações do órgão com seus jurisdicionados, em especial com as agências reguladoras. Busca-se estimular um maior uso, por parte do TCU, de instrumentos previstos em seus normativos internos, que são pouco explorados, embora ostentem potencial de tornar a atuação controladora mais previsível e coerente. Compreende-se, ademais, que edição de instruções normativas na seara regulatória, em vez de representar indevida expansão da competência da Corte de Contas, consiste em instrumento de autocontenção no exercício de suas competências.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Controle. Autovinculação. Tribunal de Contas da União (TCU). Agências reguladoras.

ABSTRACT: This article argues, through a literature review and case law analysis, that the adoption of self-binding instruments by the Brazilian Federal Court of Accounts (Tribunal de Contas da União – TCU) can enhance legal certainty in the institution’s relationship with its audited entities, especially regulatory agencies. It seeks to encourage greater use by the TCU of the instruments provided in its internal regulations, which remain largely underutilized despite their potential to make oversight actions more predictable and consistent. Furthermore, the article contends that the issuance of normative instructions in the regulatory sphere, rather than representing an undue expansion of the Court’s powers, should be understood as a mechanism of self-restraint in the exercise of its competences.

KEYWORDS: Legal certainty. Oversight. Self-binding. Brazilian Federal Court of Accounts (TCU). Regulatory agencies.

INTRODUÇÃO

A sensação de segurança é anseio humano básico, relacionado à necessidade de proteção e estabilidade das relações (Nohara; Fernandes, 2021). Ao Direito cumpre endereçar essa aspiração por meio da promoção da ordem e da organização (Duque; Ramos, 2019).

Cidadãos expectam padrões duradouros de comportamento do Estado, fundamentalmente na elaboração e na aplicação do ordenamento jurídico. Essa postura visa infundir tranquilidade aos indivíduos, com a permanência, ao menos parcial, do “velho no novo” (Couto; Silva, 2021), traduzindo imperativos de coerência³ e previsibilidade que compõem a noção de *segurança jurídica*.

Em âmbito administrativo, um dos instrumentos destinados ao incremento da segurança jurídica é a *autovinculação*,⁴ que ultrapassa a observância de leis e decisões judiciais, pois atribui ao próprio comportamento da Administração, materializado em atos administrativos individuais e normativos, uma força condicionante de seu agir futuro (Souza, 2022, p. 20). Em outras palavras, trata-se da autolimitação voluntária da Administração, a partir da fixação de parâmetros e critérios decisórios gerais e abstratos limitativos dos sentidos possíveis da decisão concreta, incluindo o respeito a posições adotadas em atos anteriores (Bitencourt Neto, 2017).

A transposição dessa noção à seara do controle, no sentido de se incrementar o alinhamento, por parte das instâncias controladoras, a decisões anteriores, seja por meio da expedição de regulamentos ou por outros mecanismos que se destinem a uniformizar jurisprudência, se mostra iniciativa promissora e coerente com exigências normativas recentes.⁵

3 “Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento” (Streck, 2020, p. 44).

4 Optou-se pela utilização do arcabouço teórico atinente à autovinculação administrativa em detrimento daquele ligado aos precedentes administrativos. Isso porque os últimos derivam da tradição do *common law*, cujas distinções em relação ao modelo jurídico nacional levam parcela da doutrina a criticar a própria ideia de que no Brasil se aplicaria a técnica do *stare decisis*, inexistindo, por consequência, um “sistema de precedentes” (Streck, 2020, p. 352-355). Especificamente na seara administrativa, Luís Vale resume as principais dificuldades da aplicação do instituto: “Os principais exemplos de dificuldades operacionais do sistema de precedentes brasileiro (incluído o também incipiente sistema de precedentes administrativos) podem ser assim enumerados: a) tomar ementa por precedente; b) não distinguir, de maneira adequada o que é *ratio decidendi/holding* (razão determinante para decidir – parte vinculante do precedente judicial) e o que é *obiter dictum* (dito de passagem – parte não vinculante); c) aplicar o precedente judicial apenas com base no método *subsuntivo*; d) não levar em consideração os fatos substanciais relevantes para o julgamento do caso (*material facts*); e) inadequada motivação das decisões judiciais; f) realização de distinções inconsistentes, muitas vezes com o intuito de não aplicar o precedente obrigatório (*inconsistent distinguishing*); g) cultura jurídica não adaptada a lidar com a análise de casos (cases); h) modelo decisório dos Tribunais que, muitas vezes, obstaculiza a extração da *ratio decidendi*, em razão da ausência de fundamentos determinantes, dentre outros” (Vale, 2022, p. 116-117).

5 A exemplo do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”; e dos art. 19 a 25 do Decreto 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 a 30 da LINDB.

Por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, objetiva-se sustentar, neste artigo, que a adoção de medidas de autovinculação direcionadas ao exercício da atuação controladora do Tribunal de Contas da União (TCU) é capaz de incrementar a previsibilidade e a estabilidade nas relações do órgão com seus jurisdicionados, de modo especial com as agências reguladoras, em virtude de sua autonomia reforçada.

Além desta introdução, o texto se divide nos seguintes tópicos: (i) o controle das agências reguladoras pelo TCU; (ii) autovinculação: conceito, bases normativas e aplicação ao TCU; (iii) autovinculação no TCU: instrumentos em espécie e pertinência da intensificação de seu uso; e (iv) considerações finais.

1. O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU

Uma das instituições mais relevantes no contexto brasileiro, quando se considera o controle exercido sobre a Administração Pública, é o TCU, ao qual compete, por múnus próprio e em auxílio ao Congresso Nacional, o exercício de parcela relevante do controle externo da Administração Pública. Esse controle se materializa na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração direta e indireta federal, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 e 71 da Constituição de 1988 – CRFB/1988).⁶

Ressalte-se que o fato de colaborar com o Legislativo no desempenho desse mister não torna a Corte de Contas “órgão auxiliar” do Parlamento, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional (Britto, 2005; Forni, 2024), uma vez que recebe atribuições exclusivas – e inconfundíveis com as das Casas Legislativas – diretamente da Carta Maior, com vista à realização de amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira do Estado (Moreira Neto, 2014; Forni, 2020).

Tradicionalmente vocacionado a verificar o bom uso dos recursos públicos federais por meio de prestações e tomada de contas, bem como de auditorias de regularidade, procedimentos cujo foco recai em questões econômico-financeiras e de cunho mais formalista, o TCU buscou, especialmente a partir da década de 1990, diversificar seus trabalhos, migrando

6 O controle da Administração Pública, nos moldes do art. 70 da CRFB/1988, é repartido constitucionalmente entre o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o sistema de controle interno de cada Poder. Ferraz (1999, p. 77-78), em tipologia tripartida, que abarca o controle parlamentar, o controle administrativo e o controle jurisdicional, cinge o primeiro na vertente direta “quando exercitado por *motu proprio* pelo Poder Legislativo” e na vertente indireta, “quando efetivado pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas”.

esforços para um controle voltado a avaliações de performance e resultados⁷ – em consonância com o movimento de outras Instituições Superiores de Controle⁸ mundo afora.

Paralelamente, a partir de meados da década de 1990, implementou-se, no Brasil, a Reforma do Aparelho do Estado, cujo ideário se alinhava aos ventos da administração gerencial,⁹ que defendia a reorientação da atuação pública. A intervenção estatal na economia, na modalidade direta, deveria ceder espaço à prestação privada de serviços públicos.

Naquele momento, a desestatização de serviços públicos se deu, via de regra, por meio de contratos de concessões, com a consequente acentuação da obrigação estatal de fiscalizá-los. A regulação¹⁰ da prestação desses serviços foi cometida a “autarquias em regime especial” denominadas agências reguladoras, criadas por leis específicas.¹¹

A regulação por entidades independentes ganha relevo, inicialmente, nos Estados Unidos da América, a partir da década de 1930, na esteira da percepção de que o livre funcionamento dos mercados pode comprometer, em alguma medida, a concretização de outros importantes valores, a exemplo do bem-estar dos cidadãos. Já na segunda metade do século XX, o modelo se espalha para a Europa e outras localidades, justamente na linha do movimento reformista que influenciou o Brasil – pregava-se a menor intervenção estatal na economia, inclusive na seara dos serviços públicos, que deveriam passar a ser prestados primordialmente por agentes privados, sob regulação e supervisão do Estado.

Subjacente à iniciativa, residia a ideia de que estruturas apartadas do poder central seriam mais aptas a mediar os setores regulados, com distanciamento tanto dos interesses privados dos prestadores quanto do

7 Speck (2000, p. 155) comenta a respeito da variedade de nomenclaturas utilizadas em referência a esse tipo de trabalho: “As denominações mais frequentes são ‘auditoria operacional’, em contraste com a tradicional ‘auditoria financeira’, ‘controle do mérito’ em contraposição a ‘controle da legalidade’, ‘avaliação’ em contraste com ‘controle’, ‘auditoria de gestão’, ‘auditoria administrativa’ ou ‘auditoria interna moderna’, chamando a atenção para a origem histórica dessa forma de auditoria, ‘avaliação de programas’, ‘auditoria de impacto’ e muitas outras”.

8 O termo designa “a instituição pública de um Estado ou organismo supranacional que exerce o mais elevado grau de auditoria pública do Estado ou do organismo supranacional, de maneira independente, com ou sem função jurisdicional” (INTOSAI, s.d.)

9 Segundo Bresser-Pereira (2006, p. 28-29), as características básicas que definem a administração gerencial são: a orientação para cidadão e o foco na obtenção de resultados; a pressuposição de que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; a adoção da estratégia de descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato, visando à eficiência.

10 A regulação é aqui entendida como “atividade que envolve a normatização e a fiscalização de atividades econômicas (privadas e públicas) pelo Poder Público, e que possui caráter de mediação de interesses (interesses dos usuários, interesses fiscais, interesses privados, interesses ‘gerais’), além de pretensões de consensualidade” (Mendonça; Tosta, 2021, p. 12).

11 Atualmente, de acordo com o art. 2º da Lei n. 13.848/2019, as agências reguladoras são as seguintes: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

próprio governo e da ingerência política. A neutralidade, a autonomia, a tecnicidade e a especialização são características essenciais a essas entidades, para que possam bem desempenhar seu papel.

As agências reguladoras brasileiras foram desenhadas em consonância com esse ideário, dotadas, portanto, de autonomia frente aos diversos atores do setor regulado (e até mesmo em relação ao governo), bem como aparelhadas de modo a desempenharem suas atividades com elevado grau de tecnicidade – entendidas como “fiadoras do compromisso regulatório”.¹²

Com a criação dessas entidades reguladoras, a competência¹³ primária de fiscalização das concessões de serviços públicos lhes foi atribuída. Entretanto, dado o enorme volume de recursos envolvidos e a relevância social dos serviços, o TCU formatou, mediante deliberações processuais e atos normativos, a maneira como se daria o controle dos serviços desestatizados. Dirigiu, pois, sua atenção à avaliação da atuação das agências – em um controle das concessões dito “de segunda ordem”,¹⁴ por intervir apenas indiretamente sobre os serviços delegados à iniciativa privada.

Houve, como é possível inferir, uma espécie de choque entre a atuação remodelada do TCU e o desenho das agências. O ponto exato em que termina a autonomia das últimas e começa o adequado controle do primeiro é objeto de grande celeuma doutrinária. Por um lado, há corrente que defende a exclusão do TCU do controle da regulação das concessões de serviços públicos,¹⁵ ou ao menos a inconstitucionalidade das normas internas que formatam esse controle.¹⁶ A Corte de Contas teria pretensões de ser o Conselho de Estado brasileiro, que a tudo controla – até mesmo entes desenhados para atuar com ampla autonomia. Essa corrente denuncia a aspiração do Tribunal a ser o “revisor geral de toda a atividade administrativa” (Medeiros, 2022, p. 267), com risco de tornar-se um “superórgão” (Cabral, 2021, p. 16). Por outro lado, já se atestou que a ação do TCU no arranjo regulatório, dada sua vocação universalista, é benéfica aos usuários, garantindo transparência e aperfeiçoamento no processo decisório das agências, o que resulta em incremento da modicidade tarifária (Menezes, 2015).¹⁷

12 A expressão é de Pereira (2019, p. 13).

13 O termo “competência” designa a habilitação de determinada estrutura para atuar no âmbito que lhe foi fixado, sendo categoria jurídica que legitima e limita o exercício do poder estatal (Dutra; Reis, 2020, p. 73).

14 Segundo Zymler (2015, p. 199), o controle de segunda ordem é uma ação que “não visa a controlar a concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados”.

15 Dutra e Reis (2020, p. 19-19) afirmam que: “a Constituição não outorga ao Tribunal de Contas da União competência para intervir na regulação e na concessão de serviços públicos, seja no momento da formação, seja no momento da execução do contrato”.

16 Rosilho (2019, p. 259-260) argumenta que “tanto a instrução normativa 27/1998, como a Instrução Normativa 81/2018 [que regulamentam o controle da regulação no TCU], são inconstitucionais e ilegais”, pois “alargaram o campo do controle preventivo criado pela legislação para o Tribunal”.

17 Em um sentido ainda mais amplo, Rossi (2017, p. 251-256) defende que o Tribunal de Contas é agente fundamental para qualidade da democracia brasileira, advogando inclusive a ampliação de seus poderes, para que suas decisões apenas pudessem ser revistas pelo Judiciário quanto a aspectos formais. Dessa forma, o órgão de controle contribuiria ainda mais para a *accountability* (vertical e horizontal).

Uma das causas do embate é o fato de os limites da atuação do TCU não estarem claros na CRFB/1988. Há zonas de certeza em relação ao que abarcaria referido controle, mas em diversos casos concretos os contornos são turvos, dando azo a posições marcadamente antagônicas. Qual o preciso escopo do controle operacional? Qual a abrangência dos critérios de legalidade, legitimidade e economicidade? A atuação das agências, as quais fiscalizam primariamente as concessões, satisfaz direta ou indiretamente o tradicional critério do potencial desperdício de recursos públicos, que atrai a competência controladora do TCU? A atuação do Poder Judiciário é suficiente para averiguar a adequação, ou mesmo a legalidade, de medidas regulatórias levadas a cabo pelas agências? Existe uma maneira técnico-juridicamente mais adequada de controlar a atuação das agências? O TCU seria um guardião da regulação?¹⁸ São perguntas em aberto, cujas respostas são amplamente disputadas, especialmente na seara acadêmica.

A resposta mais promissora no sentido de direcionar a atuação da Corte de Contas de modo que respeite a autonomia das agências reguladoras, sem descurar de seu poder-dever fiscalizatório, foi formulada por Mendonça, que propôs seus seis standards que devem orientar o controle da regulação:

- (i) Quanto à atividade-meio das agências reguladoras, os Tribunais de Contas possuem ampla competência: o controle deve ser feito como de usual em qualquer autarquia.
- (ii) Quanto à atividade-fim das agências reguladoras, vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expendidas pela agência.
- (iii) Os Tribunais de Contas podem exercer controle pleno sobre (a) vícios procedimentais da decisão ou da elaboração da norma, (b) vícios de participação (ausência de audiência ou de consulta pública; inexistência de *hard look review*, considerado este em termos razoáveis).
- (iv) Os Tribunais de Contas podem atuar em controle pleno quando, respeitado o *standard* (ii), houver clara e inequívoca omissão regulatória.
- (v) Os Tribunais de Contas podem atuar em controle pleno quando, respeitado o *standard* (ii), a agência estiver praticando ilegalidade rigorosamente literal.
- (vi) Quanto à qualidade da regulação efetuada pelas agências, os Tribunais de Contas devem agir apenas expedindo recomendações não vinculantes (Mendonça, 2012, p. 162-163).

18 Sobre esse aspecto, Nascimento, Forni e Soares (2025) demonstram que o TCU não ostenta as características institucionais *regulatory oversight body* (ROB), que seria um “guardião da regulação” com competência de supervisão regulatória.

De todo modo, o que se pode inferir desse quadro é que os limites do controle da regulação são nebulosos. O que se buscará, na sequência, é argumentar que institutos de autovinculação permitem reduzir a imprevisibilidade decorrente desse arranjo, que pode ser comparado a um “diálogo fora do esquadro”, pois

[...] embora o controle se dê dentro da ordem constitucional, jamais o enquadramento constitucional foi arquitetado considerando a dinâmica de controle entre uma Agência Reguladora dotada de autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo e um TCU com competência operacional. Isso traz consequências concretas à dinâmica de controle para além da natural complexidade e incerteza jurídica (Marques Neto; Palma, 2020, p. 206).

2. AUTOVINCULAÇÃO: CONCEITO, BASES NORMATIVAS E APLICAÇÃO AO TCU

Já se afirmou, na introdução, que a autovinculação se relaciona à limitação voluntária que certa instituição impõe a si mesma no que concerne a decisões futuras, que ficam restringidas por parâmetros gerais e abstratos. Acrescente-se que a autovinculação pode ainda ser viabilizada por mecanismo de concertação administrativa, entendida como a “pactuação de critérios e parâmetros para a definição dos sentidos possíveis da decisão concreta” (Bitencourt Neto, 2017, p. 269). Nesse sentido, Schirato (2025, p. 449-450) afirma que os atos consensuais criam, modificam ou extinguem relações jurídicas por meio de acordos, expressando uma normatividade autônoma autovinculativa, estabelecendo “*ex novo* regras para uma determinada relação jurídica de forma **vinculante** à Administração Pública, ao particular contratado e, eventualmente, terceiros envolvidos” (grifo nosso).

Como vantagens da autovinculação, a literatura enumera: incremento da certeza, da previsibilidade e da segurança; mitigação de riscos relativos à aplicação não igualitária do Direito, valorizando a tutela da confiança em detrimento de decisões casuísticas, com maior garantia de imparcialidade; contribuição para a simplificação administrativa; maior celeridade; e aumento da transparência do processo de formação da decisão administrativa (Bitencourt Neto, 2017). Entre as desvantagens, cita-se a eventual violação do dever de “atualização ponderativa do interesse público face às circunstâncias concretas de cada situação” (Otero, 2003, p. 852), bem como à igualdade, pelo risco de “petrificar, através de critérios gerais e abstractos, aquilo que a lei queria que fosse ponderado caso a caso” (Sousa, 2008, p. 198).

Dentre as condições¹⁹ que a autovinculação administrativa deve respeitar, segundo Bitencourt Neto, destacam-se a possibilidade de (i) “autodesvinculação”, pois os critérios de predeterminação de sentido das decisões não podem ser imutáveis, sendo passíveis de superação após análise que demonstre razões sólidas para tanto; bem como a (ii) verificação do efetivo enquadramento do caso concreto nos critérios predeterminados. A última condição remete ao dever atribuído ao decisor de analisar o caso concreto à luz dos interesses prevaletentes, no que se assemelha à análise dos casos não autovinculados, com a diferença de que, presentes os pressupostos autovinculantes, o sentido da decisão já se encontra, ao menos *a priori*, predefinido (Bitencourt Neto, 2017).

Esse arcabouço teórico se coaduna com as disposições do art. 30, *caput* e parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que estatui o dever de as autoridades públicas atuarem para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, afirmando o caráter vinculante desses instrumentos em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.²⁰

Modesto (2022, p. 148-149) afirma que autovinculação se liga aos princípios da igualdade, da boa-fé e da segurança jurídica, tendo em vista que “a reiteração de um mesmo modo de decidir em casos concretos impõe que o mesmo padrão seja adotado nas demandas futuras de mesma natureza”, a não ser que haja “motivação especial, fundada em alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público”. O jurista conceitua o instituto, em sentido estrito, como uma hipótese de “redução da discricionariedade, no âmbito dos atos concretos da Administração Pública, de invocação especialmente útil para impedir atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público”.

Aduz ainda que “o tempo, por si mesmo e enquanto tal, não pode servir de critério de discriminação entre situações equivalentes” (Modesto,

19 Fez-se menção a apenas duas das condições referidas pelo autor porque se entende que a terceira, qual seja “não pode implicar a completa eliminação da margem de livre decisão administrativa”, não se coaduna à própria ideia de autovinculação, uma vez que, em diversos casos, o instituto resultará na eliminação da margem de livre decisão administrativa.

20 É relevante pontuar que é possível traçar um paralelo entre a base teórica da autovinculação e a teoria dos atos próprios, assim sintetizada por Cortes Neto (2011, p. 12-13): “A sua *ratio* poderia ser extraída do artigo 187 do Código Civil (CC), em que se reprimiu o abuso de direito, tendo em vista que o *venire* nada mais é do que o exercício abusivo de um direito subjetivo. Dessa maneira, é vedado ao sujeito, que tenha tomado certas atitudes em determinada direção, e por isso, gerado a expectativa de que a sua palavra seria mantida ao passar do tempo, venha a bruscamente mudar o rumo de sua atitude, vindo a causar danos ao expectante, por violação da legítima expectativa suscitada. A citada teoria possui uma vertente positiva e outra negativa, sendo que a primeira funciona no sentido de uma exigência de conduta coerente, com observância da palavra dada, enquanto a sua vertente negativa tem por escopo a proibição de adoção de condutas contraditórias. Deve ser destacado que por ter como fundamento o princípio da confiança legítima, a aplicação da teoria dos atos próprios independe do elemento subjetivo da atuação do agente, já que, no caso, a responsabilidade é aferida de forma objetiva”. No entanto, maiores digressões sobre o tema escapam ao escopo do presente trabalho.

2022, p. 148-149), no que concorda com Bandeira de Mello (1984, p. 42-44), para quem o tempo não se presta a conferir “tratamentos díspares, sem com isto pelear à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado”. Impende observar, todavia, que a mudança de circunstâncias ao longo do tempo – que não se assemelha ao mero transcurso temporal – pode ensejar legítimo *discrimen*.

Ainda segundo Modesto (2022), a autovinculação tem por desiderato antecipar ou concretizar parcialmente, em contextos concretos, parâmetros de controle do exercício futuro da discricionariedade, inclusive por atos do próprio Poder Público, que podem ser unilaterais – regulamentos,²¹ atos e promessas unilaterais – ou convencionais – compromissos, acordos, termos de ajustamento de conduta. A adoção do instituto é útil, pois:

- a) evita disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes;
- b) reduz o risco de litígios acerca da aplicação da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória;
- c) acelera a capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas;
- d) antecipa decisões futuras em matérias de alta incerteza, facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração, ou a adesão de terceiros a políticas públicas (Modesto, 2022, p. 156).

Para o jurista, a autovinculação pode ser involuntária, quando decorrente de precedentes administrativos, bem como voluntária (intencional). Nesse caso, pode se dar unilateral ou bilateralmente (Modesto, 2022).

A autovinculação bilateral se dá por meio de acordos, contratos ou convenções, ao passo que a voluntária unilateral se divide em concreta e abstrata. Naquela, o esforço se dirige a evitar a quebra da confiança pela ocorrência de atos contraditórios no bojo de uma mesma relação jurídica, com identidade de partes; na abstrata, remete-se à edição de atos normativos cuja “função lógica”, no dizer de Modesto (2022, p. 157 e 162-163), é “vincular os atos singulares da própria Administração Pública, inclusive os atos da autoridade que os emitiu”. Em outras palavras, obriga-se o órgão que exarou a norma a respeitar suas próprias prescrições gerais em casos singulares submetidos à sua apreciação, em razão do princípio da inderrogabilidade

21 Para Bitencourt Neto (2017, p. 279-280), a discricionariedade tem por consequência a competência para que o decisor defina os termos do exercício de seu “espaço de escolha”, o que pode ser feito por meio da predeterminação de parâmetros, condições e requisitos em regulamentos (normas internas ao órgão/à entidade), que assumem caráter de vinculatividade formal para o órgão emissor, não podendo ser desrespeitados nos casos concretos.

singular dos regulamentos,²² ressaltando-se que a limitação incide apenas até a edição de nova norma administrativa geral e abstrata. São três as suas principais funções:

- a) especificar e operacionalizar os comandos legais, integrando, sem criar direitos ou obrigações ao cidadão, aspectos operacionais reclamados para ampliar a eficácia da lei;
- b) disciplinar aspectos da lei que ensejam atuação administrativa discricionária, evitando disparidades na aplicação concreta da norma legal; e
- c) adequar o funcionamento e a organização dos órgãos e entidades públicos a necessidades do momento, na hipótese dos regulamentos organizativos (Modesto, 2022, p. 162).

Via de regra, os autores que exploram a autovinculação o fazem na perspectiva da redução da discricionariade administrativa.²³ No entanto, é possível transpor, sem maiores problemas, o arcabouço teórico em referência à atuação controladora do Tribunal de Contas. Afinal, o que se busca, em essência, é “a censura jurídica ao comportamento contraditório, sem fundamentação suficiente ou razoável”, por meio de “um recurso adicional de redução da arbitrariedade do Poder Público e de prevenção contra abusos decorrentes de um decisionismo excessivamente casuísta”. Ademais, a autovinculação administrativa serve “para precisar os contornos do exercício da competência, assegurando uma padronização mínima” (Modesto, 2022, p. 150 e 154). Nas palavras de Pielow (1997, p. 51):

[...] a questão das autovinculações da Administração está situada num campo de tensão entre, por um lado, a necessidade de flexibilidade e inovação e, por outro, a não menos premente demanda por continuidade da atividade administrativa, a qual, com o fim de criar segurança jurídica, exige a previsibilidade e a calculabilidade da ação administrativa.

22 Segundo Moniz (2011, p. 175-176): “O princípio da inderrogabilidade singular [...] impede que a Administração (incluindo o órgão com competência normativa na matéria [...]) numa situação individual e concreta, afaste (desaplique ou recuse a aplicação de) um regulamento (ou uma norma regulamentar), contrariando-o. Em causa está a concepção do regulamento como um dos momentos da juridicidade vinculativa da Administração, i. e., a concepção segundo a qual o regulamento constitui uma forma de actividade administrativa (e concomitantemente uma fonte de direito) através da qual aquela disciplina a sua actuação futura, que, sob pena de invalidade, terá de se revelar compatível com o prescrito na(s) norma(s) regulamentar(es) em causa”.

23 Nesse sentido, Modesto (2022, p. 155) afirma: “A autovinculação somente é possível no campo da discricionariade administrativa. Mas é a lei que programa a discricionariade, permitindo que na aplicação administrativa mais de uma decisão seja possível e aceitável. É a lei que oferece ao administrador uma margem de avaliação e ponderação da conveniência das várias decisões abstratamente possíveis, impondo um dever de argumentação e justificação correspondente de sua decisão final. Também não significa uma renúncia ilegal à discricionariade, por ser também uma forma de expressão da própria discricionariade autorizada por lei, além de oferecer maior segurança jurídica aos administrados”.

Entendendo-se as alusões à discricionariedade como “margem de liberdade para decidir nos processos de controle externo”,²⁴ a qual pode ser maior ou menor em decorrência tanto de disposições legais quanto dos diversos tipos citados de autovinculação, a base teórica exposta fica perfeitamente compatível com o exercício da função controladora pelo TCU²⁵ – e serve aos mesmos propósitos.

Isso se torna especialmente relevante no contexto regulatório, tendo em vista que a jurisprudência do TCU oscila e, em alguma medida, carece de coerência, uniformização e clareza – atributos que seriam essenciais na atividade controladora, mas assomam em relevância ao se lidar com entidades dotadas de reforçada autonomia. Por exemplo, ora se afirma que não cabe ao TCU “avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias” (Brasil, 2015); ora se decide que “é possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela” (Brasil, 2018). Ora se entende que “a sustentação jurídica da realização de determinação em face dos princípios da legalidade e da eficiência não deve se dar ao ponto de impor aos órgãos e entidades públicos obrigações não previstas em lei ou normativo” (Brasil, 2019); ora se julga que “o Tribunal pode sempre determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras”, contanto que “viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da administração pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos” (Brasil, 2016).

É justamente com vista à construção de diretrizes mais objetivas no que tange ao controle da regulação que vale explorar os instrumentos de autovinculação já existentes nas normas internas da Corte de Contas, quais sejam: o incidente de uniformização de jurisprudência, a edição de enunciados da Súmula, a expedição de atos normativos e a decisão prolatada em sede de consulta.

3. AUTOVINCULAÇÃO NO TCU: INSTRUMENTOS EM ESPÉCIE E PERTINÊNCIA DA INTENSIFICAÇÃO DE SEU USO

Firmada a possibilidade de aplicação dos institutos de autovinculação administrativa no âmbito do TCU, passa-se à análise dos instrumentos dessa

24 Concorde-se com Heller (2019), que afirma a existência autônoma de um processo de controle externo, ligado à função controladora, frente ao processo administrativo, que endereça a função administrativa. Contra, afirmando ser o processo de controle externo espécie do gênero processo administrativo: Ferraz e Dallari, 2020.

25 A existência de uma função controladora autônoma é ressaltada em Forni e Lima (2023) e em Forni e Heller (2025).

natureza previstos em seu Regimento Interno, quais sejam: o incidente de uniformização de jurisprudência, a edição de enunciados da Súmula, a expedição de atos normativos e a decisão prolatada em sede de consulta.

3.1. Incidente de uniformização de jurisprudência

O instrumento em epígrafe consta no art. 91 do Regimento Interno da Corte de Contas e diz respeito à apreciação preliminar de divergência, suscitada por sugestão de ministro, ministro substituto ou representante do Ministério Público, entre deliberações anteriores do TCU, quando do julgamento de processos no colegiado. O colegiado pode, então, decidir pela verificação preliminar da controvérsia, em anexo aos autos principais, retirando a matéria de pauta. Caso se reconheça a existência da divergência, o relator solicitará a audiência do Ministério Público junto ao TCU, submetendo, em seguida, a questão à deliberação do plenário até a segunda sessão subsequente. Dirimida a divergência jurisprudencial, proceder-se-á à deliberação sobre o mérito do processo na mesma sessão.²⁶ O acórdão que resolver a divergência será remetido à Comissão de Jurisprudência²⁷ para oportuna apreciação da necessidade de elaboração de enunciado de Súmula sobre a matéria. Não sendo reconhecida pelo relator a existência de divergência, levará seus fundamentos ao plenário que, ao acolhê-los, prosseguirá no julgamento do mérito do processo, se matéria de sua competência, ou encaminhá-lo-á à câmara originária. Se o Plenário, dissentindo do relator, entender pela existência de divergência, agirá na forma antes descrita, passando a funcionar como revisor para o incidente o ministro que primeiro proferir o voto dissidente (Brasil, 2002).

3.2. Súmula

A Súmula da jurisprudência é regulamentada pelos art. 85 a 90 do citado regulamento e se constitui de princípios ou enunciados que sintetizam teses, soluções, precedentes e entendimentos adotados reiteradamente pelo Tribunal ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua competência. É

26 Ressalvam-se os casos englobados pelo inciso VII do art. 17, § 3º, que assim dispõe: “Realizado, pelo Plenário, o exame incidental de inconstitucionalidade indicado na parte final do parágrafo anterior, o processo retornará à Câmara para continuidade do feito [...]” (Brasil, 2002).

27 Em relação à citada comissão, vale a transcrição de trechos dos art. 18, 19 e 23: “Art. 18. As comissões que colaboram no desempenho das atribuições do Tribunal são permanentes ou temporárias. Parágrafo único. São permanentes as comissões de Regimento e de Jurisprudência. Art. 19. As comissões permanentes compõem-se de três membros efetivos e um suplente, designados pelo Presidente, entre ministros e ministros substitutos, do Tribunal, na primeira sessão ordinária de seu mandato. [...] Art. 23. São atribuições da Comissão de Jurisprudência: I – manter a atualização e a publicação da Súmula da Jurisprudência do Tribunal; II – superintender os serviços de sistematização e divulgação da jurisprudência predominante do Tribunal, sugerindo medidas que facilitem a pesquisa de julgados ou processos; III – propor ao colegiado que seja compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que o Plenário e as câmaras não divergem em suas decisões sobre determinada matéria; IV – elaborar e aprovar suas normas de serviço” (Brasil, 2002).

construída a partir de projeto com desiderato específico, de iniciativa do Presidente, dos ministros e das comissões de Regimento e de Jurisprudência, podendo ser ainda sugerida por ministro substituto ou representante do Ministério Público. O projeto, com a respectiva justificação, será apresentado em Plenário, competindo ao Presidente proceder ao sorteio do relator. Ademais, qualquer enunciado poderá ser incluído, revisto, revogado ou restabelecido, na Súmula, mediante aprovação pela maioria absoluta dos ministros do referido projeto (Brasil, 2002).²⁸

3.3. Atos normativos

A base legal para a expedição de atos normativos está no art. 3º da Lei n. 8.443/1992, que assim dispõe:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Regimentalmente, há uma diferenciação das espécies de atos regulamentares. A instrução normativa será a opção quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal; a resolução, quando se tratar de aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, das unidades de sua Secretaria e demais serviços auxiliares, bem como de outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma; por fim, a decisão normativa é adotada quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução (Brasil, 2002).

Tanto a iniciativa quanto a forma de apresentação de atos normativos são idênticas às da Súmula da jurisprudência, com a particularidade de que o ministro que houver sido designado para relatar projeto de ato normativo no âmbito das comissões será excluído do sorteio atinente à discussão em plenário. O projeto referido poderá receber emendas dos ministros ou sugestões dos ministros substitutos e do Procurador Geral junto ao TCU,

²⁸ As questões relativas à iniciativa e à apresentação do projeto referido constam nos art. 73 e 74 do Regimento Interno do TCU. Acrescente-se que, nos termos do citado regimento, será adotada numeração de referência para os enunciados, aos quais seguir-se-á a menção dos dispositivos legais e dos julgados em que se fundamentam, o que ficará a cargo da unidade responsável pelo secretariado das sessões do Tribunal, na organização gradativa da Súmula. Além disso, ficarão vagos, com nota de cancelamento, os números dos enunciados que o Tribunal revogar, conservando os mesmos números os que forem apenas modificados, fazendo-se a ressalva correspondente. Por fim, dispõe a norma interna que a Súmula e suas alterações serão publicadas nos órgãos oficiais. Art. 90. A citação da Súmula será feita pelo número correspondente ao seu enunciado e dispensará, perante o Tribunal, a indicação de julgados no mesmo sentido (art. 86 e 88 a 90 de Brasil, 2002).

dentro do prazo proposto pelo relator, com a anuência do Plenário. A redação final será votada na mesma sessão ou na sessão plenária seguinte àquela em que for aprovado o projeto, sendo dispensada a votação da redação final se aprovado o projeto originário, sem emendas, ou o substitutivo integralmente. A admissão de emenda à redação final se dirige apenas a evitar incorreções gramaticais ou para incrementar a clareza e objetividade do texto.

3.4. Consultas

Por fim, em relação à última espécie de autovinculação, a Lei n. 8.443/1992 prevê que as decisões relativas a consultas dirigidas ao TCU por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto (art. 1º, inciso XVII e § 2º).

Internamente, dispõe o Regimento que o plenário decidirá sobre as consultas, que apenas podem ser formuladas por presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; pelo Procurador-Geral da República; pelo Advogado-Geral da União; por presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; por presidentes de tribunais superiores; por ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e por comandantes das Forças Armadas, sempre com demonstração de sua pertinência temática, consideradas as respectivas áreas de atribuição das instituições que representam. As consultas, ademais, devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente (Brasil, 2002).

A decisão em sede de consulta somente será tomada se presentes na sessão pelo menos sete ministros, incluindo ministros substitutos convocados, além do Presidente. Por derradeiro, assenta a norma interna do TCU que o relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos legais e regimentais ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente, apesar de ser plenamente possível, e até usual, que se exponha o caso concreto que inspirou a consulta ao Tribunal (Brasil, 2002).

3.5. A relevância das instruções normativas e o baixo uso dos demais instrumentos de autovinculação

Considerando a variedade de mecanismos de autovinculação, é digno de nota o baixo uso que deles faz o TCU, especialmente no que concerne ao

arranjo regulatório. Em busca realizada no portal do órgão, localizaram-se apenas 28 incidentes de uniformização de jurisprudência,²⁹ em uma base de mais de 452 mil decisões, o que representa meros 0,006%.³⁰ Em outras palavras, instaura-se, em média, um incidente para cada 16 mil decisões. Quanto à Súmula, não se localizou sequer um enunciado que diga respeito à regulação.³¹

Logo, a autovinculação, por parte do TCU, no que concerne ao contexto regulatório, fica eminentemente por conta de atos normativos. Eventualmente, poder-se-ia aventar que a “jurisprudência selecionada”³² do órgão funcionaria como um mecanismo de incentivo à autovinculação. No entanto, apesar de, conforme o TCU, ser formada com base em “deliberações escolhidas por critérios de ineditismo, densidade jurídica, entendimento de amplo interesse ou reiteração de tese importante”, das quais “são extraídas uma ou mais teses jurídicas, redigidas de forma direta, objetiva e simples, a refletir o entendimento jurisprudencial do acórdão”, consiste em um acervo alimentado pela Diretoria de Jurisprudência do órgão, não passando pelos colegiados para verificação de aderência aos critérios referidos supra. Daí a relevância, para o controle das agências reguladoras, das instruções normativas.

Da Instrução Normativa TCU 7/1994, que dispunha sobre a fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização, anterior à criação da primeira agência reguladora, até a mais atual, a Instrução Normativa TCU 81, que rege a fiscalização dos processos de desestatização, foram diversos os atos normativos que trouxeram alguma previsibilidade à atividade fiscalizatória do órgão de controle em matéria regulatória. Contra essa atividade normativa, Barroso teceu a seguinte crítica, que foi reproduzida em diversos textos doutrinários posteriores:

[...] a referência feita pela lei ao poder regulamentar do Tribunal de Contas somente será constitucional se interpretada no sentido de uma competência normativa limitada, consistente na ordenação interna de sua própria atuação. Não tem competência o Tribunal de Contas para editar atos normativos genéricos e abstratos, vinculativos para a Administração, nem muito

29 A busca, em 17 jan. 2025, foi realizada com o argumento <“incidente de uniformização”.ACORDAO> que restringe a pesquisa à parte dispositiva das decisões (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>). A pesquisa retornou 54 resultados, que foram criticamente analisados, dos quais restaram apenas 28.

30 O cálculo exato, que considera 452.573 (número total de decisões colegiadas desde 2004, quando foi localizado o primeiro incidente de uniformização de jurisprudência) decisões, levou ao resultado: 0,00061%.

31 A busca, em 17 jan. 2025, foi realizada com os termos “agência” ou “regulação” ou “reguladora”, no espaço específico destinado à Súmula (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/sumula>).

32 A jurisprudência selecionada “é uma base de deliberações escolhidas por critérios de ineditismo, densidade jurídica, entendimento de amplo interesse ou reiteração de tese importante. Dessas deliberações são extraídas uma ou mais teses jurídicas, redigidas de forma direta, objetiva e simples, a refletir o entendimento jurisprudencial do acórdão” (Brasil, s.d.).

menos para invadir esfera legislativa, estabelecendo direitos e obrigações não contemplados no ordenamento (Barroso, 1996, p. 136-137).

Entende-se que a mera leitura do art. 3º da Lei n. 8.443/1992 é suficiente para contrapor o argumento:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

O dispositivo faz referência à expedição de normativos concernentes a “matérias das atribuições” do TCU e à “organização dos processos que lhe devam ser submetidos”. Obviamente, os processos a que o texto se refere serão submetidos ao Tribunal por outro órgão ou entidade, ou mesmo por agente privado, a depender do caso. Logo, algum grau de generalidade e abstração, bem como de “vinculatividade à Administração” é perfeitamente consentâneo com o dispositivo legal. As INs que tratam da desestatização dispõem majoritariamente sobre o envio de documentação ao TCU, que tem a prerrogativa de exigí-los por força do art. 42, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.443/1992:

Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

Portanto, longe de significarem a expansão de sua “competência por mão-própria” (Dutra; Reis, 2020, p. 21),³³ ou representarem “competências autoatribuídas” (Medeiros, 2022, p. 83),³⁴ os atos normativos em comento configuram relevantes meios de autovinculação do TCU – e, mais importante, de previsibilidade para a Administração. A competência para o controle na seara regulatória logicamente não decorre desses atos, mas da CRFB/1988

33 Afirgam Dutra e Reis (2020, p. 35) que “Editadas sobre os mais diversos temas e questões, as Instruções converteram-se rapidamente num instrumento central da intervenção da Corte no setor de infraestrutura, e formam hoje um sistema normativo paralelo à Constituição e à legislação ordinária. Nas Instruções Normativas, normas infralegais, busca o Tribunal fundamento jurídico para intervir amplamente tanto na modelagem quanto na execução de contratos de concessão”.

34 Rosilho (2019, p. 259-260), em sentido semelhante, argumenta que “tanto a instrução normativa 27/1998, como a Instrução Normativa 81/2018 [que regulamentam o controle da regulação no TCU], são inconstitucionais e ilegais”, pois “alargaram o campo do controle preventivo criado pela legislação para o Tribunal”.

e da Lei Orgânica do TCU, como já externado.³⁵ Sua normatização apenas estabelece parâmetros claros de como se darão as fiscalizações, restringindo eventual atuação errática e particularista do TCU no exercício de seu mister, em virtude do citado princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos. Em outros termos, a inexistência das INs não tornaria, *per se*, a Corte de Contas mais autocontida. Ao contrário, a ausência de normatização apenas dificultaria prever como se daria a atuação do órgão de controle nos casos concretos de desestatização. É essa a linha adotada em publicação do Instituto Rui Barbosa (2023):

Diretrizes gerais para fiscalização de projetos de desestatização

A seguir, apresenta-se um elenco de melhores práticas que sugere-se sejam observadas pelos Tribunais de Contas quanto à fiscalização de editais e contratos envolvendo projetos de desestatizações, as quais são individualmente detalhadas para fins didáticos.

a) Estabelecimento de normatização específica

O estabelecimento de normas próprias que visem regulamentar a atuação dos Tribunais de Contas é um dos principais requisitos para uma profícua ação fiscalizatória em editais de licitação e contratos que envolvam projetos de desestatizações.

A definição de prazos para submissão dos projetos e para sua respectiva análise pelas unidades técnicas, os critérios de admissibilidade, a documentação exigível e o tipo de processo a ser autuado são alguns dos aspectos importantes de serem previstos em norma específica, conferindo uniformidade no atendimento aos jurisdicionados e uma maior clareza quanto aos procedimentos e ritos fiscalizatórios a serem adotados.

[...] Importante destacar que a parametrização dos documentos a serem remetidos ao órgão de controle externo por si só também auxilia os jurisdicionados na estruturação de seus projetos, incentivando as consultorias e demais terceiros contratados a produzirem estudos com maior qualidade e em grau de profundidade adequados e suficiente para atender às reais necessidades da Administração.

[...] Outro benefício trazido pela normatização específica refere-se ao regramento das relações entre jurisdicionados e controle externo durante o período de acompanhamento dos editais. O amparo normativo para

35 Confira-se, nesse sentido, decisão do STF na ADI 4872: “5. Regulamentação de práticas de fiscalização e prestação de contas de recursos públicos repassados a entidades privadas sem fins lucrativos, por meio do Sistema Integrado de Transferências (SIT). Ausência de usurpação de competência dos Poderes Legislativo e Executivo. 6. Exercício do poder de controle externo dos Tribunais de Contas. Relação instrumental com deveres de transparência, probidade e eficiência previstos na própria Constituição Federal, na Lei de Responsabilidade Fiscal e na legislação estadual que regula o funcionamento do controle externo. Competência regulamentar para explicitar deveres legais em matéria de procedimentos e documentação. Constitucionalidade. Pedidos julgados improcedentes” (Brasil, 2023).

realização de reuniões técnicas e o estabelecimento de um constante diálogo entre as partes confere maior celeridade no saneamento de dúvidas e eventuais inconformidades, transparência às ações de controle e segurança aos agentes públicos no trato de temas notoriamente sensíveis à sociedade e à opinião pública em geral. Na medida em que tais acompanhamentos passam a ser processados em expedientes próprios, todas as atas e demais documentos que atestem as relações estabelecidas no período podem ser acessadas nos sítios oficiais dos TCs.

No contexto judicial, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu, na ADI 4872, a “competência regulamentar [dos Tribunais de Contas] para explicitar deveres legais em matéria de procedimentos e documentação” (Brasil, 2023).

Ainda no âmbito do Poder Judiciário, são pertinentes as consignações do Núcleo de Fiscalização de Projetos de Desestatização do Tribunal de Contas do Distrito Federal no bojo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo governador do Distrito Federal contra instrução normativa daquele órgão de controle que dispõe sobre a fiscalização de concessões comuns, parcerias público-privadas e privatizações:³⁶

38. Nesse aspecto, cumpre assinalar que o Tribunal está se restringindo a estabelecer de forma prévia, clara, pública e transparente, os pontos que serão objeto de exame pela Corte nos procedimentos para celebração de contrato de concessão, PPP e privatização. Constitui a norma, portanto, uma medida que contribui para a segurança jurídica, pois diminui o fator “surpresa” do controle para o GDF e para potenciais interessados em com ele celebrar tais ajustes.

39. O Tribunal atua aqui em caráter marcadamente colaborativo, tendo em vista que não há nenhum ponto de controle previsto na IN que não deveria ser tratado *ex officio* pelo GDF, de modo que a norma opera como um guia para a Administração e para o mercado, garantindo previsibilidade – ao menos no que toca ao controle (Distrito Federal, 2024, p. 11-12).

Para além do âmbito judicial, acrescente-se que a normatização interna do TCU está em plena consonância com o citado art. 30 da LINDB (*caput* e parágrafo único), que positiva como *dever* das autoridades públicas atuar

³⁶ Trata-se da ADI 0733808-46.2024.8.07.0000, com pedido de medida cautelar, proposta pelo governador do Distrito Federal contra a Instrução Normativa TCU nº 01, de 6 de março de 2024, que dispõe sobre o controle e a fiscalização da etapa de planejamento dos processos de Concessões Comuns, das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e das Privatizações, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. Busca a declaração de inconstitucionalidade do referido normativo por suposta ofensa aos art. 14, 53, 58, incisos XI e XIII, 71, § 1º, inciso IV, 74, 86 e 100, incisos VI e IX, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF).

para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas por *meio de regulamentos*, com caráter vinculante até ulterior revisão.

Em complemento, tendo por objeto o exercício da função normativa por parte da Administração Pública, Motta enumera premissas e condutas que tendem a trazer segurança jurídica:

- a) o estabelecimento de normas atende à necessidade de previsibilidade, ou seja, de antecipação das ações levadas a cabo pela Administração;
- b) os atos normativos editados devem possuir pretensões de estabilidade e permanência, possibilitando aos cidadãos que possuem vínculo com a Administração planejar suas atividades com segurança e certeza;
- c) a norma posta deve criar critérios e orientações para a aplicação do ordenamento, de preferência mediante procedimentos públicos e motivados. Estes critérios, obviamente, serão necessariamente impregnados pelo conteúdo dos demais princípios;
- d) a eventual mudança dos critérios e orientações postos deve ser levada ao conhecimento dos particulares com antecedência razoável, de forma a evitar surpresas (Motta, 2007, p. 79).

Todo o conjunto de mecanismos de autovinculação apresentados e enaltecidos funcionam como um antídoto a uma visão extremada de trecho encontrado na jurisprudência do TCU: “não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência de tribunal, devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria” (Brasil, 2024). Não seguir pelo caminho da autovinculação, como se observa com frequência no caso dos julgados do TCU, traz diversos inconvenientes, na linha do alerta de Medeiros (2022, p. 267):

A desvinculação da atuação do Tribunal em relação a seus próprios precedentes em nome da “livre convicção dos julgadores” é fator gerador de profunda insegurança jurídica, sobretudo se conjugada à reiterada jurisprudência do TCU segundo a qual “ao assumir o cargo, compete ao gestor inteirar-se das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente”. Assim, se por um lado o TCU se considera desvinculado de seus próprios precedentes, paradoxalmente procura vincular o gestor público aos mesmos, impondo a ele todos os “ônus decorrentes”. A análise em conjunto de ambos os posicionamentos indica que o TCU busca vincular todos os servidores da União aos seus entendimentos, à exceção dos nove ministros que compõem a Corte.

Referindo-se ao contexto específico da regulação, Maia Pereira faz exortação de cunho similar:

[...] não há uma sistematização dos entendimentos e orientações do TCU, de maneira que os órgãos da Administração estão sujeitos a inúmeros acórdãos, sem que se saiba exatamente, de forma sistematizada, o conteúdo das determinações em vigor. Ou seja, a “regulação” expedida pelo TCU não é compilada em nenhum tipo de documento, de maneira que agentes públicos e privados se submetem a um universo de decisões, cuja cognoscibilidade é, em certa medida, incerta (Pereira, 2019, p. 81).

É justamente no intuito de endereçar esses riscos que se buscou, neste tópico, aplicar à atividade controladora do TCU o arcabouço teórico da autovinculação administrativa, que abarca não apenas o respeito a julgados anteriores, cuja desconsideração acarreta reforçado ônus argumentativo (em linha semelhante ao *overruling* e ao *distinguishing*),³⁷ mas também a prolação de atos normativos, que tendem a incrementar a estabilidade e a previsibilidade das relações das quais a Corte de Contas participa, notadamente na seara regulatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, sustentou-se, neste artigo, que a adoção de medidas de autovinculação direcionadas ao exercício da atuação controladora do TCU é efetivamente capaz de incrementar a previsibilidade e a estabilidade nas relações do órgão com seus jurisdicionados, de modo especial com as agências reguladoras, em virtude de sua autonomia reforçada.

Afirmou-se que a prolação de instruções normativas no referido âmbito, em vez de representar indevida expansão da competência da Corte de Contas, como entende parte da doutrina, tende a distensionar suas relações com as agências reguladoras, funcionando como mecanismo promotor da segurança jurídica – pois são instrumentos de autovinculação. Além disso, buscou-se estimular um maior uso, por parte do órgão de controle, de outros meios pouco explorados, que têm potencial de tornar a atuação controladora menos casuística e mais coerente.

A criação de enunciados da Súmula, nesse sentido, seria salutar e ajudaria na clarificação dos limites do controle das agências. As respostas a consultas dependem de provocação externa, do que se conclui ser recomendável que as entidades regulatórias, em caso de dúvida, provoquem o TCU – por meio intermédio dos legitimados – para que esse decida por “prejulgamento da tese”. Por fim, impende que eventuais contradições na jurisprudência do órgão de controle sejam dirimidas pela via dos incidentes de uniformização.

37 São, nas palavras de Marinelli (2021, p. 145), “refinadas técnicas argumentativas funcionais que distinguem a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*: o *‘distinguishing’*, com os quais o juiz do caso seguinte observa que o precedente não pode ser adotado por causa da falta de analogia com os fatos sobre os quais aquele foi pronunciado e o *‘overruling’*, com o qual uma corte expressamente declara de não levar mais em conta um precedente proferido por ela mesma”.

Todas essas diretrizes se coadunam às disposições do art. 30, *caput* e parágrafo único, da LINDB, citadas anteriormente. A recomendação maior, entretanto, é que prevaleça a cultura da autocontenção, materializada na coerência decisória.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4872*. Paraná. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes Plenário, julgado em 15 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4325746>. Acesso em 26 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 600/2019*. Plenário. Rel.: Ministro Augusto Nardes. Julgado em 20 mar. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 644/2016*. Plenário. Rel.: Ministro Walton Alencar. Rev.: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 23. mar. 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1704/2018*. Plenário. Rel.: Ministra Ana Arraes. Julgado em 27 jul. 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2071/2015*. Plenário. Rel.: Ministro Vital do Rêgo. Julgado em 19 ago. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Pesquisa de jurisprudência*. Secretaria das Sessões. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/pesquisa_integrada/arquivos/Manual_Completo_Pesquisa_Jurisprudencia_TCU.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 9024/2024*. Segunda Câmara. Rel.: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 15 out. 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução TCU n. 155/2002*. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de *et al.* *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 215-257, jan./mar. 2021.

CÔRTEZ NETO, Alberto Moreira. *A aplicação das teorias da supressio e surrectio e a tutela ao princípio da confiança nas relações jurídicas*. Trabalho de Conclusão (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-2/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 28 jan. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Núcleo de Fiscalização de Projetos de Desestatização. *Informação nº 08/2024 – SEGECEX/NUFID*. Brasília: TCDF, 2024.

DUQUE, Marcelo Schenk. RAMOS, Rafael. *Segurança jurídica na aplicação do direito público: comentários à Lei 13.655/2018*. Salvador: Juspodivm, 2019.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FORNI, João Paulo Gualberto. *A consensualidade no TCU: fundamentos teóricos, enquadramento jurídico, oportunidades de aperfeiçoamento e riscos associados*. Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2024.

FORNI, João Paulo Gualberto. Controle de constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF. *Revista do TCU*, n. 146, jul./dez., 2020.

FORNI, João Paulo Gualberto; LIMA, Luiz Henrique. Acordo de não persecução civil: o choque entre o art. 17-B, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa (reformada pela Lei nº 14.230/2021) e a autonomia constitucional do Tribunal de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, n. 152, p. 41-65, 2023.

FORNI, João Paulo; HELLER, Gabriel. Efetividade: polissemia e utilização como parâmetro do controle externo no Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 173-192, abr./jun. 2025.

HELLER, Gabriel. *Controle externo e separação de poderes na Constituição de 1988: fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, 2019.

INSTITUTO RUI BARBOSA. *Nota Técnica sobre a atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização de projetos de desestatizações*. [S.l.]: Instituto Rio Barbosa, 2023. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/>. Acesso em: 24. fev. 2025.

INTOSAI. *Overview*. [S.l.]: INTOSAI, [s.d.]. Disponível em: <https://www.intosai.org/about-us/overview>. Acesso em: 24 abr. 2024.

MAIRAL, Héctor. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MARINELLI, Marino. Os precedentes judiciais entre “obrigatoriedade” e “poder persuasivo”: notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua “súmula vinculante”. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 3, p. 129-148, set./dez. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 147-164, abr./jun. 2012.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos; TOSTA, André Ribeiro. Regulação econômica no Brasil: fundamentos características e atualidade. In: HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Os controles em xeque: entre a hipertrofia e a ineficácia do controle das políticas públicas – uma análise do Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MENEZES, Monique. *Autonomia e controle das agências reguladoras: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro*. Curitiba: Ithala e Teresina: Edufpi, 2015.

MODESTO, Paulo. Autovinculação convencional da administração pública: o contrato de gestão no interior da administração pública brasileira. In: VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende (coord.). *Por uma teoria dos precedentes administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade*. Dissertação (Doutorado) – Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2011.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões; FORNI, João Paulo Gualberto; SOARES, Fabiana de Menezes. Precisamos de um guardião da regulação? A função de *regulatory oversight body* nos Estados Unidos e no Brasil. *REI - Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1034-1070, 2025.

NOHARA, Irene Patrícia; FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS,

Rafael (coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019.

PIELOW, Johann-Christian. Integración dei ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración. In: MUNOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de la administración contemporânea: uma comparación europeo-argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROSSI, Danilo Valdir Vieira. *O Tribunal de Contas e a qualidade da democracia: um comparativo entre modelos institucionais*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Direito administrativo: genalogia, transformações e dogmática*. São Paulo: JusPodivm, 2025.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais* – t. I. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SOUZA, Alysson Paulo Melo de. A atuação administrativa consensual na formação de precedentes administrativos: o compromisso da LINDB, inclusive sob a forma de negócio de certificação. In: VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende (coord.) *Por uma teoria dos precedentes administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

VALE, Luís Manoel Borges do. A construção do precedente administrativo, no âmbito dos órgãos colegiados, e o problema da extração da *ratio decidendi*. In: VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende (coord.) *Por uma teoria dos precedentes administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Recebido: 07/08/2025

Aprovado: 26/09/2025

MATERNIDADES SUBVERSIVAS E PROTEÇÃO JURÍDICO-LABORAL: UMA ANÁLISE SOBRE A INSUFICIÊNCIA DAS CATEGORIAS RELACIONADAS À PROTEÇÃO DAS MATERNIDADES PLURAIS¹

SUBVERSIVE MATERNITIES AND LEGAL AND LABOR PROTECTION: AN ANALYSIS OF THE INSUFFICIENCY OF CATEGORIES RELATED TO THE PROTECTION OF PLURAL MATERNITIES

Lorena Cristina de Araújo Campos²

Rainer Bomfim³

- ¹ O presente trabalho foi realizado com o apoio financeiro do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) por meio de bolsa de pesquisa concedida à primeira autora.
- ² Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.
- ³ Professor Adjunto de Direito Previdenciário na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Membro permanente do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável e Extensão da UFLA. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Líder do Grupo de pesquisa CNPq “Direito, Vulnerabilidade e Epistemologia” – UFLA. Coordenador do projeto de extensão Núcleo de Apoio Fiscal – Previdenciário da UFLA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de subversão para Judith Butler. 2. Estabelecendo um conceito de maternidades subversivas. 3. Por uma crítica *queer*-materno subversiva à licença-maternidade e garantia de emprego da gestante. Conclusões. Referências.

RESUMO: Sob uma vertente jurídico-sociológica, esta pesquisa objetiva estudar se as normas laborais que tratam da maternidade conseguem proteger juridicamente as maternidades subversivas dentro do mercado de trabalho. Como hipótese, tem-se que as normas laborais são baseadas em uma ótica heterocisnormativa e binária (que caracteriza as pessoas hierarquicamente em homem e mulher), de tal modo que são insuficientes para proteger tais maternidades. Esta pesquisa tem como marco teórico o conceito de maternidade subversiva, a partir dos escritos de María Llopis, e a ideia de subversão concebida por Judith Butler, a fim de comprovar a hipótese de que são insuficientes as garantias destinadas às pessoas para a sua proteção dentro do mercado de trabalho, no caso a licença-maternidade, o salário-maternidade e a garantia de emprego à gestante, principalmente em relação às maternidades subversivas. Esta pesquisa se justifica tendo em vista que se perpetuou a exteriorização de um ponto de vista único, que não questionava as normas e mantinha a exploração da mulher nos moldes da divisão sexual do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção Social. Maternidades Subversivas. Teoria *Queer*. Licença-maternidade. Salário-maternidade.

ABSTRACT: From a legal-sociological perspective, this research aims to study whether labor standards relatade to motherhood are capable on legally protecting subversive forms of motherhood within the labor market. The hypothesis is that labor standards are grouded in a heterocisnormative and binary perspective (which hierarchically categorizes individuals as men or women), and are therefore insufficient to safeguard such subversive maternal ways. The theoretical framework of this research draws on the concept of subversive motherhood as articulated by María Llopis, alongside Judith Butler's notion of subversion. These perspectives are employed to support the hypothesis that the legal protections afforded within the labor market – specifically maternity leave, maternity pay, and job security for pregnant individuals – are inadequate, particularly when it comes to subversive forms of motherhood. This research is justified by the recognition that labor standards have historically reflected and perpetuated a singular, unchallenged point of view, thereby upholding normative assumptions and reinforcing the exploitation of women through the sexual division of labor.

KEYWORDS: Social Protection. Subversive Motherhoods. Queer Theory. Maternity leave. Maternity pay.

INTRODUÇÃO⁴

A partir de questionamentos epistêmicos em âmbitos micropolíticos, esta pesquisa se propõe a tensionar as estruturas de proteção à maternidade para desafiar a ordem compulsória cis-heteropatriarcal do sexo/gênero/desejo. Para tanto, sob uma vertente metodológica jurídico-sociológica (Gustin, Dias, Nicácio, 2020), exploram-se as possibilidades do que é viver a maternidade⁵ fora do padrão imposto, em um processo que vai muito além da esfera biológica. Isso porque, sexo e gênero são construções sociais normativas, não são questões preconcebidas, mas, sim, intermediadas pelo meio social (Butler, 2019). Assim, o sexo tem o poder de produzir e demarcar propriamente os corpos, sendo a reiteração de práticas que fazem com que o poder produza seus efeitos (Butler, 2019).

As construções dos dispositivos de sexo, gênero, sexualidade e identidade são discursivas e culturais e, por isso, se subjetivam em sociedades no contato com a realidade (Azevedo, 2020; Foucault, 1997; Spargo, 2017). Por consequência, o gênero é considerado inteligível a partir do instante em que está dotado de coerência e linearidade entre o sexo, a prática sexual e o desejo (Butler, 2003, p. 9-14).

A partir dos estudos desenvolvidos por María Llopis adentra-se para as questões vinculadas as maternidades e parte-se do conceito de maternidades subversivas como todas aquelas que não seguem a ordem socialmente imposta da gestação de uma criança por uma mulher cisgênero, fruto de uma relação binária entre homem e mulher (Butler, 2019; Llopis, 2018). A maternidade subversiva se manifesta quando uma criança é fruto (ou passa pelo processo de adoção) de uma relação (que não precisa ser afetiva) que rompe com o padrão imposto, com o que é socialmente considerado normal, em uma concepção naturalizada de família nuclear: homem-mulher-filhas/os (Llopis, 2018; Butler, 2019).

Diante dessa perspectiva, a maternidade deve transitar do ideal para o plural: é necessário teorizar sobre maternidades e não sobre um centro uno de

4 As nossas pesquisas e vivências são marcadas pela excelência e privilégio de poder partilhar nossas ideias com a professora e pesquisadora Dra. Flávia Souza Máximo Pereira. Assim, a autora e o autor agradecem pelo subsídio teórico da pesquisa, bem como pela orientação nos diversos momentos acadêmicos. Agradecemos ainda ao Grupo de Pesquisas RESSABER (UFOP) e ao Grupo de Pesquisa Direito, Epistemologias e Vulnerabilidade (DEV- UFLA) que contribuiu para a construção coletiva das nossas pesquisas.

5 Esta pesquisa é desenvolvida por pessoas que não são mães e não exercem a maternidade ou a maternagem. Isso denota um lócus privilegiado e instigante para desenvolver o trabalho que é se posicionar perante uma situação que não traduz necessariamente a sua vivência. Contudo, não quer dizer que seja um impedimento de realização da pesquisa ou mesmo uma inadequação do sujeito, mas pode revelar quem são as pessoas que pensam sobre este assunto e quais são as fronteiras dessa produção do conhecimento. É um compromisso de lócus social e lócus epistêmico assumido pela autora e pelo autor na produção do conhecimento.

dominação normativa. Para isso, deve-se sair do unitário para a pluralidade da diversidade enquanto um elemento constitutivo dessas análises.

Então, pensar e pesquisar às margens das relações da proteção social revela aquelas que fazem parte ou não de um conjunto de adequações a determinados critérios jurídico-normativos que são tradicionalmente protegidos. Para tanto, o tema problema desta pesquisa figura no questionamento se as maternidades normatizadas pela proteção social são suficientes para a proteção das vivências não hetero-cisgêneras.

Para o desenvolvimento deste estudo, tem-se como hipótese que as normas laborais brasileiras são insuficientes para proteção dos diversos tipos de maternidade no mercado de trabalho, principalmente em relação às pessoas que se distanciam da matriz heterocisnormativa. Nesse sentido, estudam-se as normas laborais: a licença-maternidade (art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho) e a garantia de emprego à gestante (art. 10, II, “b” do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias).

A pesquisa justifica-se no fato de a maternagem⁶ ser uma das tarefas que mais ocupa o tempo de pessoas que gestam, o que ocasiona uma distribuição desigual das tarefas do lar e de cuidado. A título exemplificativo, nas famílias nucleares com pai e mãe, a presença de filhos de até seis anos eleva as horas gastas pelas mulheres nos afazeres domésticos em 1 hora diária, o que atinge 32,7 horas semanais (Soares, 2008). Isso revela que existe uma construção social de que o cuidado é uma atividade tipicamente realizada e delegada a mulheres, o que não se mostra como algo natural.

Para comprovação da hipótese da pesquisa, divide-se o texto em três seções argumentativas: a primeira aborda o conceito de subversão para Judith Butler (2019); a segunda pretende conjugar o conceito anterior às entrevistas realizadas por María Llopis (2020) para estabelecer um conceito de maternidades subversivas; e, por último, elabora-se uma crítica *queer*-subversiva às garantias à gestante relativas à proteção social.

1. O CONCEITO DE SUBVERSÃO PARA JUDITH BUTLER

Nesta seção, objetiva-se apresentar como o conceito de subversão de Judith Butler pode ser correlacionado com o conceito de maternidade subversiva de María Llopis. Para tanto, é importante mencionar que a pesquisadora Judith Butler representa a primeira virada filosófica da teoria *queer*. A autora, mediante o denominado giro performativo, questiona a

6 Utiliza-se a maternagem como o vínculo necessário para atender às necessidades físicas, sociais e psicológicas para que uma pessoa tenha um desenvolvimento emocional e físico saudável (Llopis, 2018). Ressalta-se que pelo estado atual das pesquisas da área, não se tem o desenvolvimento do conceito “paternagem”, por isso, como não se trata do foco desse artigo pesquisas a paternidade e não há a referência acadêmica a esse conceito, restringe-se as discussões a maternagem.

concepção de sexo entendida como biológica ou ontológica (Navarro, 2020, p. 19).

Judith Butler (2003, p. 9-14) discute em *Problemas de Gênero* o mesmo exemplo das pessoas intersexuais apresentado por Michel Foucault para trabalhar as questões afetas ao gênero para além do sexo, bem como para mostrar uma não adequação essencial ao sistema sexo-gênero-desejo. A autora faz uma expansão das discussões anteriormente apresentadas.

Em suas teorizações apresenta que os corpos são sexuados e generificados inexoravelmente, são constituídos dentro de uma determinada cultura e permeados por dispositivos que normatizam e normalizam a heterossexualidade e as identidades binárias de forma compulsória (Butler, 2003, p. 12-17). Logo, para a autora (2003), todas/os aquelas/es que fogem da lógica cis-heteronormativa são consideradas/os como loucas/os, criminosas/os ou excluídas/os.

Consequentemente, as normas também performam dentro das relações cotidianas para reafirmar o imperativo heterossexual, o que demonstra que gênero e sexualidade não são escolhas livres, justamente porque são determinados por um imperativo heterossexual do poder (Butler, 2019). Por consequência, a materialização do corpo advém e está unida a essa norma regulatória (Butler, 2019). O corpo se torna viável e inteligível a partir da operação da norma regulatória do sexo que o qualifica como tal.

É necessário realizar uma reformulação da materialidade que não pode ser dissociada da própria norma heterossexual. Não é o sujeito que realiza a reiteração da norma, mas a repetição performativa que permite a existência do sujeito (Butler, 2019). Além disso, as vidas abjetas formam o exterior constitutivo dos sujeitos plenos e ameaçam a hegemonia da norma ao fracassarem em sua reiteração (Butler, 2019).

Então, em alguns aspectos, a violência dirigida a essas vidas abjetas vem da noção de que são ameaças à hegemonia desses sujeitos plenos (Butler, 2019), pois os sujeitos abjetos se desenvolvem por meio e, ao mesmo tempo, contra a norma (Butler, 2019). Portanto, há um medo de ser, de se tornar o abjeto. Desse medo vem uma resposta violenta que torna ainda mais impraticável a vida abjeta e causa a morte indigna de luto de milhares (Butler, 2019). É a abjeção do sujeito, que tem nojo daquela vivência dissidente.

Percebe-se que a sujeição plena é materializada nesse ódio ao abjeto e na exclusão do abjeto. É no repúdio fundacional que se constitui, no interior do sujeito pleno, uma das esferas de sua materialização.

O abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas não-vivíveis e inabitáveis da vida social, que não obstante, são densamente povoadas por aqueles que não alcançam o estatuto de sujeito, mas cujo viver sob

o signo do inabitável é necessário para circunscrever o domínio do sujeito (Butler, 2019, p. 22).

Nota-se que há uma potencial subversão nas vidas constantemente repudiadas e a subversão é um conceito que deriva disso; é sobre entender a vida que fracassou em reiterar a norma como viável, vivível, como uma forma de vida possível. As vidas abjetas, que não reiteram a norma heterossexual, são justamente subversivas a ela, pois demonstram a proliferação de identidades possíveis.

Da ideia de que a norma regulatória do sexo é performativa, o conceito de performatividade é trazido pela filósofa como *“esse poder reiterativo do discurso para produzir os fenômenos que regula e impõe”* (Butler, 2019, p. 22). Mais ainda, a *“performatividade não é, portanto, um ato singular, pois é sempre a reiteração de uma norma ou de um conjunto de normas e, na medida em que adquire a condição de ato no presente, ela oculta e dissimula as convenções das quais é uma repetição”* (Butler, 2019, p. 35).

A performatividade não pode ser apreendida como uma performance ou algo teatral, mas como um processo de reiteração. A performatividade é o próprio poder do discurso heteronormativo e forma uma heterossexualidade compulsória. Assim, o gênero de determinada pessoa não é realizado através de uma escolha desse indivíduo, mas por meio de uma assunção forçada a partir do aparato regulador que coloca a heterossexualidade como parâmetro a se alcançar (Butler, 2019).

Na performatividade da norma, no ódio ao abjeto, na morte controlada, o rechaço das que são consideradas como formas de sexualidade ilegítimas. Nesses moldes, a violência faz parte do poder; o ser abjeto que forma o exterior da norma também constitui o interior dos indivíduos na repulsa naturalizada que os forma (Butler, 2019), o que funda o privilégio heterossexual de ver sua sexualidade como original, natural e, por fim, normal.

Lado outro, uma vida plena nunca estará completamente constituída nos parâmetros heterocisnormativos e binários de homem-mulher (Butler, 2019). Assim, a necessidade da constante reiteração da norma causa, paradoxalmente, a instabilidade do construto do sexo e a formação de um potencial para a subversão dessa norma. Por conseguinte, essa repetição forçada é o cenário que justamente possibilita a subversão dessa norma, quando ela retorna contra si mesma.

A subversão questiona a naturalização da norma heterocisnormativa, principalmente na hegemonia e em seu poder de gerar sujeitos abjetos. Portanto, à medida que não se correlaciona os que fracassam na constituição da norma heterossexual como as figuras repudiadas de abjeção, é que se possibilita a subversão (Butler, 2019). Somente pela leitura das vidas fracassadas a partir de um local possível que essas vivências entrarão na esfera

de oposição ao heterossexual, que é alvo de inteligibilidade, o que configura a noção de subversão dessa normatividade heterossexual. Nesse sentido, os sexos tidos como originais não gozam desse status, sendo performativamente construídos (Butler, 2019).

2. ESTABELECENDO UM CONCEITO DE MATERNIDADES SUBVERSIVAS

Em seu livro *Corpos que importam*, Judith Butler (2019) afirma que o sexo é norma, normatividade, mas também é prática regulatória nos mesmos termos que entende Michel Foucault (1997). Desse modo, ela formula que o sexo tem o poder de produzir e demarcar propriamente os corpos (Butler, 2019). Então, o poder tem o sujeito como efeito e é produzido através dele, sendo que é a reiteração de práticas que faz com que o poder produza os seus efeitos (Butler, 2019). Consequentemente, as normas também performam dentro das relações cotidianas para reafirmar o imperativo heterossexual compulsório.

Diante disso, esta seção tem por objetivo apresentar a discussão quanto ao conceito de maternidade subversiva adotado na presente pesquisa. Para tanto, é importante destacar que María Llopis (2018) não conceitua diretamente as maternidades subversivas por entender que esse é um conceito aberto, justamente porque seus estudos têm a finalidade de expandir o que se entende por maternidade, o que faz a partir das experiências de suas entrevistadas. Assim, as maternidades subversivas são a materialização da diferença a partir das maternidades.

O conceito pelos autores desse texto é teorizado para abarcar as maternidades da forma mais ampla possível, para abarcar essas maternidades-outras e não outras maternidades desse conceito guarda-chuva, tal qual o próprio termo *queer* e LGBT. As aproximações discutidas nesse texto partem dos escritos apresentados acima por Judith Butler (2003; 2011) e María Llopis (2018).

Por isso, entende-se que maternidades subversivas são todas aquelas que não seguem a ordem socialmente imposta da heterocisnormatividade compulsória (Butler, 2019; Llopis, 2018). Surge, assim, a maternidade subversiva quando uma criança é fruto (ou passa pelo processo de adoção) de uma relação (que não precisa ser afetiva) que rompe com o padrão imposto, com o que é socialmente tido como normal, uma vez que a base coletivamente aceita seria uma família nuclear, homem-mulher-filhas/os (Llopis, 2018; Butler, 2019).

Por conseguinte, maternidades subversivas é um conceito que é estabelecido em confronto com as maternidades normativas, portanto, são aquelas que fogem da norma, da normalização, que estão entre os espaços da abjeção e realização.

Essa maternidade padrão, heteronormativa e imposta tem um respaldo por vezes religioso, que envolve certo grau de respeito da ordem de uma divinização, da sacralidade, o que cria uma estrutura de difícil ruptura (Zambrano, 2006; Llopis, 2018).

Partindo do pressuposto descrito, María Llopis (2018), somada inicialmente à sua vivência de maternagem, demonstra as inúmeras formas de se viver as maternidades fora dos padrões, contribuindo na luta de mulheres e homens que passam pela experiência do parto ou adoção, para enfrentar esse ambiente subalternizante e individualista que é o capitalismo.

Especialmente ao entender que as maternidades não deveriam ser uma obrigação, mas uma opção, para atingir o que pode ser entendido como liberdade, como mulher, pesquisadora, pessoa que realiza a maternagem e produtora de conhecimento, a autora (2018) ensina que a subversão, a rebelião e a verdade são potentes, o que advém das pessoas que acreditam que podem parir e gerar subversão nas mais diversas possibilidades dos corpos.

No entanto, as maternidades subversivas não são aceitas socialmente como formas salutares ao desenvolvimento de crianças e adolescentes. A título de exemplo, a maternidade desempenhada pela mãe solo é/era considerada subversiva, por essa pessoa criar uma criança sem a influência da figura do homem cis (Imaz, 2006; Llopis, 2018). Assim, por diversos anos, a mãe solo foi subjugada como a mulher depravada sexualmente, em razão do ideário social de que a mulher apenas seria entendida como mãe se fosse esposa e só seria esposa completa se fosse mãe (Imaz, 2006; Llopis, 2018).

Na esteira disso e da própria relação com o mercado, surgiram maternidades, para além das da mãe solo por opção, como a maternidade tardia, a dupla maternidade de um casal lésbico, entre outras (Llopis, 2018).

De modo que as maternidades subversivas são tantas e tão diversas que o termo pode ser qualificado e definido como a soma das maternidades de casais lésbicos, maternidades tardias, maternidades solo por opção ou não, maternidades indesejadas, maternidades das mulheres trans, maternidades de homossexuais, travestis e transexuais, de intersexuais e dos MAPAS (pessoas que parem e são homens trans e assim se reconhecem como Ma de mãe por ter parido e Pa de pais por serem homens trans) (Llopis, 2018).

O conceito abarca todas aquelas capazes de romper com a estrutura da mãe padrão, advinda da heteronormatividade, maternidade que, por si só, já tem impacto na vida e na relação daquele que gesta com o mundo (Llopis, 2018).

Por fim, as maternidades subversivas ultrapassam o padrão biológico sob a ótica da teoria *queer*, pois superam o construto social advindo do gênero e, em razão disso, são subrepresentadas e subprotegidas nas normas juridicolaborais (tanto trabalhistas como previdenciárias), como poderá ser analisado a seguir.

3. POR UMA CRÍTICA *QUEER*-MATERNO SUBVERSIVA À LICENÇA-MATERNIDADE E GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE

As pessoas que não seguem a norma heterossexual e cisgênero – que é o caso daqueles que exercem as maternidades subversivas – convivem com políticas destinadas à sua morte e exclusão, por conta da abjeção provocada pela não reiteração adequada da norma heterossexual.

O que pode ser extraído dos dados precariamente produzidos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) é que pessoas trans são as maiores vítimas de violência no país (ANTRA, 2020). Os homicídios de pessoas trans no primeiro semestre de 2020 aumentaram em 39% quando comparados com o mesmo período de 2019, mesmo durante a pandemia de coronavírus (ANTRA, 2020), o que revela que nem mesmo o afastamento do convívio social foi suficiente para impedir o aumento do número de homicídios. A morte é uma política de Estado destinada a essas populações.

Assim, quando suas vidas não são passíveis de luto (Butler, 2019) e seus corpos não estão dentro do espectro de proteção jurídico-normativa, cria-se um cenário em que suas subjetividades não importam e seus nomes são destinados a contabilizar o vazio. É o chamado necropolítica trans (Bomfim, Salles, Bahia, 2019).

Nota-se que o Direito, enquanto instituição, agrava esse quadro, porque os regramentos jurídico-laborais são da ordem de um padrão binário, são fruto e se constroem nesse paradigma como único (Bomfim; Bahia, 2022). A ausência de proteção já é uma resposta para a construção de um padrão.

Por isso, a lógica de abjeção e a operação da norma heterossexual pelo Direito são decorrentes da visualização de uma única forma de maternidade como possível de ser protegida.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagra em seu art. 7º, XVIII, a garantia à licença à gestante,⁷ um período de 120 dias em que a gestante (no feminino) não terá prejuízos em seu salário e emprego ao se afastar de sua atividade laboral.

O salário-maternidade, como uma garantia previdenciária, é devido às seguradas em caso de gestação, de adoção e de aborto não criminoso⁸ e decorre diretamente da licença-maternidade, uma vez que é um montante não inferior ao valor do salário mínimo, ofertado às seguradas do INSS, no período em que se retiram de suas atribuições, no prazo estipulado à

7 A licença paternidade é estabelecida no prazo de 5 dias e 20 para empresas cidadãs ou o serviço público. A questão foi recentemente definida pelo STF e o Congresso Nacional precisa editar uma norma específica sobre o assunto.

8 É pago de maneira parcial.

licença-maternidade. Essa garantia é concedida apenas a uma das mães e compulsoriamente àquela que gestou, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e está afetada para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) 1211446.

Ainda, o prazo pode ser estendido no caso de adoção do programa Empresa Cidadã por mais 60 dias, figurando em um prazo de 180 dias, o que reverbera em uma série de benefícios fiscais à empresa que adota o programa, que reforça o ideário de que a maternidade e a sustentabilidade da vida não devem ser arcadas por aqueles que detêm o capital (Saffioti, 2019). É uma garantia a mais custeada pela sociedade e não abarca pessoas LGBT que raramente ocupam empregos protegidos (ANTRA, 2020) e posições mais privilegiadas de acesso a direitos trabalhistas.

Por sua vez, a garantia temporária de emprego é um período que perpassa pela gestação até cinco meses posteriores ao parto (seis meses no caso da empresa que é cadastrada no programa Empresa Cidadã), em que a gestante não pode ser demitida sem a incidência de justa causa, regramento constante do art. 10, inciso II, do ADCT, em sua alínea b. Apesar de o artigo mencionar a confirmação da gestação como prazo inicial da estabilidade provisória, a responsabilidade do empregador decorre da gestação e não da confirmação desta.

Em teoria, a licença-maternidade teria por objetivo possibilitar que as mães pudessem dar manutenção em suas carreiras em consonância com a vida familiar (Machado, Pinho Neto, 2016). Afirmam-se que as legislações sobre proteção da mulher gestante surgiram como consequência direta da substancial inserção de mulheres e, em consequência, de mães no mercado de trabalho (Machado; Pinho Neto, 2016). Ademais, recai sobre as mulheres a necessidade de cuidar dessa nova vida, uma vez que a responsabilidade pelas crianças, culturalmente, na maior parte do tempo recai sobre elas (Machado; Pinho Neto, 2016).

Porém, a eficiência das leis relacionadas à maternidade no ambiente de trabalho depende de caracteres como a sua efetividade, seu nível de proteção e, propriamente, da realidade fática que a envolve, ou seja, da contextualização do papel de gênero e sua exploração nessas sociedades (Machado; Pinho Neto, 2016).

Dessa maneira, o Direito, apesar de insuficiente para eliminar os preconceitos de gênero, por ser uma questão que é arraigada culturalmente, depende, paradoxalmente, de uma mudança de comportamento e mentalidade da sociedade e dos jurisdicionados para findar o fenômeno da abjeção destinada aos novos viveres das maternidades subversivas, como sujeitos apreensíveis de vida e de maternidade (Butler, 2019; Llopis 2018; Muradas; Pereira, 2018).

No entanto, foi realizada uma pesquisa quantitativa empírica acerca dos efeitos da licença-maternidade na relação de trabalho em

âmbito brasileiro por Cecília Machado e Valdemar Pinho Neto (2016). Os autores chegam à conclusão de que a legislação brasileira sobre licença maternidade é insuficiente para manter no mercado de trabalho até mesmo a mulher cis, mesmo essa sendo a praticante da maternidade padrão, heterocisnormativa e burguesa (Machado; Pinho Neto, 2016). Essa conclusão já permite entender que a maternidade, no âmbito social, é entendida como feminina/cis e também deve ocorrer à custa da exclusão social e do trabalho da mulher, especialmente se ela não pode delegar esse trabalho. Como é trazido:

As articulações destes discursos estão interligadas com ações institucionais e interações cotidianas presentes na sociedade, sendo legitimadas através de normas cis-heterossexistas em todo o Direito. Assim, vislumbra-se que essa problematização, sobre a complexidade do trabalho feminino, sua valorização e a atribuição de uma proteção jurídica a estes corpos, é ocultada dentro do campo jurídico, que faz a nítida opção pela perpetuação da divisão sexual do trabalho, para a legitimação de um sujeito epistêmico de Direito homogêneo e masculino. [...] Isso demonstra que o trabalho reprodutivo – como um lócus das mulheres – é tratado como inferior por não estar no centro do trabalho eleito para a Modernidade/Colonialidade, como aquele que insere bens ou produtos na circulação capitalista. Em uma leitura apriorística, é como se não existisse a produção de valor no trabalho reprodutivo. Um equívoco, pois existe uma liberação da mão de obra dentro do trabalho reprodutivo que pode ser usufruída no trabalho produtivo e quando este trabalho não é feito por alguém – quando se tem a delegação – deve contratar alguém para realizar essa atividade de maneira remunerada [...] (Bomfim, 2024b, p. 93-97).

Os resultados são ainda mais alarmantes: metade do público-alvo da pesquisa, depois de três anos, está fora do mercado formal de trabalho (dentro do grupo amostral destes) (Machado; Pinho Neto, 2016, p. 11), o que, por fim, revela-se como um cenário de expulsão daquele que gesta no mercado laboral, o que é agravado, nos casos de mulheres negras, pessoas de baixa escolaridade e pessoas trans, que são os sujeitos mais distantes do homem hétero sem deficiências, completamente imbricados na consequência de habitar a interseccionalidade.

No entanto, verificamos que a probabilidade de demissão após o término do período de licença maternidade parece ser menor para os grupos mais instruídos, indicando que esse grupo está mais seguro quanto à colocação no mercado formal de trabalho. (Machado; Pinho Neto, 2016, p.13, tradução nossa).

Percebe-se que as maternidades são vividas de maneiras distintas e têm impactos diferenciados na construção da divisão sexual e social do trabalho, de acordo com o local interseccional de que cada uma das pessoas que as exercem faz parte (Machado; Pinho Neto, 2016). Nesses moldes, quanto mais intrincadas e quanto mais presentes os caracteres geradores de preconceito, mais invisibilizadas e menos protegidas elas se tornam, o que contribui diretamente para a sua expulsão do mercado laboral (Machado; Pinho Neto, 2016; Teixeira, 2020). Trata-se de uma transferência do cuidado familiar para as mulheres, uma privatização da reprodução social e uma constrição daqueles que podem viver fora da informalidade.

A norma de proteção à gestante opera de forma binária e situada. As confusões ao atrelar a concessão do direito ao gênero fazem com que pessoas trans tenham que adentrar ao Judiciário para ver garantido o seu direito. O acesso ao Judiciário por pessoas trans é um cenário que aumenta a violência para com esses corpos e é um caminho muito dificultado em relação às possibilidades de tutela jurisdicional ofertadas a pessoas cis e heterossexuais (Bomfim; Salles; Bahia, 2019; Bomfim, 2024a).

A título de exemplo, no caso de Glauco Vital, primeiro homem trans a receber o salário-paternidade no Rio de Janeiro, que apenas conquistou o direito administrativamente, justamente por ser funcionário público, no período de 20 dias (Agência O Globo, 2019), o que não reflete a realidade da maioria dos homens e mulheres trans.

Soma-se a isso o fato de que as leis de proteção à gestante infirmam que o cuidado deve estar a cargo do feminino/cis e apenas é uma função desempenhada pelo masculino/cis na ausência do feminino, com a sua morte (Teixeira, 2020). Isso pode ser verificado no art. 392-B da CLT, incluído pela Lei n. 12.873/2013, que estabelece que o cônjuge ou companheiro empregado apenas assumiria a licença-maternidade (e o respectivo salário-maternidade) no caso de falecimento da genitora da criança, o que reforça e recria padrões de gênero (Teixeira, 2020).

Por consequência, isso ocasiona que a maternidade e o cuidado com a prole seja impensável a outras figuras que não a mulher/hetero/cis, o que invisibiliza o cuidado realizado por homens trans e pessoas com deficiência (Molinier, 2012). Dito isso, relega-se essas maternidades fora do padrão à esfera da não existência, diante do fato de essas pessoas serem entendidas como receptoras de cuidados e nunca como cuidadoras (Molinier, 2012).

Além disso, a normatividade não visa romper com esse padrão, ao contrário, reforça o estigma, fato que colabora com a expulsão de quem cuida do mercado laboral (Teixeira, 2020). Esse padrão é repetido nos julgados afetos à questão, que reforçam uma binariedade generificada de que quem pare deve ser uma mulher cis (Campos, 2022). Ademais, objetiva mais respeito ao embrião do que àquele que gesta, o que não chega nem

perto de promover o princípio da proteção do emprego que supostamente deveria ser resguardado pelo Direito do Trabalho. Isso, por si só, informa que é impossível ou, ao menos, muito difícil que as maternidades subversivas sejam reconhecidas no âmbito da plena proteção que deveria ser garantida pelo Direito do Trabalho.

CONCLUSÕES

Para este estudo, o tema problema foi se as maternidades normatizadas pelo Direito e seu aparato jurídico são suficientes para a proteção das maternidades subversivas. Com a finalidade de responder a essa investigação teórica, os conceitos de Judith Butler, como performatividade, subversão e abjeção, foram aplicados à soma das maternidades subversivas de María Llopis, para, ao final, questionar a lacuna consciente das normas trabalhistas.

A partir disso, conclui-se que, a partir dos escritos analisados, as maternidades subversivas podem ser conceituadas como aquelas que subvertem a ordem padrão da heteronormatividade, da relação homem-mulher, estabelecida e marcada pela binariedade e cisgeneridade. Essa nova concepção de maternidade e maternagem, representada por suas vivências plurais, rompe com o sistema heterocisnormativo de gerar e cuidar de vidas.

Diante disso, os sujeitos e as sujeitas que vivenciam maternidades subversivas são tratados/as com violência e invisibilização, inclusive pelo Direito do Trabalho, principalmente fundado pelo estranhamento que causam no ideário social hegemônico.

Nesse aspecto, essas mães, pais e MAPAS são alvos de maior vulnerabilidade pela dissidência de suas identidades de gênero e orientação sexual, categorias que se unem interseccionalmente a outros elementos que geram opressão, como classe e raça.

Portanto, conclui-se que as normas que tratam da licença-maternidade (art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho) e da garantia de emprego à gestante (art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias) não são suficientes para a proteção das maternidades subversivas no mercado de trabalho brasileiro, principalmente pela aplicação da norma a casos que fogem do sujeito ideal demandarem acesso ao Judiciário, de um Estado que nega institucionalmente o acesso à tutela jurisdicional aos mais vulnerabilizados por sua própria estrutura de poder.

Diante disso, as normas da CLT, marcadas pelo binarismo de gênero, reverberam a ótica patriarcal capitalista de que a sustentabilidade da vida e o cuidado das crianças devem sempre ser uma atividade atrelada ao feminino/hetero/cis.

Como conclusão, as ditas leis de proteção à maternidade podem ser insustentáveis à reprodução humana, com uma proteção que se destina a um

grupo de mulheres específico: mães brancas, cisgênero, burguesas, instruídas e em uma relação heterossexual, que mesmo no padrão hegemônico são desprotegidas.

Tal cenário, portanto, afasta as pessoas que têm filhas/os e que não pertencem ao grupo hegemônico de empregos protegidos, entre elas: mulheres negras, pobres, mulheres trans, homens trans e aqueles de menor instrução educacional.

Nesse panorama, a crítica *queer*-materno subversiva quer colaborar para a ampliação da proteção no Direito do Trabalho e a pluralização epistêmica do sujeito tradicionalmente protegido, para consubstanciar a autonomia real sobre as maternidades, para que as pessoas possam parir e continuar empregadas, e que parir seja de fato uma escolha e não uma imposição patriarcal e capitalista.

Assim, por meio da análise do conceito de subversão desenvolvido no pensamento de Judith Butler (2019), conjugada à compreensão de maternidade subversiva apresentada por María Llopis (2018), por meio de um diálogo com o Direito do Trabalho brasileiro, mais especificamente com as normas protetivas à maternidade no ambiente laboral, confirma-se a hipótese da pesquisa. De forma que, após analisar a efetividade dessas normas laborais no mundo fático, é evidente que essas são causadoras de subproteção, pois incapazes de suprir as novas demandas que esses grupos subalternos trazem ao cenário do Direito, especialmente em vista de um Judiciário que quer implementar a ordem normativa quanto às maternidades.

Diante disso, ressalta-se a necessidade de um enfrentamento das relações capitalistas laborais hegemônicas para que o modelo de insustentabilidade da vida para as maternidades subversivas deixe de ser a regra.

REFERÊNCIAS⁹

AGÊNCIA O GLOBO. Homem trans ganha licença-paternidade na prefeitura do Rio: ‘Todos os pais merecem’. *Agência o Globo*, 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2019/12/homem-trans-ganha-licenca-paternidade-na-prefeitura-do-rio-todos-os-pais-merecem.html>. Acesso em: 12 dez. 2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – ANTRA. Boletim 3/2020. [S.l.]: ANTRA, 2020. Disponível em: <https://antrabrazil.org>. Acesso em: 29 jan. 2023.

AZEVEDO, Thiago Galeão de. *Corpos coerentes: uma análise sócio-jurídica sobre transição corporal e relações de poder*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

⁹ Para a construção deste texto foram utilizadas majoritariamente mulheres e pessoas LGBTQIA+ como desobediência epistêmica do lócus daquela/e que produz o conhecimento.

AZEVEDO, Thiago Galeão de. *Direitos para alienígenas sexuais*: um estudo sobre a lógica de poder e a verdade produzida sobre a sexualidade no campo jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BOMFIM, Rainer. Seguridade social e desestabilização do sujeito epistêmico pela teoria queer: uma proposta expansiva para a proteção da transição de gênero pela Assistência Social. *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 3, 2024a. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Lw7CF9zGBG8PJqfrCmHGhXd/abstract/?lang=pt>. Acesso em 15 nov. 2024.

BOMFIM, Rainer. *Aposentadoria de pessoas trans*: uma proposta queer de proteção da transição de gênero. São Paulo: Dialética, 2024b.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power. *Videre*, Dourados, v. 14, n. 29, 29 jul. 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12989>. Acesso em: 1º ago. 2023.

BOMFIM, Rainer; SALLES, Victória; BAHIA, Alexandre. Necropolítica Trans: o gênero, cor e raça das LGBTI que morrem no Brasil são definidos pelo racismo de Estado. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 31, p. 153-170, 2019. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/N.%2031%20%282019%29>. Acesso em: 1º ago. 2023.

BOMFIM, Rainer. *Proteção da transição de gênero pela assistência social*: uma proposta-truque para o conceito de hipossuficiência. São Paulo: Dialética, 2022.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam*: os limites discursivos do sexo. Tradução de Verônica Daminelli e Daniel Yago Françoli. São Paulo: n-1 edições, 2019.

CAMPOS, Lorena Cristina de Araújo. *Quem pode parir?* Maternidades ecofeministas no Direito do Trabalho brasileiro. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: A vontade de saber*. Tradução de Maria Teresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 1997, v. 1.

GERALDO, Nathalia. Homem que estava grávido dá à luz Antonella, por cesárea, em Itapira (SP). *UOL notícias*, 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/12/homem-gravido-da-a-luz-antonella-por-cesarea-em-itapira-sp.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

GLENN, Evelyn Nakano. Social constructions of *mothering*: a thematic overview. In: GLENN, E. N. CHANG, G. FORCEY, L. R. *Mothering: ideology, experience and agency*. New York: Routledge, 1994.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Almedina, 2020.

IMAZ, Elixabete. Las madres bricoleurs. Estrategias, prácticas y modelos maternos contemporáneos. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 485-497, 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2016000200485. Acesso em: 24 nov. 2023.

LLOPIS, María. *Subversive motherhood: Orgasmic birth, gender, queer parenting, papas, trans parenting, Gynepunk, etc.* [S.l.]: Amazon Digital Services LLC, 2018. (Kindle Edition).

MACHADO, Cecília; PINHO NETO, Valdemar Rodrigues de. *The labor market consequences of maternity leave policies: Evidence from Brazil*. São Paulo: FGV, 2016.

MOLINIER, Pascale. Ética e trabalho do care. In: HIRATA, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araújo (org.). *Cuidado e cuidadoras: As várias faces do trabalho do care*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29-44.

MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Decolonialidade do saber e o Direito do Trabalho brasileiro: sujeição interseccionais c

ontemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 37, 2018.

NICOLI, Pedro Augusto; Gravata.; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, p. 519-544, 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332001000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 nov. 2023.

SOARES, Cristiane. A distribuição do tempo dedicado aos afazeres domésticos entre homens e mulheres no âmbito da família. *Gênero* (Niterói), v. 9, p. 9-29, 2008.

SPARGO, Tasmin. *Foucault e Teoria Queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós seculares*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

TEIXEIRA, Aysla. *As mulheres-mães do Direito do Trabalho: uma crítica à colonialidade de gênero das destinatárias das normas jurídicas trabalhistas de tutela da maternidade*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

Recebido: 28/08/2024

Aprovado: 15/05/2025

DIREITOS REPRODUTIVOS: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA FEMININA

*REPRODUCTIVE RIGHTS: A DISCUSSION ON
HUMAN DIGNITY AND FEMALE AUTONOMY*

Nariel Diotto¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

-
- ¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestra em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz). Especialista em Direitos das Mulheres pela Faculdade de Educação, em Ensino da Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL) e em Direito Constitucional pela Faculdade Cidade Verde (UnicV). Bacharela em Direito pela Unicruz. Professora da Escola Brasileira de Direito das Mulheres.
 - ² Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestra em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). MBA em Gestão da Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação pela Faculdade União das Américas (UniAmérica). Especialista em Direito Privado pela Unisc e em Terapia Familiar pela Escola Domus (ED). Bacharela em Direito e Psicologia e licenciada em Estudos Sociais pela Unisc. Professora de graduação, pós-graduação *lato sensu* e de mestrado e doutorado em Direito da Unisc.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Resgate histórico dos direitos reprodutivos. 2 Discussão sobre dignidade humana, autonomia feminina e posicionamentos do Ministro Luís Roberto Barroso. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar a articulação entre os direitos reprodutivos e os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no contexto jurídico brasileiro, com foco nos posicionamentos do Ministro Luís Roberto Barroso. O problema de pesquisa que orienta o artigo é: como os direitos reprodutivos, defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, se articulam com os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no Brasil? O objetivo geral do artigo é investigar como a defesa dos direitos reprodutivos se relaciona com a promoção da dignidade humana e da autonomia feminina, ressaltando a importância desses direitos no fortalecimento das garantias fundamentais para as mulheres. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, que envolve a análise de doutrinas jurídicas, artigos acadêmicos, decisões judiciais e discursos do Ministro Barroso, além da consulta a legislações e tratados internacionais sobre direitos reprodutivos e direitos humanos. Como resultado, compreende-se que os direitos reprodutivos se articulam diretamente com os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no Brasil, ao promover a ampliação das garantias constitucionais das mulheres, especialmente no que diz respeito ao direito ao aborto e ao planejamento familiar, fortalecendo a igualdade de gênero e a proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Autonomia feminina. Dignidade Humana. Direitos Sexuais. Direitos Reprodutivos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship between reproductive rights and the concepts of human dignity and female autonomy within the Brazilian legal context, focusing on the positions of Minister Luís Roberto Barroso. The research question guiding this article is: how do the reproductive rights, advocated by Minister Luís Roberto Barroso, relate to the concepts of human dignity and female autonomy in Brazil? The general objective of the article is to investigate how the defense of reproductive rights relates to the promotion of human dignity and female autonomy, highlighting the importance of these rights in strengthening fundamental guarantees for women. The methodology used is a bibliographic review, involving the analysis of legal doctrines, academic articles, judicial decisions, and speeches by Minister Barroso, as well as the examination of legislation and international treaties on reproductive rights and human rights. As a result, it is understood that reproductive rights are directly linked to the

concepts of human dignity and female autonomy in Brazil by promoting the expansion of constitutional guarantees for women, especially regarding the right to abortion and family planning, thereby strengthening gender equality and the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Abortion. Female Autonomy. Human Dignity. Sexual Rights. Reproductive Rights.

INTRODUÇÃO

Mulher “não é um útero a serviço da sociedade”, foi uma frase enunciada por Barroso, no ano de 2018, durante o I Congresso Internacional de Direito e Gênero promovido pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (Dal Piva, 2018). Essa afirmação reflete a visão progressista do Ministro Luís Roberto Barroso em relação aos direitos reprodutivos e à autonomia feminina, destacando a importância de se respeitar a dignidade das mulheres na sociedade contemporânea.

No contexto jurídico brasileiro, os direitos reprodutivos têm sido objeto de intensos debates, especialmente no que se refere ao direito ao aborto e ao planejamento familiar, áreas em que Barroso tem se posicionado de maneira firme e favorável à ampliação das garantias constitucionais das mulheres. A conquista dos direitos reprodutivos sempre esteve relacionada com a articulação de grupos feministas, atravessando disputas políticas e concepções morais diversificadas. Várias áreas do conhecimento contribuíram para a concepção dos direitos reprodutivos, como a teoria feminista, as ciências humanas e as ciências da saúde.

Nesse viés, o presente artigo busca responder à seguinte questão: como os direitos reprodutivos, defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, se articulam com os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no contexto jurídico brasileiro? O objetivo geral do artigo é analisar como a defesa dos direitos reprodutivos se relaciona com a promoção da dignidade humana e da autonomia feminina, destacando a importância desses direitos no fortalecimento das garantias fundamentais das mulheres.

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, com a análise de doutrinas jurídicas, artigos acadêmicos, decisões judiciais e discursos proferidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso. A pesquisa também inclui a consulta a legislações e tratados internacionais que tratam dos direitos reprodutivos e da proteção dos direitos humanos, com o objetivo de contextualizar e fundamentar a discussão proposta. A revisão bibliográfica permite uma compreensão abrangente do tema, bem como a identificação das principais contribuições do ministro para o avanço dos direitos reprodutivos no Brasil.

O artigo é dividido em duas seções: a primeira busca explicar o conceito de direitos reprodutivos, sua importância no contexto dos direitos humanos e

sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os principais desafios enfrentados na sua efetivação. Em seguida, na segunda seção, parte-se para a discussão sobre os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina, analisando como o Ministro Luís Roberto Barroso tem defendido a ampliação dos direitos reprodutivos das mulheres, especialmente em temas como aborto e planejamento familiar, e como esses posicionamentos refletem seu compromisso com a proteção e promoção desses direitos no Brasil.

1. RESGATE HISTÓRICO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

Desde os primórdios da História, o corpo das mulheres tem sido visto como um objeto de exploração e controle em diversas esferas sociais, uma realidade que se tornou central nos debates dos movimentos feministas contemporâneos. Nesse contexto, as discussões sobre os direitos reprodutivos das mulheres ganharam relevância, pois esses direitos estão intrinsecamente ligados ao conceito de direitos humanos, como reconhecido em diversos tratados e legislações internacionais e nacionais.

O movimento feminista, especialmente a partir da segunda metade do século XX, intensificou os questionamentos sobre os direitos reprodutivos, debates que também contribuíram para a formulação dos direitos sexuais. Ou seja, “no primeiro caso há uma autoria original do feminismo, e no segundo uma autoria compartilhada entre vários movimentos sociais, sendo os mais relevantes o movimento gay, o movimento lésbico e o movimento feminista” (Ávila, 2003, p. S466). Atualmente, esses conceitos são amplamente discutidos, especialmente em vista do fato de que as mulheres ainda não possuem plenos direitos que assegurem a autonomia sobre seus próprios corpos. Elas continuam a enfrentar obstáculos significativos para a obtenção de direitos reprodutivos completos, como o acesso ao aborto, além de encontrarem restrições ao livre exercício de sua sexualidade, impactando os direitos sexuais.

Os direitos reprodutivos referem-se à garantia de igualdade e liberdade para que cada pessoa possa tomar decisões informadas e autônomas sobre se deseja ou não ter filhos, quantos filhos deseja ter, quando tê-los, bem como ter acesso a métodos contraceptivos, à assistência adequada durante a gestação e o parto, e à possibilidade de interromper uma gravidez nos casos previstos em lei. Já os direitos sexuais dizem respeito à igualdade, à dignidade e à liberdade no exercício da sexualidade, incluindo o direito ao prazer, à orientação sexual, à identidade de gênero e à proteção contra violência e discriminação (Ávila, 2003).

Dessa forma, ambos os direitos são componentes essenciais da cidadania das mulheres, sendo reconhecidos como valores fundamentais da democracia e integrando as agendas políticas tanto em âmbito nacional

quanto internacional (Ávila, 2003). Além disso, é importante diferenciar os direitos sexuais dos direitos reprodutivos, já que o exercício da sexualidade não deve ser limitado exclusivamente à função reprodutiva.

De acordo com Ávila (2003), tratar os direitos sexuais e reprodutivos como campos distintos é uma questão crucial para garantir a autonomia dessas duas esferas da vida, possibilitando que sejam relacionados entre si e com diversas outras dimensões da vida social. Essa separação representa o reconhecimento das razões históricas que levaram o feminismo a defender a liberdade sexual das mulheres como elemento diretamente vinculado à sua autonomia nas decisões sobre a vida reprodutiva. A luta ideológica para romper com a moral conservadora, que impunha a submissão da sexualidade feminina à função reprodutiva, teve um impacto profundo na história da prática política e do pensamento feminista e continua sendo relevante até os dias atuais.

O conceito de direitos reprodutivos, portanto, remete a um mecanismo de ação política que integra discussões sobre temas como aborto, concepção, contracepção e mortalidade materna, ao passo que também dialoga com temas ligados aos direitos sexuais, como a homossexualidade, dada a sua relação com a autonomia sobre o corpo e a liberdade de decisão. Esses tópicos, que anteriormente estavam restritos ao campo da saúde, passaram a ser reconhecidos como questões centrais no âmbito dos direitos humanos. De maneira semelhante, os direitos sexuais, que emergiram em um momento posterior, estabeleceram novos paradigmas com o objetivo de combater os estigmas associados às chamadas sexualidades alternativas. Esses direitos tratam, sobretudo, do direito à livre escolha de parceiros sexuais, sem discriminação de qualquer natureza (Lemos, 2014).

A negação dos direitos sexuais e a ideia de que a reprodução seria um destino compulsório e natural para as mulheres foram impostas pela hegemonia da heteronormatividade, que estabelece um padrão de relacionamento baseado na procriação como finalidade essencial do sexo. Nesse contexto, a heterossexualidade foi consolidada como a forma “natural” de relação, assegurada pela repressão das demais formas de expressão sexual. Por essa razão, os movimentos feminista, gay e lésbico uniram esforços estratégicos para promover os direitos sexuais, ampliando os significados da cidadania e garantindo novas formas de expressão e reconhecimento social (Ávila, 2003).

Para as mulheres que se mobilizaram na construção desses direitos, a tentativa de romper com a heteronormatividade imposta historicamente representou um avanço significativo no controle sobre seus próprios corpos e no rompimento de determinados tabus e elementos centrais do domínio patriarcal. No entanto, a desigualdade de gênero, que ainda é reforçada por esse sistema patriarcal, continua a ser um dos principais obstáculos à

autonomia sexual e reprodutiva das mulheres. Além disso, a violência tem sido utilizada como uma ferramenta para perpetuar a dominação de seus corpos, dificultando a plena realização desses direitos (Ávila, 2003).

Ao focar especificamente na análise dos direitos reprodutivos, observa-se que esse conceito se refere às normas de direitos humanos que asseguram o exercício individual, livre e responsável da reprodução humana. Esses direitos englobam a capacidade de decidir sobre o número de filhos, o momento de seus nascimentos, bem como o acesso garantido à autonomia reprodutiva, sem que haja qualquer forma de violência ou discriminação (Ventura, 2009). Como exemplo,

A natureza dos Direitos Reprodutivos envolve direitos relativos: À vida e à sobrevivência. À saúde sexual e reprodutiva, inclusive, aos benefícios ao progresso científico. À liberdade e à segurança. À não-discriminação e o respeito às escolhas. À informação e à educação para tomada de decisão. À autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade. Ao casamento, à filiação, à constituição de uma família. À proteção social à maternidade, paternidade e à família, inclusive no trabalho (Ventura, 2009, p. 19).

Dessa forma, os direitos reprodutivos dizem respeito ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre a reprodução, incluindo o acesso a políticas públicas de saúde e educação voltadas à maternidade segura, ao planejamento familiar e à informação sobre métodos contraceptivos (Ventura, 2009). Ainda que os direitos sexuais e reprodutivos sejam frequentemente abordados de forma conjunta, é importante destacar que os direitos reprodutivos referem-se especificamente à liberdade de escolha sobre a reprodução, enquanto os direitos sexuais dizem respeito à vivência livre da sexualidade, independentemente da reprodução. Sendo integrantes dos direitos humanos, os direitos reprodutivos possuem a mesma importância que os direitos sociais e econômicos. “Todos são interdependentes e indivisíveis, e, no âmbito da atenção à saúde, esse reconhecimento é fundamental para a eficaz implementação das diretrizes governamentais” (Lemos, 2014, p. 245).

Abordar os direitos reprodutivos transcende a mera discussão sobre as decisões relacionadas à procriação humana, pois envolve o exercício de direitos individuais e sociais através de normas e políticas públicas que assegurem equidade nas relações pessoais. Nesse contexto, a igualdade não se restringe à igualdade formal prevista na lei, mas busca alcançar condições materiais equitativas, isto é, iguais condições de vida independentemente do gênero. Para que isso ocorra, é necessário identificar as vulnerabilidades específicas das mulheres e, a partir daí, implementar políticas afirmativas. Nesse processo, o Estado desempenha um papel crucial, assumindo não

apenas a responsabilidade de não interferir na vida sexual e reprodutiva das pessoas, mas também o dever de proteger, promover e fornecer os recursos necessários para a efetivação desses direitos (Ventura, 2009).

Na mesma trilha, Barsted (2015) salienta que a experiência da sexualidade e reprodução envolve não apenas a liberdade e a autonomia, mas também a totalidade dos direitos de cidadania. Dentro do campo de discussões sobre direitos humanos, o movimento de mulheres tem desempenhado um papel crucial em debates que vão além da questão reprodutiva, abordando, de forma significativa, os diversos aspectos³ que perpetuam as desigualdades de gênero.

Somente após a segunda metade do século XX, os direitos sexuais e reprodutivos começaram a ser reafirmados em âmbito internacional, especialmente por meio de conferências sobre direitos humanos. Em 1948, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) marcou um ponto de inflexão no desenvolvimento do sistema global de proteção dos direitos humanos no contexto das Nações Unidas. E assim, o sistema global de direitos humanos vem sendo continuamente especializado e expandido por meio da adoção de diversos tratados e convenções internacionais, que abordam de forma mais específica as condições e necessidades de diferentes indivíduos e grupos. Nesse processo, houve uma transição da figura abstrata do ser humano para uma atenção mais acurada às diferenças entre sexos, raças, gerações, entre outros. Foi a partir dessa evolução que emergiram os direitos humanos das mulheres e, posteriormente, os direitos sexuais e reprodutivos (Mattar, 2008).

O termo “direitos reprodutivos” foi apresentado ao público pela primeira vez durante o I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, em 1984. Considerado mais abrangente, esse termo substituiu a antiga expressão “saúde da mulher”. A busca intensificada pelos direitos reprodutivos teve início principalmente devido à necessidade de desconstruir a ideia da maternidade como um destino compulsório, permitindo às mulheres fazerem escolhas sobre questões como o aborto e a anticoncepção. No entanto, foi na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, que o termo foi plenamente consagrado, e posteriormente reafirmado na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, em 1995. O Programa de Ação do Cairo estabeleceu que os direitos reprodutivos incluem alguns “direitos humanos já

3 Esses aspectos incluem, entre outros: (1) a divisão sexual do trabalho, que impõe às mulheres a responsabilidade majoritária pelo trabalho doméstico e de cuidado não remunerado; (2) a violência de gênero, em suas múltiplas formas, como física, sexual, psicológica, institucional e obstétrica; (3) a desigualdade no acesso a oportunidades educacionais, políticas e econômicas; (4) a discriminação no mercado de trabalho, que se expressa por meio da disparidade salarial, da precarização do trabalho feminino e da baixa representatividade em cargos de liderança; (5) a negação ou restrição dos direitos sexuais e reprodutivos; (6) os estereótipos de gênero, que reforçam padrões culturais excludentes e limitam a autonomia das mulheres; e (7) o racismo e outras interseccionalidades que agravam as desigualdades vivenciadas por mulheres negras, indígenas, com deficiência, LGBTQIA+ e de classes populares.

reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais” (Mattar, 2008, p. 63). O Programa também destacou o reconhecimento do direito de cada casal de decidir livremente sobre o número de filhos e os intervalos entre as gestações, o acesso à informação sobre os meios de concepção e procriação, além do direito a um padrão adequado de saúde sexual e reprodutiva (Mattar, 2008).

No entanto, a compreensão de que os direitos reprodutivos são uma parte integrante dos direitos humanos, com ênfase na autonomia das mulheres, começou a se consolidar apenas na primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada no Irã em 1968. Durante esse evento, foi estabelecido o princípio central dos direitos reprodutivos, que reconhece como Direito Humano Fundamental a liberdade dos pais de decidir de maneira livre e responsável sobre o número e o espaçamento de seus filhos, além do direito ao acesso à educação e à informação adequadas a esse respeito. Em 1984, no México, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento aprofundou essa discussão ao abordar o crescimento populacional e destacar a necessidade de os governos implementarem programas de planejamento familiar (Mattar, 2008). Nesse sentido, Mattar (2008, p. 68) afirma:

A década das Nações Unidas para as Mulheres iniciou-se com a I Conferência Internacional da Mulher, realizada no México, em 1975. Lá se reuniram pessoas do mundo todo (praticamente 70% eram mulheres) que conseguiram incluir na Declaração da Conferência o direito à autonomia reprodutiva. Mas, foi-se além: a declaração previu o direito à escolha reprodutiva sob a noção de controle e integridade corporal.

Ao longo do tempo, diversas convenções internacionais ampliaram o tratamento dos direitos das mulheres, abrangendo questões de igualdade, não discriminação e combate à violência. Em 1979, a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), exigindo que os Estados-partes implementassem políticas para combater a discriminação em todos os aspectos da vida das mulheres, especialmente nas relações afetivas e familiares, garantindo-lhes os mesmos direitos de decisão sobre a prole e o acesso à informação e aos meios necessários para exercer esses direitos. Em 1994, a Organização dos Estados Americanos articulou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, um marco na proteção dos direitos das mulheres, reconhecendo garantias específicas.

Esses avanços no âmbito internacional tiveram um impacto significativo na autonomia e na saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Na década de 1990, as conferências do Cairo (1994) e de Pequim (1995) foram fundamentais

para o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos. No Cairo, o movimento feminista conseguiu deslocar o foco das questões demográficas para os direitos reprodutivos, enquanto em Pequim essas conquistas foram reafirmadas e integradas aos direitos humanos, marcando a primeira vez na história em que as mulheres foram reconhecidas não apenas como seres que possuem direitos reprodutivos, mas também como detentoras de direitos sexuais (Mattar, 2008). Da mesma forma, no Brasil, Lemos (2014, p. 245) afirma que:

O conceito de direitos reprodutivos começou a ser formulado a partir da reflexão das mulheres a respeito do exercício de sua função reprodutiva, de seu papel e de suas condições na sociedade [...]. A mudança da terminologia ‘saúde da mulher’ para a de ‘conceito de direitos reprodutivos’ passou a ser empregada sistematicamente no início dos anos 1980, quando havia participação ativa de um grupo de feministas brasileiras no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, em Amsterdã. Porém, esse termo só foi consagrado na década de 1990 quando a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou reuniões temáticas internacionais, nas quais questões relativas ao gênero, saúde, equidade, autonomia, direitos humanos, dentre outras, foram reafirmadas e reforçadas mutuamente.

A construção dos direitos reprodutivos, conforme analisado, resulta principalmente do engajamento dos movimentos feministas e de seu reconhecimento como direitos humanos e fundamentais. O ambiente propício a essas reivindicações também contribuiu para a consolidação desses direitos, considerando as necessidades emergentes no contexto contemporâneo, especialmente no que se refere à autonomia e emancipação das mulheres, ao controle sobre o próprio corpo e a fecundidade, bem como à atenção à saúde reprodutiva (Ventura, 2009).

Ainda há um caminho significativo a ser percorrido para assegurar plenamente esses direitos, especialmente no Brasil, onde movimentos conservadores e fundamentalistas⁴ erguem barreiras contrárias à libertação feminina, sustentando papéis sexuais tradicionais que desvalorizam o corpo, a existência e até mesmo a narrativa das mulheres. Conforme Gebara (2024), o poder dentro das instituições, inclusive as religiosas, ainda se apoia no medo dos corpos femininos, sustentado por uma visão masculina de Deus e por uma teologia que exclui as mulheres da representatividade real. Existe o receio de que a presença e a força das mulheres ameacem essa estrutura

⁴ Movimentos conservadores e fundamentalistas referem-se a grupos sociais, políticos ou religiosos que buscam manter ou restaurar normas e valores considerados “tradicionais”, especialmente no que se refere à moral sexual, à estrutura familiar e aos papéis de gênero. No contexto brasileiro, esses movimentos muitas vezes se opõem a avanços nos direitos das mulheres, à educação sexual nas escolas, à descriminalização do aborto e à promoção da diversidade sexual e de gênero, fundamentando suas posições em interpretações religiosas literalistas ou em discursos que idealizam a mulher exclusivamente como mãe e cuidadora, negando sua autonomia e pluralidade.

frágil de poder. No entanto, no momento atual, é necessário agir de forma concreta e próxima das pessoas em sofrimento – como crianças vítimas de violência, mães que enfrentam a fome e a falta de moradia, e famílias sem acesso a cuidados de saúde.

Essa realidade ganha contornos ainda mais críticos quando se observa a situação do aborto no país, prática que, embora em declínio, permanece como uma questão central de saúde pública e de justiça reprodutiva. A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA 2021) identificou que cerca de 10% das mulheres brasileiras entre 18 e 39 anos já realizaram ao menos um aborto, sendo que a maioria o fez antes dos 20 anos de idade. O estudo também revela que a experiência do aborto está atravessada por marcadores sociais de desigualdade, atingindo de forma mais intensa mulheres negras, indígenas, com menor escolaridade e residentes em regiões empobrecidas. Esses dados evidenciam o impacto direto da negação de direitos sexuais e reprodutivos sobre a vida e a dignidade das mulheres, especialmente das mais vulnerabilizadas, reforçando a necessidade urgente de políticas públicas e decisões judiciais que reconheçam essas interseccionalidades (Diniz; Medeiros; Madeiro, 2023).

Nesse contexto, torna-se essencial refletir acerca das relações entre esses direitos com o princípio da dignidade humana e com a própria autonomia feminina, já que essas garantias são essenciais para que mulheres encontrem sua emancipação. Nesse viés, torna-se relevante, ainda, verificar a atuação dos tribunais nesse sentido, principalmente sobre os argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso na garantia de maior autonomia feminina.

2. DISCUSSÃO SOBRE DIGNIDADE HUMANA, AUTONOMIA FEMININA E POSICIONAMENTOS DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

As constantes mudanças sociais vivenciadas pelas mulheres no decorrer do tempo ensejaram que lhes fossem garantidos direitos que considerassem sua condição específica de gênero, tendo em vista que, predominantemente, os hábitos sociais, culturais e as próprias normas tornaram-nas pessoas subalternizadas, à margem de uma parcela masculina e detentora desses direitos. Por isso, durante os vários momentos em que a luta das mulheres ocorreu no campo do Direito, foram diferentes as suas ambições, a depender do contexto vivido e dos impactos de sua exclusão da concepção de sujeito de direitos. Por exemplo, nos momentos em que mulheres visavam adentrar no campo político no início do século XX, as mulheres sufragistas reivindicavam o voto; em plena Revolução Industrial, as mulheres socialistas reivindicavam direitos trabalhistas. Mais recentemente, encontram-se na pauta feminista os direitos reprodutivos, a exemplo do aborto. Bobbio (1992, p. 68) já dizia

que “os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social”. Por essa razão, é importante resgatar as principais garantias que embasam o enfrentamento à desigualdade de gênero, representadas nas normas vigentes, tendo em vista que possuem um papel regulamentador de relações e instituem os processos sociais.

A dignidade humana é reconhecida como um dos princípios estruturantes da legislação brasileira, com status constitucional. Sarmento (2016), explica que o fundamento da dignidade da pessoa humana – seja ele baseado em leis divinas, na natureza humana ou nas lutas sociais – não surgiu acabado, tampouco possui uma concepção fechada. Trata-se de um conceito em constante construção, que assume significados diversos conforme o contexto histórico e social. Como destaca o autor, “até o advento da Modernidade, era sobretudo no discurso religioso que se encontravam exaltações à dignidade do ser humano”, ainda que expressas em termos relacionados à autonomia e liberdade (Sarmento, 2016, p. 51).

A dignidade humana também esteve presente no pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica. Contudo, a dignidade da pessoa humana estava mais relacionada com “[...] a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade” (Sarlet, 2011, p. 17). Portanto, se considerada sua definição, nem todas as pessoas seriam consideradas dignas. Já no pensamento romano, a noção de dignidade foi aproximada da pretensão de respeito e consideração a que deve possuir cada ser humano. Assim, a dignidade passou a ter uma compreensão desvinculada do cargo ou posição social, sendo possível reconhecer a existência de um sentido moral, relacionado com as virtudes pessoais e de mérito de cada indivíduo, assim como um sentido sociopolítico de dignidade, relacionado com sua posição social e política (Sarlet, 2011). De acordo com Barroso (2010, p. 4):

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura póspositivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida

em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana constitui elemento central e representa os valores ideológicos da ordem jurídica brasileira. De acordo com Rosa e Gorczewski (2023), a dignidade humana, atualmente reconhecida como um princípio fundamental do Direito, desempenha um papel crucial na vida econômica e social dos indivíduos. Considerando que a função primordial do Direito e do Estado é servir e proteger o ser humano, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna um meio essencial para alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo tanto das ações nocivas de seus semelhantes quanto de si mesmo e do próprio Estado. A dignidade da pessoa humana é um elemento fundamental em qualquer ordenamento jurídico democrático, intrinsecamente ligada aos conceitos de liberdade e igualdade que sustentam os direitos fundamentais. Sem a garantia e efetivação da dignidade humana, não se pode falar em verdadeira liberdade e igualdade. Da mesma forma, a liberdade e a igualdade não podem ser plenamente alcançadas sem que sejam observados os requisitos mínimos para a garantia da dignidade humana.

Esse princípio, portanto, visa resguardar a pessoa, fundamentando muitas das reivindicações sociais, pois é um meio de se buscar direitos voltados ao bem-estar e à proteção contra diversas violações de direitos, que possam degradar a pessoa humana e obstar a conquista de uma boa qualidade de vida. O Estado Democrático brasileiro gravita em torno desse princípio constitucional, que serve, também, de orientação para todas as outras normativas e regulamentos jurídicos. É, ainda, um valor que fundamenta a concretude de outros direitos, principalmente das liberdades individuais.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui diversas funções, principalmente se considerada a sua importância capital e amplitude para a legislação brasileira. Referido princípio foi consagrado no Brasil, pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988,⁵ atualmente vigente, como um dos fundamentos da República. Sendo assim, é um “[...] princípio legitimador, que confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário” (Sarmiento, 2016, p. 78). A dignidade humana, portanto, constitui um valor essencial que foi elevado à condição de princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua inclusão explícita em normas legais, seja por sua aceitação como um imperativo jurídico implícito derivado do sistema normativo. Dessa

5 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (Brasil, 1988).

forma, a dignidade humana opera tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo para a proteção dos direitos fundamentais (Barroso, 2010).

Para Barroso (2010), há três elementos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. No que tange ao valor intrínseco, aduz que, no plano jurídico, o valor intrínseco fundamenta a inviolabilidade da dignidade humana e dá origem a direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e moral e ao reconhecimento legal como pessoa. Esses direitos são essenciais para garantir que a dignidade humana seja protegida, mesmo contra ações autolesivas.

Em relação à autonomia, na dimensão jurídica, ela se divide em duas esferas: privada e pública. No contexto dos direitos individuais, ela se manifesta como autonomia privada, essencial para a liberdade e o direito à autodeterminação sem interferências ilegítimas, exigindo também condições materiais para essa autodeterminação, o que se conecta à igualdade material. No contexto dos direitos políticos, a autonomia pública se reflete no direito de participar do processo democrático, não apenas através do voto, mas também pelo envolvimento no debate público e na organização social (Barroso, 2010).

Já em relação ao valor social da pessoa humana, a dignidade como valor comunitário, ou dignidade como heteronomia, representa o aspecto social da dignidade, focando na relação do indivíduo com o grupo. Esse conceito se baseia nos valores compartilhados pela comunidade e seus ideais de vida, enfatizando responsabilidades e deveres coletivos mais do que escolhas individuais. Ao contrário da dignidade como liberdade, aqui a dignidade impõe limites à liberdade individual, sendo utilizada para promover objetivos como a proteção do indivíduo contra atos autodestrutivos, a proteção dos direitos de terceiros e a preservação de valores sociais como a solidariedade. No entanto, esse conceito envolve riscos significativos, como o uso da dignidade para justificar políticas paternalistas, o enfraquecimento de direitos fundamentais em nome do Estado e os perigos associados ao moralismo e à tirania da maioria ao definir valores compartilhados (Barroso, 2010).

À luz dessas definições, parte-se para a discussão da relação dos direitos reprodutivos com o conceito de dignidade humana e autonomia, as quais estão interligadas, visto que formam a base para a promoção dos direitos fundamentais das mulheres. A dignidade humana, reconhecida como um princípio essencial no ordenamento jurídico, confere a cada indivíduo um valor intrínseco que deve ser respeitado e protegido. Nesse contexto, a autonomia emerge como um elemento central da dignidade, permitindo que os indivíduos façam escolhas livres e informadas sobre suas vidas, incluindo decisões sobre seus corpos e suas vidas reprodutivas. Os direitos reprodutivos, por sua vez, são a expressão concreta dessa autonomia,

assegurando às mulheres o direito de decidir sobre a reprodução de maneira livre e responsável, sem interferências indevidas. Dessa forma, a garantia dos direitos reprodutivos é fundamental para o pleno exercício da dignidade humana e da autonomia feminina, permitindo que as mulheres tenham controle sobre suas vidas e sejam tratadas como sujeitos plenos de direitos, com igualdade e respeito em todas as esferas da vida social.

Contudo, nessa discussão, surgem barreiras impostas por um determinado valor social superior, que frequentemente serve para mascarar atitudes conservadoras e misóginas⁶ contra as mulheres. Esses valores, muitas vezes apresentados como defesa da vida ou preservação da moralidade, são utilizados como argumentos para atacar os direitos reprodutivos, especialmente o direito ao aborto. Sob o pretexto de proteger um valor supremo, como o direito à vida do nascituro, ignora-se a autonomia das mulheres e sua capacidade de tomar decisões informadas sobre seus próprios corpos. Essa retórica não apenas desconsidera a dignidade humana das mulheres, mas também perpetua uma visão patriarcal que subordina os direitos femininos a uma moralidade imposta, que raramente leva em conta as complexidades e realidades vividas por elas. O resultado é a manutenção de políticas públicas que restringem o acesso ao aborto seguro e legal, forçando muitas mulheres a recorrer a procedimentos clandestinos e arriscados. Assim, a invocação de um valor social superior funciona como um mecanismo de controle sobre os corpos femininos, mantendo o status quo de desigualdade e negando às mulheres a plena realização de seus direitos reprodutivos e, conseqüentemente, de sua dignidade e autonomia.

De acordo com o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus n. 124.306 (Rio de Janeiro), a criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação deve ser revista por várias razões. Primeiro, ressaltou que a criminalização do aborto é incompatível com vários direitos fundamentais, incluindo os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, uma vez que o Estado não pode obrigá-las a manter uma gestação indesejada. A autonomia da mulher, que preserva o direito de fazer escolhas existenciais, também é violada pela criminalização, pois é ela quem sofre, em seu corpo e psiquismo, os efeitos de uma gestação não desejada. Além disso, a criminalização compromete a igualdade de gênero, dado que os homens não engravidam, e a plena equiparação de gênero depende do respeito à vontade da mulher nesse aspecto (Brasil, 2016).

6 Atitudes conservadoras e misóginas referem-se a comportamentos, discursos e políticas que reforçam a desigualdade de gênero e a subordinação das mulheres, muitas vezes disfarçados de defesa de valores tradicionais. Entre os exemplos estão: a oposição sistemática à legalização do aborto, mesmo em casos já previstos por lei; a culpabilização da mulher em casos de violência sexual; a negação da existência da violência obstétrica; a desqualificação de pautas feministas como “vitimismo”; a imposição de estereótipos de gênero que limitam a atuação das mulheres à esfera doméstica e reprodutiva; e a tentativa de silenciar ou invalidar as vozes femininas nos espaços públicos, acadêmicos ou políticos. Tais atitudes perpetuam a ideia de que as mulheres não são plenamente capazes de exercer sua autonomia moral e jurídica.

É importante destacar que afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição não significa defender a disseminação do procedimento; o objetivo é que o aborto seja raro e realizado de forma segura. A imposição do Estado, através de suas autoridades, para que uma mulher leve adiante uma gestação nas semanas iniciais, trata seu corpo como um útero a serviço da sociedade, desconsiderando sua condição de pessoa autônoma, capaz de tomar decisões sobre sua própria vida (Brasil, 2016).

A criminalização também infringe o direito de decidir sobre se e quando desejam ter filhos, sem discriminação, coerção ou violência, e de obter o mais alto grau possível de saúde sexual e reprodutiva. Existe, por exemplo, uma visão idealizada da maternidade que, na prática, pode ser um fardo para algumas mulheres. Como é a mulher quem suporta integralmente o ônus da gravidez, a igualdade plena só será alcançada se for reconhecido a ela o direito de decidir sobre a continuidade ou não da gestação. Além disso, a tipificação penal do aborto também gera discriminação social, afetando desproporcionalmente as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem recorrer ao sistema público de saúde para realizar o procedimento. A criminalização retira dessas mulheres a possibilidade de realizar um procedimento médico seguro, forçando-as a buscar clínicas clandestinas sem infraestrutura ou a recorrer a métodos precários e perigosos, que aumentam os riscos de lesões, mutilações e morte (Brasil, 2016).

Na realidade, o impacto da criminalização recai sobre a quantidade de abortos seguros, aumentando o número de mulheres que enfrentam complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento, tratando-se de um grave problema de saúde pública. Na decisão, destacou-se que a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou outros setores é legítima, e todos têm o direito de expressar seus dogmas e convicções. No entanto, o que escapa à razão pública é a tentativa de um grupo de criminalizar a posição de outro em um tema eticamente controverso. Para o ministro, em questões como essa, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam suas escolhas de forma autônoma. O Estado deve apoiar tanto aquelas que desejam ter filhos quanto aquelas que, geralmente por falta de condições ou violência, não desejam. Em suma, por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. É essencial avaliar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres impostas pela criminalização são justificáveis pela proteção à vida do feto (Brasil, 2016).

Nesse sentido, observa-se que, no Brasil, o reconhecimento do aborto como uma questão de saúde pública e como expressão da autonomia corporal feminina impulsionou a criação de políticas de atenção integral à saúde da mulher, com foco na orientação e no acesso a métodos contraceptivos,

visando à redução da incidência de abortos (Fonseca *et al.*, 2020). Contudo, o contexto sociopolítico, permeado por moralismos e estigmas, contribui para a negação do suporte necessário às mulheres, mesmo quando o aborto se enquadra nas hipóteses legais. Essas dificuldades evidenciam a necessidade de garantir condições reais de acesso aos direitos reprodutivos, reconhecendo a complexidade ética do tema e a pluralidade de valores na sociedade democrática.

A discussão sobre os direitos reprodutivos inevitavelmente envolve o direito ao aborto, uma questão central que tem gerado intensos debates jurídicos e éticos. No entanto, é fundamental destacar que os direitos reprodutivos não se limitam ao aborto. Eles englobam uma gama mais ampla de direitos, incluindo o acesso à educação sexual, ao planejamento familiar, à contracepção, à assistência médica adequada durante a gestação e o parto, e à proteção contra a violência obstétrica. Esses direitos são essenciais para assegurar a autonomia das mulheres em relação às suas escolhas reprodutivas, permitindo-lhes decidir se, quando e quantos filhos desejam ter, sem sofrer discriminação, coerção ou violência. Ainda, de acordo com a decisão:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade (Brasil, 2016, p. 10).

De acordo com Rodrigues (2016), o debate em torno do aborto é marcado por profundas divergências, dividindo-se entre as doutrinas pró-vida, contrárias ao aborto, e pró-escolha, que defendem o direito ao aborto. A exemplo do que fora verificado no julgado anterior e nos consequentes posicionamentos de juristas brasileiros, como Barroso, no contexto brasileiro, há fortes fundamentos políticos e jurídicos para adotar uma orientação favorável às doutrinas pró-escolha, tratando o aborto eletivo no primeiro trimestre como um ato de liberdade de planejamento familiar. O sistema jurídico brasileiro não trata o direito à vida de forma absoluta, como evidenciado pela permissão de aborto em certos casos e pela autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias e a antecipação terapêutica do

parto em fetos anencéfalos. Além disso, o aborto no primeiro trimestre não viola a dignidade humana, uma vez que o feto ainda não possui um sistema nervoso central desenvolvido, o que justifica a decisão de descriminalizar o aborto como um exercício de autonomia e liberdade.

A discussão sobre o aborto e o planejamento familiar, apesar de estarem relacionados a políticas de saúde e direitos reprodutivos, muitas vezes não é abordada de forma integrada no Brasil, onde o aborto é tipificado como crime, exceto em casos terapêuticos ou de gravidez resultante de estupro. Apesar das discussões e da continuidade da abordagem do tema no Supremo Tribunal Federal (STF), que recentemente voltou a debater a temática, as perspectivas legislativas para a ampliação dos direitos reprodutivos no Brasil são desanimadoras, com a maioria dos projetos de lei em tramitação buscando restringir, em vez de expandir, esses direitos (Rodrigues, 2016).

Recentemente, o tema voltou a ser discutido por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em que a Ministra Rosa Weber, então presidente do STF, votou pela descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação, destacando que a criminalização contraria direitos fundamentais como a autonomia e os direitos reprodutivos das mulheres. Ela argumentou que o Código Penal brasileiro, que impõe penas severas para o aborto, não está alinhado com a Constituição atual, sublinhando a falta de consenso sobre o início da vida e ressaltando que a criminalização não impede o aborto, mas o torna inseguro, prejudicando principalmente as mulheres pobres. Além disso, a ministra enfatizou que o Estado não deve impor uma visão moral particular sobre a questão, mas, sim, respeitar a autonomia das mulheres (Brasil, 2023). O julgamento foi suspenso após pedido de destaque do Ministro Luís Roberto Barroso.

Nessa pesquisa, não se pretende discutir os argumentos contrários e favoráveis ao tema, nem polemizar a discussão com discursos comuns verificados no debate público, mas, sim, como os direitos reprodutivos, defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, se articulam com os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina, o que pode ser verificado não apenas pela decisão supracitada, mas também pelos seus posicionamentos públicos sobre a temática.

Recentemente, em entrevista, Barroso argumentou que o debate sobre o aborto no Brasil é frequentemente mal compreendido, sendo crucial destacar que a questão central não é ser a favor ou contra o aborto, mas reconhecer se a mulher deve ser criminalizada por sua escolha. Barroso defende que o aborto deve ser evitado por meio de educação sexual e acesso a contraceptivos, mas que a criminalização do aborto é uma má política pública que afeta desproporcionalmente as mulheres pobres, que muitas vezes não têm acesso ao sistema de saúde para realizar o procedimento de forma segura. Ele enfatiza que a criminalização não reduz a incidência

de abortos, mas aumenta os riscos para as mulheres e, como um direito fundamental da autonomia e dos direitos reprodutivos das mulheres, o aborto não deveria ser penalizado. O ministro também destaca a necessidade de uma discussão aberta na sociedade e a importância de não impor visões morais particulares sobre o tema, mencionando a influência negativa de governos conservadores e a importância de continuar defendendo os direitos das mulheres, independentemente das mudanças na política ou na opinião pública global (Oms; Pinheiro; Suarez, 2024).

A discussão sobre a descriminalização do aborto no Brasil ainda está longe de um consenso e certamente continuará a gerar debates acalorados por um longo período. No entanto, o papel do STF é crucial nesse processo, pois cabe a ele proteger os direitos fundamentais e garantir que todas as pessoas, especialmente as mulheres, tenham suas liberdades respeitadas e ampliadas. Os argumentos apresentados pelos ministros, como os de Luís Roberto Barroso, são essenciais para trazer à tona a complexidade da questão e para desafiar preconceitos profundamente enraizados na sociedade. Defender a ampliação dos direitos reprodutivos é, acima de tudo, defender a autonomia das mulheres e a igualdade de gênero, elementos fundamentais para uma sociedade justa e democrática. A criminalização do aborto não só desrespeita esses princípios, como também perpetua a desigualdade e coloca em risco a vida de inúmeras mulheres, particularmente aquelas em situação de vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

Os direitos reprodutivos, atualmente integrados aos direitos humanos das mulheres, devem ser abordados sob uma perspectiva ampla que inclui aspectos sociais, políticos, econômicos, jurídicos e de saúde pública. Esses direitos transcendem as decisões sobre a procriação, influenciando diretamente a condição das mulheres na sociedade e a busca pela igualdade de gênero. No entanto, os direitos sexuais e reprodutivos, especialmente em relação ao aborto, continuam sujeitos à dominação da biopolítica patriarcal e ao controle sobre o corpo feminino, uma forma de opressão que desumaniza as mulheres, tratando-as como objetos de propriedade e submetendo-as a uma lógica heteronormativa. Essa dinâmica impede que as mulheres sejam independentes, autossuficientes e capazes de fazer escolhas sobre sua própria vida, incluindo a decisão de gestar ou não.

A maternidade ainda é vista como uma obrigação social, e as mulheres continuam a ser as principais (e muitas vezes únicas) responsáveis pelo cuidado dos filhos. Quando optam por não ter filhos, são frequentemente julgadas e estigmatizadas por não seguirem o papel que a sociedade naturalizou como “a sua razão de ser”. Esses comportamentos, enraizados na desigualdade

estrutural de gênero e na imposição da família patriarcal, não apenas comprometem o princípio da igualdade e a autonomia feminina, mas também dificultam que as mulheres alcancem condições dignas de existência, sendo tratadas como meras incubadoras humanas.

A criminalização do aborto no Brasil gera sérios danos à saúde física e mental das mulheres e sobrecarrega o sistema de saúde pública. Todos os anos, o SUS precisa atender mulheres que sofreram complicações após abortos ilegais, muitas das quais pertencem a classes sociais desfavorecidas e não têm acesso a serviços de saúde seguros. Portanto, é necessário que o debate sobre o aborto se expanda para diversas esferas, abordando essa questão como um problema de direitos humanos e de saúde pública. Esse debate deve envolver pesquisadores, legisladores, membros do Judiciário e do Executivo, com o objetivo de formular políticas que protejam a dignidade e a autonomia das mulheres.

Além disso, é fundamental que o Direito acompanhe os avanços científicos, especialmente em relação aos diferentes entendimentos sobre o início da vida uterina, para que uma regulamentação adequada possa ser desenvolvida. A visão conservadora com que o aborto é tratado ainda reflete uma sociedade que impôs um sistema patriarcal de controle sobre o corpo feminino, uma lógica que não se justifica mais nos dias atuais. A questão não é banalizar o aborto como um método anticonceptivo, mas, sim, instituir políticas de planejamento familiar, investir em saúde sexual e reprodutiva, promover a conscientização e fortalecer a educação sexual.

Além disso, deve ser ressaltado que os direitos reprodutivos, defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, articulam-se com os conceitos de dignidade humana e autonomia feminina no Brasil ao promoverem o reconhecimento da capacidade das mulheres de tomar decisões informadas e autônomas sobre seus próprios corpos. Barroso argumenta que a criminalização do aborto não apenas viola a dignidade das mulheres, ao desconsiderar sua autonomia e sujeitá-las a riscos desnecessários, mas também perpetua a desigualdade de gênero. Assim, os direitos reprodutivos são fundamentais para garantir que as mulheres sejam tratadas como sujeitos plenos de direitos, com o poder de decidir sobre questões centrais para suas vidas, como a maternidade, sem coerção ou discriminação. Portanto, a defesa desses direitos é inseparável da promoção da dignidade humana e da igualdade, elementos essenciais para a consolidação de uma sociedade justa e democrática.

Por fim, a discussão sobre o aborto deve ser trazida para o espaço político, afastando-se de posições individualmente concebidas e focando no que realmente importa em termos de direitos humanos e saúde pública. É essencial que o debate transcenda as crenças pessoais e se concentre na proteção da dignidade, da autonomia e da igualdade das mulheres. A criminalização do

aborto não só desrespeita esses princípios fundamentais, mas também expõe mulheres a riscos desnecessários, perpetuando a desigualdade de gênero e a exclusão social. Assim, a ampliação dos direitos reprodutivos deve ser vista como um passo necessário para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todas as mulheres tenham o direito de decidir sobre suas próprias vidas de forma segura e amparada pelo Estado. O papel do STF e dos demais atores jurídicos e políticos é, portanto, fundamental para assegurar que esses direitos sejam reconhecidos, protegidos e efetivados, promovendo um avanço significativo na proteção dos direitos humanos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, p. S465-S469, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/q9MctdsGhp3QSKspjfPt5Rx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

BARSTED, Leila Linhares. Conquistas da sexualidade no campo do direito. *Sexualidade - Gênero e Sociedade*, n. 23-25, p. 160-172, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso – Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso. *Notícias STF*, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DAL PIVA, Juliana. Mulher “não é um útero a serviço da sociedade”, diz Barroso. *O Globo*, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/mulher-nao-um-utero-servico-da-sociedade-diz-barroso-23230422>. Acesso em: 27 ago. 2024.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto - Brasil, 2021. *HIGHLIGHT, Ciência e saúde coletiva*, v. 28, n. 06, 2023.

FONSECA, Sandra Costa; DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira; LEAL, Maria do Carmo; AQUINO, Estela M. L.; MENEZES, Greice M. S. Aborto legal no Brasil: revisão sistemática da produção científica, 2008-2018. *Cadernos de saúde pública*, v. 36, n. 1, 2020.

GEBARA, Ivone. *A questão do aborto, o STF e a CNBB*. São Leopoldo, RS: Instituto Humanitas Unisinos, 16 jul. 2024. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/641389-a-questao-do-aborto-o-stf-e-a-cnbb-artigo-de-ivone-gebara>. Acesso em: 11 maio 2025.

GORCZEVSKI, Clóvis. *A concretização dos direitos humanos sociais e a reserva do possível*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/salvador/marizeli_peglow_da_rosa.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

LEMOS, Adriana. Direitos sexuais e reprodutivos: percepção dos profissionais da atenção primária em saúde. *Saúde Debate*, v. 38, n. 101, p. 244-253, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/MwhZy3WFgBgxnr9g7rdSqdH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 fev. 2022.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 8, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/CwLVRN4HBQzfcPsGb8WJc9q/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2022.

OMS, Carolina; PINHEIRO, Ester; SUAREZ, Joana. “O aborto é um direito fundamental da autonomia da mulher”, diz Barroso. *Revista AzMina*, 2024. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/o-aborto-e-um-direito-fundamental-da-autonomia-da-mulher/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, n. 4, 2016.

SALVIANO, Amanda Ribeiro; FARIAS, Danuta Larissa de Azevedo; XEREZ, Rogério Saraiva. Dilemas do aborto legal: entre a dignidade sexual e os procedimentos jurídicos. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências e Educação*, v. 10, n. 6, p. 1315-1337, 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: o UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2009.

Recebido: 16/09/2025

Aprovado: 28/11/2025

O CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

*JUDICIAL CONTROL IN MATTERS OF SOCIAL
RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
DOGMATICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Simone de Sá Rosa Figueirêdo²

-
- ¹ Trabalho desenvolvido em estágio pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com supervisão do Prof. Dr. Edilson Nobre Júnior e Linha de Pesquisa “Estado e Regulação”.
 - ² Pós-doutorado, doutora e mestra em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada do Recife (FIR). Professora de Direito da Centro Universitário Brasileiro (UNIBRA). Professora de especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Professora de Medicina Legal do Curso de Medicina do Centro Universitário Maurício de Nassau (Uninassau). Avaliadora do Ministério da Educação (MEC) para cursos de Direito.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos sociais na dogmática jurídica dos direitos fundamentais. 2. Posicionamento dogmático das reservas intrinsecamente relacionadas aos direitos sociais. 3. A legitimidade do controle judicial em matéria de direitos sociais. Conclusão. Referências.

RESUMO: Em paralelo à constituição do Estado do bem-estar social brasileiro e ao reconhecimento da imperatividade dos direitos sociais, houve o crescimento do número de ações judiciais visando exigir maior e mais rápida atuação da Administração Pública na concretização desses direitos. Da indeterminabilidade de alguns deles, surge o problema da identificação dos limites do Poder Judiciário nessa tarefa. A pesquisa analisa o controle judicial de direitos sociais à luz da dogmática dos direitos fundamentais, buscando reduzir a complexidade atualmente existente quanto às margens do legítimo exercício da função jurisdicional. Desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e com base na metódica constitucional de Friedrich Müller, a investigação concentra-se na estrutura da normatividade e utiliza exclusivamente fontes secundárias especializadas. Aponta, ao final, os caminhos de identificação das referidas margens a partir das bases traçadas pela dogmática dos direitos fundamentais, sem perder de vista a análise teleológica dos direitos sociais, enfatizando a igualdade real como base na qual foram sedimentados e a dignidade humana, fio que perpassa os direitos fundamentais e os une, revelando, assim, o fim e a própria essência dos direitos sociais em sua jusfundamentalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Jurisdição constitucional. Separação de poderes. Reserva do possível. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana. Igualdade material.

ABSTRACT: In parallel with the consolidation of the Brazilian welfare state and the recognition of the binding nature of social rights, there has been a growing number of judicial claims seeking broader and faster action from the Public Administration regarding their implementation. The indeterminacy of some of these rights raises the problem of defining the limits of judicial intervention in this task. This research examines judicial review of social rights through the lens of the dogmatics of fundamental rights, aiming to reduce the current complexity concerning the margins of legitimate judicial action. Developed using the hypothetical-deductive method and grounded in Friedrich Müller's constitutional methodology, the investigation focuses on the structure of normativity and relies exclusively on specialized secondary sources. Finally, it outlines the means

for identifying such margins based on the dogmatics of fundamental rights and the teleological analysis of social rights, emphasizing real equality as their foundational basis and human dignity as the normative thread that links fundamental rights, thereby revealing the purpose and very essence of social rights in their fundamental-right character.

KEYWORDS: Social rights. Constitutional jurisdiction. Separation of powers. Reservation of the possible. Minimum core. Human dignity. Substantive equality.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é repleta de normas com alta carga valorativa e de semântica ampla que outorgam ou mesmo determinam ao Estado o dever de concretização de bens jurídicos considerados fundamentais que, por sua vez, dependem da criação de leis infraconstitucionais para sua materialização. Em sua falta ou presença precária, ou seja, havendo a omissão do Estado em efetivar ditos valores constitucionais fundamentais, o Poder Judiciário tem sido convocado a ocupar importante papel, a partir de ações judiciais, com o fito de garanti-los.

A constituição do Estado de bem-estar social, com marco na Constituição Federal de 1988, contribuiu intensamente para a crescente judicialização de ações em busca de concretizar direitos sociais, para exigir maior e, por vezes, rápida atuação da Administração Pública.³

O adorno tradicional do controle jurisdicional da função administrativa, marcado pela proteção dos direitos ditos de liberdade dos indivíduos em face do abuso ou excesso dos governantes, foi ofuscado pelo rápido e gigantesco crescimento de ações judiciais exigindo a concretização de direitos sociais. Se no passado se discutia com mais intensidade a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, não menos verdade é que, embora não unânime, essa possibilidade tem sido cada vez mais aceita.⁴

3 Segundo Daniel Brinks e Varun Gauri (2012, n.p), de forma geral, os direitos constitucionais apoiam cada vez mais a procura de bens e serviços sociais e econômicos e, nesse contexto, os Tribunais estão assumindo um papel cada vez mais importante na decisão sobre até que ponto os interesses aparentemente inegociáveis consagrados nas constituições devem ser necessariamente protegidos nas políticas.

4 Trata-se do fenômeno atualmente denominado ativismo judicial. Essa expressão apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos em matéria jornalística intitulada “The Supreme Court: 1947”, publicada na revista *Fortune*, em 1947, de autoria do historiador e jornalista Arthur Schlesinger Jr. (1947, p. 73). Atualmente, o ativismo judicial é compreendido de forma geral como a atuação do juiz ou do tribunal para efetivação de direitos que não foram materializados pelo Executivo ou Legislativo quando deveriam ter sido. Ocorre que, ao intervir em matérias atribuídas aos poderes eleitos, surge a discussão da legitimidade da intervenção do Judiciário. No contexto brasileiro, a conceituação do termo “ativismo judicial” não é uníssona. Assim, para orientar o desenvolvimento deste trabalho, utiliza-se a definição proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias” (Campos, 2014, p. 150).

Ocorre que uma penumbra perdura no processo de identificação dos limites do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional em ações que tenham por objeto a exigibilidade dos deveres decorrentes dos direitos sociais. É nesse sentido que este trabalho busca apontar os caminhos de identificação das referidas margens a partir dos pressupostos traçados pela dogmática dos direitos fundamentais, sem perder de vista a análise teleológica dos direitos sociais, enfatizando a igualdade real como base na qual foram sedimentados, e a dignidade humana, fio que perpassa os direitos fundamentais e os une, revelando, assim, o fim e a própria essência dos direitos sociais em sua jusfundamentalidade.

A pesquisa, que tem por objeto o controle judicial em matéria de direitos sociais, se desenvolve a partir de reflexões sobre as contribuições da dogmática dos direitos fundamentais acerca do tema, em busca de reduzir a complexidade atualmente existente sobre as margens do legítimo exercício da função jurisdicional para efetivação dos direitos sociais.

Como demonstrado, possui um objeto delimitado que, por sua vez, é investigado pelo método hipotético-dedutivo, no sentido de abordar um tema específico e restrito, como tal se opondo aos estudos panorâmicos que se podem intitular de “enciclopédia de” ou “história do”.⁵

A metódica constitucional sistematicamente elaborada proposta por Friedrich Müller, em *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*,⁶ é observada, reconhecendo a necessidade de pesquisar a estrutura da normatividade, já que a concretização da norma é um processo estruturado. Os assuntos abordados são objeto de estudo por meio de instrumentos, isto é, por fontes secundárias do conhecimento, especificamente livros e artigos publicados em revistas especializadas que contêm análises sobre essa temática.

Defende-se a ilegitimidade de uma compreensão desmesurada da liberdade de conformação interpretativa, considerando que, em um Estado Democrático, não cabe primordialmente ao Judiciário a materialização dos direitos sociais. A concretização do Estado Social é um processo aberto, dinâmico, não petrificado, que pressupõe recursos disponíveis a serem aplicados estrategicamente, a fim de consagrar um conjunto de comandos constitucionais.

O intuito final é abrir, de forma crítica, novos horizontes, possibilitando, quem sabe, a introdução de novos pontos de partida, capazes de revelar com bases mais sólidas e precisas os limites à exigibilidade do dever de realização

5 No entanto, contextualiza-se o problema enfocado, pois fazer um trabalho rigorosamente monográfico não significa perder de vista o panorama. Pretende-se realizar, portanto, um estudo de compilação, para que as conclusões sobre o tema possam ser comparadas a outras conclusões já produzidas sobre o assunto.

6 “A metódica jusconstitucional deve ser fundamentada por uma teoria do direito: não uma teoria sobre o direito (seja ela de natureza teológica, ética, filosófica, sociológica, político-ideológica), mas por uma teoria do direito, quer dizer, por uma teoria da norma jurídica” (Müller, 2005, p. 34).

dos direitos sociais, colaborando, outrossim, com o aprimoramento do controle jurisdicional da Administração Pública em matéria desses direitos.

1. OS DIREITOS SOCIAIS NA DOGMÁTICA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No início do século passado, a insatisfação com os ideais estabelecidos pelo Estado Liberal ocasionou a alteração da relação entre Estado e cidadãos a partir da ampliação dos direitos fundamentais e, portanto, dos bens merecedores de proteção jusfundamental, associada à recomposição das funções e, conseqüentemente, dos deveres estatais.⁷

Para além da afirmação dos direitos de liberdade, há o reconhecimento de que o Estado deve prover outros que são indispensáveis à consagração da dignidade humana por proporcionarem condições mínimas aos cidadãos, sedimentando, assim, junto aos direitos fundamentais, os direitos sociais e fazendo emergir o chamado Estado Social com a missão de assegurar o bem-estar da sociedade a partir da disponibilização aos particulares do mínimo apto a resguardá-los da vulnerabilidade, transformando-os, a um só tempo, em titulares de direitos subjetivos em relação ao Estado.

A exigência de um mínimo de igual liberdade, que permita o exercício desse direito por aqueles que o têm total ou fortemente bloqueado, assim como a defesa da dignidade humana, postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos direitos sociais em segundo grau, reconhecendo que, em uma ordem constitucional que consagra a liberdade, essa proteção deve ser assegurada não apenas contra o Estado, mas também por seu intermédio (Medeiros, 2010, p. 661).

A consagração constitucional dos direitos sociais, além de proclamar o Estado Social a partir de direitos prevalecentes, impõe ao Estado, a cada um dos poderes constituídos, outros deveres jurídicos que resultam aos indivíduos pretensões subjetivas.⁸ São esses deveres que vivificam os direitos sociais, por isso, a definição do que o Estado está constitucionalmente obrigado tem importância central no plano da respectiva dogmática.

Ao dever de não intervenção estatal, de abstenção em relação à esfera de liberdade, autonomia e propriedade, prevalente na primeira dimensão do

7 Princípios liberais convergiam quanto à organização do poder político ao lado de princípios autoritários quanto à atuação da Administração Pública, estruturada de forma centralizada e com funcionamento através de atos administrativos que tinham por objetivo assegurar interesses unilaterais da administração e que inicialmente eram insuscetíveis de controle judicial (Silva, 2016, p. 40).

8 O reconhecimento da força normativa às normas constitucionais advém do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, se desenvolveu no âmbito do movimento conhecido como doutrina brasileira da efetividade, que procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também ultrapassar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na carência de sinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política para conferir-lhe cumprimento. A essência dessa doutrina é tornar normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima, considerando a sua densidade normativa (Barroso, 2014, p. 30).

Estado Constitucional, são acrescidos outros de proteção e, com destaque, de promoção de bens em razão do reconhecimento de que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana, consentâneos com a posição interventiva do Estado Social de Direito.

A partir do dever de proteção, o Estado deixa de estar orientado estritamente à segurança da propriedade privada e à proteção da liberdade negativa individual para ampliar a sua aplicação a todos os direitos fundamentais. Por sua natureza, há prevalência da exigência de atuação estatal positiva, seja normativamente, seja faticamente, a partir da concessão aos bens protegidos, apesar de não excluir a abstenção de restrição da proteção conferida previamente.

Porém, é a partir do dever de promoção que se opera a maior modificação implicada no advento do Estado Social de Direito, adicionando aos tradicionais deveres estatais de respeitar e proteger, o dever geral de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos. O Estado deixa de ser visto como um agente neutro e passa a se atentar às desigualdades impeditivas do livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhando-se na promoção de igualdades reais, para além da mera garantia jurídico-formal.

Então, tipicamente, a realização do dever de promoção, inevitavelmente, passa a ser também dependente das reservas financeiras do Estado, o que justifica, considerando o já mencionado relevo do dever de promoção, a forte associação da reserva do possível aos direitos sociais,⁹ e não a sustentabilidade da separação dogmática entre direitos de liberdade e direitos sociais na teoria da aplicação dos direitos fundamentais (Novais, 2016, p. 314-318).

A forte vinculação dos direitos sociais às reservas financeiras do Estado, especialmente daqueles que exigem atuação positiva para sua concretização, evidencia de imediato que as premissas de análise variam conforme o caso. Isso significa que a verificação da satisfatoriedade na realização de diferentes direitos sociais, ou mesmo de um mesmo direito em contextos fáticos diversos, depende necessariamente dessas distintas condições materiais.

Ao consagrar um direito como fundamental, independentemente da sua dimensão, há a necessidade de observação deste por todos os poderes constituídos, posto que, como dito, inexistente diferença material entre esses direitos. Não há espaço para aplicabilidade diferenciada com fundamento no lugar que surge no texto constitucional, o que não quer dizer, por outro lado, que todos os direitos fundamentais devam ser concretizados da mesma forma, a partir de um mesmo processo de realização, mas que a densidade

9 Todavia, já não prevalece mais a ideia de que os direitos de liberdade, como os políticos e os individuais, realizam-se por mera abstenção estatal, ao contrário, produziu-se já razoável consenso no sentido de que os últimos também exigem e consomem recursos públicos.

do dever oriundo do direito fundamental não tem relação com o fato de ser considerado direito de liberdade ou social.

Acrescenta Gregorut (2025, p. 5-6) que a Constituição de 1988 instituiu um arranjo normativo orientado à universalização de direitos sociais, com previsão de seguridade social, sistema público de saúde, previdência e assistência social, bem como oferta estatal de educação básica, configurando um projeto próprio de proteção social, ainda que tensionado por disputas orçamentárias e pela agenda neoliberal.

A oposição popular relativa ao armazenamento de resíduos tóxicos à saúde próximo a um hospital, a reivindicação individual de assistência médica para tratamento ou o fornecimento de medicamento não dispensado pelo Estado, ou ainda a verificação da constitucionalidade de lei de natureza orçamentária que reduza a arrecadação destinada às despesas com a saúde pública são três contextos distintos que demandam o cumprimento de deveres de natureza diversa com o mesmo fundamento: a realização do direito social à saúde. Essa diversidade entre os deveres questionados resulta na constatação de diferentes graus de densidade, que limitam em maior ou menor medida as obrigações do Estado e, conseqüentemente, o eventual controle judicial, em que pese se tratar de pretensões com fundamento coincidente, qual seja, a imperatividade do direito social à saúde.

É não só possível, mas necessário concluir pela existência de graus de densidade da exigência de concretização dos direitos sociais que, portanto, pressupõem a verificação atenta dessa mesma exigência, do dever decorrente do direito social em questão, considerando que as premissas a serem observadas na avaliação da satisfatoriedade do seu cumprimento são variáveis a partir dos aspectos do questionado dever. Há variedade de características entre os direitos fundamentais que trazem como consequência diferentes deveres e, como não poderia ser diferente, efeitos jurídicos também distintos, reverberando na densidade do controle judicial.

É imperioso destacar, também, o aumento dessa complexidade em relação aos direitos fundamentais sociais, considerando a ampliação do dever de atuação positiva do Estado, o que faz, dentre outros, emergir com intensidade a relevância do fator financeiro na verificação da efetiva realização de sua tarefa e nos limites do controle judicial, descortinando mais um motivo para compreender a comum indeterminabilidade dos direitos sociais.

Adverte Novais (2016, p. 153) que a falta de determinabilidade constitucional dos direitos sociais não é um defeito ou uma opção desprevenida do legislador constituinte, mas estrita e diretamente relacionada à dependência dos direitos sociais a fatores mutáveis, com as circunstâncias que estão fora do controle do Estado.

Outro recorte indispensável na reflexão sobre o estabelecimento de contornos ou limites ao dever de realização dos direitos sociais e respectivo

controle judicial diz respeito ao terreno em que a discussão se desenvolve. Trata-se de atribuição da dogmática jurídica a redução da complexidade apresentada, carecendo de amparo constitucional a remessa do debate ao campo político, afastando-a, por sua vez, dos Tribunais.

Necessário, pois, é o reconhecimento de que a discussão sobre a consagração de um direito fundamental ocorre no terreno político, porém, depois disso, ou seja, no controle da sua realização a partir da verificação da legitimidade de uma dada pretensão, passa-se a lidar com direitos individualmente titularizados, oponíveis, portanto, ao Estado e juridicamente impostos à observância da maioria democrática, não cabendo à dogmática apresentar substratos para concluir se foi a escolha política mais acertada, mas se resultou na satisfatória consagração constitucional do direito social em questão.

Se a Constituição contém opções ideológicas e se a lei ordinária pode incorporá-las como produto de um poder legiferante, descabe aos Tribunais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem o seu estatuto de independência e imparcialidade, a segurança jurídica e de oferecer risco de ruptura da identidade constitucional a partir da autoria de um guardião judicial ilimitado, convertendo-o em um oráculo supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro (Morais, 2016, p. 282).

Por outro lado, convém destacar que o grau de conformação legislativa também é variável consoante o caráter mais ou menos determinado ou determinável da imposição constitucional a partir da consagração de um dado direito social, pelo qual o legislador fica sempre atrelado às diretrizes materiais que resultem expressamente ou por via interpretativa das normas que imponham tarefas específicas (Miranda, 2010, p. 681). Conclusão em sentido oposto resultaria em verdadeira entrega dos direitos sociais ao legislador e na degradação da normatividade jusfundamental tão empenhadamente estabelecida pelo constituinte.

Só uma visão reducionista, excessivamente simplista, sugere a acentuação da liberdade de conformação do legislador na revisitação da legislação concretizadora dos direitos sociais, com espaço à conclusão de ausência de vinculatividade jurídica. Ao contrário, nessa revisitação, “não pode o legislador ignorar a dimensão de princípios fundamentais materiais que assiste a estes direitos fundamentais” (Miranda, 2010, p. 1.309).

Segundo Agostinho e Nascimento (2024, p. 3), é preciso observar que a opção pela denominação “políticas públicas” tende a afastar tais prestações do entorno jurídico e, por conseguinte, do controle judicial, ao passo que o adjetivo “social” obscurece o matiz subjetivo desses direitos, isto é, a aptidão de pleitear sua tutela individualmente, o que é incompatível com a fundamentalidade formal e material que os aproxima dos demais direitos fundamentais.

O fato é que a natural e comum indeterminabilidade dos direitos sociais, com vocação para se espriar a uma generalidade de pessoas com infinitas possibilidades de pretensões relacionadas, impossibilita completamente qualquer caminho simplista para tradução dos limites obrigacionais do Estado, seja pelo Poder Legislativo, no seu típico exercício de conformação política, seja pelo Poder Judiciário, reconhecendo a um só tempo a importância e imperatividade dos direitos sociais e a separação de poderes que sedimenta o Estado Democrático de Direito.

Paralelamente à missão de identificar os contornos obrigacionais oriundos dos direitos sociais através do controle judicial, presente está a tarefa de não adjudicar a soberania que resulta da Constituição, desprezando a importância institucional e a independência do legislador democrático e, assim como acontece nos segmentos legislativo e executivo do Estado, se atentar aos limites que podem ser extraídos a partir do olhar atento à dogmática dos direitos fundamentais, sobretudo com consciência de que se está realizando um processo decisório de questão com forte alcance ou mesmo natureza política (Nobre Júnior, 2011, p. 106).

Com efeito, nos casos em que o Estado está obrigado a fazer algo, revestindo-se de caráter positivo, comumente pairam dúvidas sobre quando a obrigação é ou não cumprida, a partir de que momento passou a não ser cumprida, qual o alcance do descumprimento e, sobretudo, o que exatamente o Estado deve fazer para efetivamente suprir a omissão.

A reflexão atenta à dogmática dos direitos fundamentais é o caminho único na complexa tarefa de identificação dos limites dos deveres estatais em sede de controle judicial que tenha por objeto bens tutelados a partir da consagração de direitos sociais, com a certeza de que é preciso, observar já no início do percurso, a opção normativa do legislador constituinte por norma com característica de regra ou de princípio; o tipo de dever estatal em questão (respeito, proteção ou promoção) e também a estrutura negativa ou positiva do direito fundamental.

Na análise da variada densidade do dever de realização dos direitos sociais, após a verificação da espécie de dever correspondente à pretensão, identificam-se as condições de objetividade, se se trata de um direito negativo, em que o Estado está vinculado a abster-se de agir,¹⁰ ou de direito positivo, com obrigação inversa. No segundo caso, só é possível determinar imediatamente a violação do direito com o não agir se a atuação positiva do Estado restar precisa, com a realização exigível em tempo delimitado, o que não acontece na imensa maioria dos direitos sociais positivos, fazendo com que seja quase sempre necessário recorrer a critérios jurídicos para

¹⁰ Nesses casos, a complexidade apresenta-se mais reduzida. É que, verificada a violação que se dá por ação, repõe-se a situação de abstenção, anulando o ato ilícito do Estado, reconstruindo, assim, o *status quo* ou, ante a impossibilidade, compensando os prejuízos dele decorrentes.

concluir se a omissão é total ou parcial, a partir de quando passou a ocorrer ou mesmo se existe verdadeiramente (Novais, 2016, p. 137).

Como se percebe, carece de potencialidade ou aptidão para convocação do politicamente adequado como critério isolado, considerando a imprescindibilidade de analisar como pressupostos as peculiaridades do direito social que fundamenta a pretensão. O seu manuseio isolado pode, inclusive, resultar na aparência de legitimidade às decisões judiciais que materialmente constituem ofensa ao fundamento teleológico dos direitos sociais, a igualdade real e ao Estado de Direito.

Em tempos de tensões políticas e sociais, porosos à reafirmação discreta de ideologias constitucionais interpretativistas, os juízos evanescentes de “razoabilidade” e “proporcionalidade estrita” a partir da ponderação exibem risco ao equilíbrio institucional (Morais, 2016, p. 282).

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade. Essa eficácia é sempre direta ou imediata (Oliveira, 2014, p. 49-50).

Coloca-se em causa se, em um dado momento, para realização de um direito social, o Estado deveria ter feito mais do que fez, se a Constituição o vincula, no sentido alegado nesse preciso momento, a garantir maior prestação social, o que obriga, conseqüentemente, o legislador e a administração a ponderar políticas públicas, a determinar objetivos de realização gradual e a avaliar prioridades, o que resulta em que qualquer opção que façam a propósito, num contexto de escassez moderada de recursos, é politicamente discutível, controversa e contestável (Novais, 2016, p. 182-183).

Acrescenta Loureiro (2006, p. 659) que a reação a certos aspectos patológicos do Estado Social – a sua versão obesa, o Estado-Providência – não deve levar, na multiplicidade de adjetivações do Estado, a que o anunciado “Estado elegante” se transforme num Estado anoréxico, incapaz de assegurar uma justiça material, assente, conforme Caetano (2008, p. 429), numa “distribuição equitativa dos bens da vida, de modo a proporcionar a cada um a possibilidade de fruir, através da igualdade de oportunidades, um quinhão das riquezas culturais e materiais acumuladas pelo esforço coletivo”.

De fato, ao ser reconhecida a imperatividade dos direitos fundamentais sociais, dirigidos primariamente contra o Estado, ou melhor, face do Estado, avoca-se a problemática da nítida identificação das funções constitucionais estatais a ponto de encontrar limites ao fornecimento aos mais vulneráveis de prestações fáticas aptas (talvez) a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens considerados indispensáveis à dignidade humana.

2. POSICIONAMENTO DOGMÁTICO DAS RESERVAS INTRINSECAMENTE RELACIONADAS AOS DIREITOS SOCIAIS

Quando não é possível extrair com precisão da Constituição a obrigação de realização de um específico direito social, na hipótese de tal definição não ter sido realizada pelo legislador ordinário, a tarefa do Judiciário na identificação do que é ou mesmo se é devido a um particular que o reclama do Estado é muito mais complexa e, como afirmado anteriormente, deve ser realizada sob o terreno da dogmática dos direitos fundamentais.

É ponto de partida o reconhecimento de que as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais, como as normas jurídicas em geral, são imperativas. Inclusive, é atípico uma norma jurídica sugerir, recomendar ou alvitrar. Elas possuem função de comandar e, ocorrida a violação, seja por ação ou omissão, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover instrumentos para a tutela do direito ou bem jurídico afetado e restauração da ordem jurídica. Esses meios são a ação, a cargo da Administração Pública, e a jurisdição, por intermédio do Poder Judiciário (Barroso, 2014, p. 5).

Em geral, há indeterminação de conteúdo dos direitos sociais, derivada dos seus anseios e das reservas que, em regra, os afetam em face da dependência da disponibilidade financeira estatal para realização, o que remete ao legislador ordinário a missão de determinar o conteúdo para torná-los passíveis de realização, considerando as circunstâncias do momento, sempre atento aos limites estabelecidos pela Constituição para essa delimitação.

Nos casos em que, diante da ausência de determinação pelo próprio texto constitucional, o conteúdo da prestação devida de um direito social positivo foi estabelecido pela lei de forma precisa, por restar definida a densidade do dever oriundo do direito social, edificam-se muros ao controle judicial quanto à delimitação, de suma importância, frise-se, à realização da igualdade real na corporificação do direito social em si, princípio-base no qual foram sedimentados os direitos fundamentais sociais.

Portanto, a apriorística margem indefinida para o controle judicial dos direitos sociais, à justiciabilidade, só pode ser considerada em caso de indesejável omissão do legislador democrático, daí a pertinência de

agrupar os direitos sociais em normas-regra, nas quais, seja pela tarefa do constituinte ou do legislador, houve fixação dos deveres estatais de forma precisa e inequívoca, e normas-princípio, aquelas em que, dada sua natureza principiológica, padecem de certa indefinição de conteúdo.

Considerando as pretensões já referidas do Estado Social a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, houve marcante predileção pelo estabelecimento desses a partir do uso de normas-princípio, na verdade, em face das características dos bens em questão e em virtude da opção por normas-regra exigir a adoção de um caminho mais árduo e com maiores riscos, sobretudo considerando a complexidade social de variabilidade circunstancial, atrelada à eventual necessidade de constante atualização do Direito.

É que muitas vezes o legislador, seja constituinte ou mesmo ordinário, não pode determinar o conteúdo das prestações estatais devidas, ou seja, o conteúdo dos direitos sociais, por estar fora do seu domínio, com antecedência, a quantidade de recursos financeiros disponíveis ao Estado. Ao mesmo tempo, em virtude da imperatividade antes referida, surge a necessidade de definição ou delimitação a partir de pretensões jurídicas particulares.

Nesse sentido, assim como é comum a adoção de normas-princípio para estabelecer direitos sociais, também, em geral, ante a necessidade de realização desses direitos, na tarefa de delimitação, o Estado é obrigado a restringi-los, a afetá-los negativamente, como definido na pretensão do particular, com o intuito de garantir ou promover outro direito, interesse ou bem igualmente digno de proteção, com peso prevalecente no caso concreto, o que não pode ser visto como uma espécie de paradoxo, considerando que a restrição não ocorre no direito social em si, já que a tarefa é de sua realização, ou seja, oposta, mas na pretensão concreta fundamentada no direito social, no alcance dado ao direito social na perspectiva do particular.

Essa possibilidade de restrição legítima existe não por escolha do intérprete, mas por correspondência à própria natureza dos direitos sociais no Estado de Direito. É que, por um lado, dada sua jusfundamentalidade, eles são verdadeiros trunfos¹¹ nas mãos dos seus titulares e, por outro, são constitucionalmente consagrados a partir de uma limitabilidade que lhes é intrínseca, salvo nos casos em que seja fixado ao direito um caráter definitivo, absoluto, imponderável. Nos demais casos, que constituem, frise-se, a regra geral, os direitos sociais estão sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, do politicamente adequado, que pode conduzir à legitimação de uma restrição incidente em situações concretas.

Ademais, o exame judicial sobre políticas públicas deve permanecer restrito ao controle da legitimidade da justificação estatal, evitando que o

¹¹ Termo utilizado por Jorge Novais ao refletir e trazer considerações sobre a competência de definição dos direitos sociais (Novais, 2016, p. 323 -336).

Judiciário substitua a conformação normativa atribuída ao legislador. Nessa perspectiva, a atuação jurisdicional só se legitima quando permanece dentro de critérios dogmatically fundados capazes de impedir que o Judiciário aja ideologicamente no delineamento de políticas públicas (Figueirêdo, 2025, p. 19).

No Estado de Direito, é do legislador a prerrogativa de definir o que é politicamente adequado ou oportuno em caso de concessão de espaço, de margens, ao direito social pelo constituinte, carregando a intrínseca legitimidade da escolha popular democrática, de relevante observação em eventual controle de constitucionalidade.

Conforme alerta Medeiros (2010, p. 657-683), sobre as implicações da contraposição entre direitos de liberdades e garantias e direitos sociais no sistema constitucional de autonomia do legislador e separação e independência dos poderes, a especificidade estrutural dos direitos sociais conduz ao reconhecimento do que o citado autor chama de “efeitos perversos” de uma “aproximação absolutista” ao significado jurídico das normas que consagram esse tipo de direitos sociais. Complementa ainda que a jusfundamentalidade dos direitos sociais, justificada no plano axiológico, “não legitima uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado Democrático, deve caber ao legislador ordinário na concretização de normas constitucionais ‘carecedoras da *interpositio* legislativa’” (Medeiros, 2010, p. 679, grifos do autor).

Dessa forma, sob pena de ofensa à separação de poderes, ao Estado Constitucional, não é possível reconhecer como legítima a atuação do Poder Judiciário quando, em matéria de direitos sociais, impõe parâmetros sobre políticas públicas, desprezando o poder conformador conferido ao legislador ordinário, revestido de representatividade (maioria democrática).

Essa eventual interpretação *per saltum* dos direitos sociais afigura-se como a conversão desses em ideologia, considerando a inexistência de qualquer amparo na dogmática dos direitos fundamentais.

O controle judicial de políticas públicas envolvendo direitos sociais só se legitima quando preserva a distinção estrutural entre deliberação política e aplicação jurídica, evitando que o Judiciário substitua o espaço próprio de conformação majoritária por critérios subjetivos ou finalidades moralizantes. Para o autor, a expansão argumentativa sem ancoragem no desenho liberal-democrático tende a dissolver a racionalidade institucional dos direitos sociais, produzindo decisões que mais fragilizam do que realizam sua normatividade.

Nesse sentido, Lübke e Bitencourt (2025, p. 8) observam que o debate relevante não está em aceitar ou rejeitar abstratamente o controle judicial, mas em delimitar seus contornos conforme a natureza do ato estatal. As autoras destacam que o que deve sim ser debatido são os limites de atuação

do controle a depender do tipo de ato e, mais importante ainda: entender a diferença entre os papéis do formulador e do controlador das políticas públicas.

Segundo Novais (2016, p. 194), “os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizadas na lei; estes últimos são, portanto, o corpo dos direitos sociais”. Nesse sentido, a comum indeterminação traduz a necessidade de densificação e determinação do conteúdo apto à verificação de sua realização, tarefa a ser realizada prioritariamente pelo legislador ordinário, atento às condições, circunstâncias do momento, assim como aos bens fundamentais postos em xeque.

Um direito social é sempre um complexo normativo de valores e bens resultante de interpretação conjunta de enunciados constitucionais e infraconstitucionais. É imperioso, portanto, o respeito à reserva de conformação típica do Poder Legislativo e, sobretudo, na sua ausência parcial ou total, a análise detida da dogmática dos direitos fundamentais, única apta a conferir legitimidade ao controle judicial dos direitos sociais.

No suposto afã de realizar os direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário corre o risco de ofender as bases sob as quais se edifica o Estado Constitucional, desconstruindo não só o direito que pretende realizar a partir da acientificidade da decisão, mas os pilares sobre os quais se edifica o Estado Social.

Na prática, há o risco do que Sarmiento (2006, p. 180) chama de anarquia metodológica quando da utilização de normas indeterminadas pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, comprometendo valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, há de se atentar para o fato de que, a partir da indeterminabilidade maior ou menor de um dado direito social, nunca surge apenas um caminho de realização do dever dele decorrente pelo Estado. Portanto, o caminho adotado, prioritariamente, pelo legislador, representação da maioria no Estado Democrático, deve ser respeitado em obediência à separação de poderes.

Nesse mesmo sentido, Athias observa que o controle judicial das políticas públicas deve operar dentro de limites estritamente jurídicos, evitando interferências que esvaziem a capacidade decisória dos órgãos democraticamente legitimados. A autora sustenta que a atuação jurisdicional somente se legitima quando voltada à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, sem substituir escolhas estruturais próprias da arena política (Athias, 2025, p. 2492-2493).

Igualmente, deve o Judiciário reconhecer a existência de vias de realização dos deveres decorrentes dos direitos sociais pela Administração Pública e a sua competência de escolha, prestigiando “as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade” (Barroso, 2009, p. 19).

No entanto, é importante acrescentar que o reconhecimento pelo Poder Judiciário da competência dos Poderes Legislativo e Executivo para as escolhas referidas, em respeito à separação dos poderes, só deve ocorrer caso essas escolhas estejam contidas no espectro da constitucionalidade.

Em que pese a referida competência do legislador (reserva do politicamente adequado) para conseqüente realização pela Administração Pública, há, por outro lado, um mínimo decorrente da essência dos direitos sociais,¹² o nuclear, exigível por intermédio do Poder Judiciário imune às vicissitudes anteriormente referidas, às opções políticas conjunturais, posto que lastreados no valor que perpassa e sedimenta como unidade todos os direitos fundamentais, conferindo-lhes integralidade: a dignidade humana.¹³

É certo que o mínimo social padece dos mesmos desafios de determinabilidade dos direitos sociais e não poderia ser diferente, já que se trata da parcela mínima desses mesmos direitos. Se indeterminado certo direito social, essa característica está contida em sua parcela mínima. Porém, há de se reconhecer que, por se tratar do mínimo, da parcela que é indispensável e vital à própria existência do direito social, não apenas as limitações ao Judiciário decorrentes da divisão de funções estatais se mostram relativamente atenuadas pelo ganho de robustez na legitimidade do controle, como também a tarefa de identificação se torna menos complexa.

Esse mínimo social continua a exigir, dentro das linhas estabelecidas pela separação dos poderes, a análise da conformação política e financeira, em que pese o inevitável reforço conferido à pretensão do particular pela sua natureza, por se tratar do que é essencial à realização do direito em questão, com vinculação em grau máximo à dignidade da pessoa humana, reverberando no fortalecimento da legitimidade do controle judicial.

E com isso não se pretende reduzir a abrangência dos direitos sociais, nem mesmo mitigar a sua imperatividade, restringindo-a à parcela mínima, mas reforçar a importância da realização e mesmo da proteção jurisdicional do mínimo existencial, dada sua íntima relação com a dignidade humana.

12 Sobre o mínimo social, entendido como núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível, há partidários da teoria relativa, na qual a necessidade de realização do direito pode ser mitigada a partir da razoabilidade e proporcionalidade, e da teoria absoluta, que não flexibiliza a exigência. Há também quem distinga o plano abstrato da ordem jurídica (teoria objetiva) do plano das necessidades dos particulares, a partir da pretensão concreta (teoria subjetiva) (Novais, 2016, p. 243 e 244).

13 Segundo Correia (2010, p. 37), um dos direitos criados pelo Tribunal Constitucional de Portugal na tarefa de concretização dos direitos sociais fundamentais é o direito ou garantia a um mínimo de subsistência condigna, o qual se retira do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático (Andrade, 2019, p. 153).

A análise da legitimidade do controle judicial sobre direitos sociais exige reconhecer que a atividade jurisdicional, quando atua para suprir omissões estatais, não pode perder de vista o seu próprio limite funcional. A atuação judicial responsável não se confunde com a formulação de políticas públicas, devendo operar apenas dentro das margens constitucionais que preservem a igualdade substancial e a segurança jurídica inerentes ao Estado Democrático (Figueirêdo; Cadore, 2025, p. 251).

Quando da justiciabilidade dos direitos sociais, atento ao contexto econômico-social, deve o Poder Judiciário reconhecer o mínimo social decorrente da interpretação do direito social que fundamenta a pretensão. Esse contexto econômico-social, referido inclusive na identificação do mínimo social pelo Poder Judiciário, diz respeito à chamada reserva do possível, condicionamento inevitável ao Estado em virtude de a realização dos seus deveres exigir dispêndio financeiro e da finitude dos seus recursos.

Assim como ao Legislativo, mais precisamente no exercício da já referida reserva do politicamente adequado, a reserva do financeiramente possível apresenta-se ao Judiciário como condicionamento de exigibilidade na realização dos direitos, ao cumprimento do dever decorrente desses na costumeira hipótese de existência de custo para concretização.

Trata-se, portanto, de limitação inerente aos direitos sociais que exigem, para sua efetiva realização, dispêndio financeiro, que não os afeta, frise-se, em sua jusfundamentalidade. Essa imanência aponta para a existência desse condicionamento desde o nascedouro dos direitos constitucionais, que inevitavelmente custam ao Estado a concretização, ou seja, independem de autorização constitucional.

Nessa perspectiva, os deveres decorrentes dos direitos sociais são considerados, portanto, deveres na medida do possível financeiramente, fato realçado pela natural progressividade de consagração desses direitos, dado alto grau de complexidade de realização, já que se fundam numa igualdade real e têm por essência a dignidade humana.

Desde a sua consagração constitucional, os direitos sociais prestacionais são vinculados à possibilidade financeira de realização, que, por sua vez, afeta a própria exigência de cumprimento do dever decorrente e, conseqüentemente, a própria existência de violação, no caso de pretensão de concretização que se afigura financeiramente impossível, considerando o grau de escassez circunstancial.

3. A LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

A eventual indeterminação e abertura das normas que estabelecem os direitos sociais resulta na necessidade de avaliações que reconheçam a complexidade presente na definição da existência de violação ao direito social em que a pretensão se constitui. Nesses casos, revela-se indispensável a atenção às características do direito violado a partir da situação fática em questão, para, então, com base na dogmática dos direitos fundamentais, alcançar uma decisão legítima, compatível com a teleologia dos direitos sociais e com as normas constitucionais relacionadas.

Caso se trate de norma-regra, seja por delimitação do constituinte ou mesmo ordinário, reduz-se a complexidade do controle judicial, considerando que as margens do direito social em questão foram legitimamente estabelecidas, em respeito à reserva do politicamente adequado e, por conseguinte, à separação dos poderes, consagrando-se o Estado Democrático de Direito.

Embora perdue a possibilidade de controle judicial, o que não poderia ser diferente em virtude da inafastabilidade da jurisdição, a sua densidade é reduzida, em virtude do dever de obediência ao que está delimitadamente posto em maior ou menor medida, restringindo-se à missão de identificar a violação ao direito social que resta com amplitude definida, salvo, como visto, nos casos em que o resultado da reserva do politicamente adequado afigura-se inconstitucional.

Assim sendo, existe dispensa da complexa tarefa consistente na definição do grau de restrição de outros bens também protegidos, que pressupõe a identificação e escolhas, a fim de conferir conteúdo ao direito social.

O legislador goza de margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia de um mínimo de existência condigna, para todos os casos (Correia, 2010, p. 38).

Ao observar que o fundamento da pretensão do particular consiste em direito social consagrado a partir de norma-princípio, deve o julgador, considerando a imprecisão abstrata das margens de conformação e garantia existentes ao poder judicial, verificar a espécie de dever decorrente do direito social em questão, analisado na perspectiva concreta, identificando também as consequências decorrentes da existência daquele dever, se ação ou abstenção.

Segundo Novais (2016, p. 349), a variabilidade das margens dos direitos fundamentais deve-se exclusivamente à diferença na natureza do dever estatal, que está em causa em cada uma das três situações (respeito, proteção e promoção) e, mais propriamente, em razão do peso das diferentes reservas a que, em cada uma delas, fica sujeito o direito fundamental ou o correlativo dever estatal.

Na hipótese de identificação de um dever que exige ação do Estado, ou seja, de um dever com natureza positiva, é necessário avaliar até que ponto a realização do direito social em questão é exigível, partindo do pressuposto de que a plenitude de um direito social com imposição positiva é utópica, já que exigiria, ao fim e ao cabo, a isonomia real plena de forma imediata, subitamente.

Como condição real de exigibilidade do dever previamente identificado, deve o julgador, ao avaliar a violação de direito social, considerar a reserva do financeiramente possível, estado que afeta inevitavelmente a sua realização. É preciso atentar, no processo de determinabilidade do direito social, para a natureza dos condicionamentos que afetam a sua realização pela Administração Pública, colocando em evidência que não se trata de um direito social que se sujeita exclusivamente à vontade política, mas que depende em grande medida do que não há domínio, do que está sob reserva do possível.

O conteúdo dessa avaliação judicial relativa à reserva do financeiramente possível é a capacidade de justificação do argumento financeiro em paralelo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que delimitam em maior ou menor grau o direito social em questão, ciente de que inexistem definições normativas sobre a disponibilidade financeira em si, em termos quantitativos, já que a prestação do direito social ocorre gradualmente e que é impossível dominar com antecedência os recursos que o Estado terá quando da concretização do direito.

É importante observar que eventual admissão da justificação da reserva do financeiramente possível em sede de decisão judicial que tenha por objeto a realização de direitos sociais não impede a rediscussão sobre a existência desse mesmo condicionante em futuras pretensões, dada a volatilidade financeira já referida, atrelada às constantes mudanças sociais e, portanto, dos interesses ponderados.

Nesse espeque, é possível ao Estado arguir como justificação para não realização de direito social nos termos concretamente pretendidos a necessidade, entendida como maior, de prestação de outro bem, interesse, direito ou do mesmo direito em outra perspectiva, ou seja, a sua margem de apreciação e opções políticas para decidir sobre a forma mais adequada de proteger o direito em questão, impondo a constante indispensabilidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da imanente reserva do politicamente adequado.

Há de se destacar a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Os recursos públicos são obtidos através da cobrança de impostos, sendo o próprio povo (pagador) quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.

E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (Barroso, 2014, p. 24).

O reconhecimento judicial de inexigibilidade de realização de um dever decorrente de direito social, nos termos da pretensão, em razão da impossibilidade financeira de custeio como condicionamento ínsito, possui amparo na tripartição de funções estatais, na separação de poderes. Nessa ocasião, são reforçadas as prerrogativas de decisão política inscritas na reserva do politicamente adequado na medida em que, para além da margem de avaliação política que deve ser deixada aos decisores democráticos, a Constituição atribui aos órgãos de governo e ao legislador democrático a competência para aprovação da lei na qual se faz a alocação de recursos disponíveis sobre o orçamento do Estado, e não aos juízes (Novais, 2016, p. 362).

Como princípio geral, o âmbito da pronúncia jurisdicional se encontra limitado pela reserva de conformação política do legislador, não cumprindo ao julgador extrair diretamente dos enunciados constitucionais conteúdos justicáveis. Dada a escassez de recursos e a necessidade de se fazer opções a partir do estabelecimento de prioridades, a interferência judicial pode reverberar em um poder de definição de dotações orçamentais, ilegítimo por violar a separação dos poderes.

Utilizando o conceito de paternalismo judicial de John Hart Ely, Blanco de Moraes (2016, p. 282) afirma que um juiz que ignora o direito e atua no sentido de dirimir conflitos morais e da densificação de valores e princípios, sem objeto definido, criará um inaceitável modelo de paternalismo judicial.

Se a Constituição contém opções ideológicas e se a norma ordinária as incorpora, pois são produto de um poder legiferante, não cabe aos tribunais constitucionais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem a independência e imparcialidade. Tal envolveria, a par de um colapso da segurança jurídica, risco de ruptura da identidade constitucional mediante um guardião judicial atuando ilimitadamente, convertendo-se num oráculo, supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro e para contradizer a maioria política de hoje com os valores da maioria de amanhã (Moraes, 2016, p. 283).

Dada a jusfundamentalidade dos direitos em questão, a análise da justificação da reserva do financeiramente possível propriamente dita, de forma alguma se limita ou mesmo constitui a partir de uma mera contabilização das contas do Estado, mas da apreciação da legitimidade desse condicionamento a partir das razões apresentadas, de forma relacionada aos interesses jurídicos vinculados, sobretudo, ao valor da igualdade real, terreno sob o qual os direitos sociais foram sedimentados, ou mesmo para o qual foram consagrados.

E dessa limitação da atividade do julgador, decorrente da observância das reservas mencionadas, não se pode concluir que haja enfraquecimento, esvaziamento, neutralização ou leitura desqualificada dos direitos sociais, pois tais reservas constituem condicionantes inatas a esses direitos. Tal conclusão, além de desamparada pela dogmática dos direitos fundamentais, revela um engrandecimento ilegítimo do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, apta à desestabilização do Estado Democrático de Direito.

A afirmação destas ‘ideologias’ e a respectiva incorporação, na prática, dos órgãos de Justiça Constitucional convertem, no Estado democrático, o debate sobre o senhorio da interpretação constitucional numa questão de localização da fonte real do poder político. Os limites da interpretação ficam indissociavelmente ligados aos limites de competência dos tribunais constitucionais, questão que nunca foi abordada originariamente por uma Teoria clássica da Constituição que os concebeu como custódio imparcial da Lei Fundamental (Morais, 2013, p. 86).

Ultrapassada a necessidade de atenção às reservas relacionadas ao dever de realização dos direitos sociais, é imperiosa a reflexão sobre teorias comumente relacionadas, nomeadamente o mínimo existencial e a proibição do retrocesso social, utilizadas como condicionamento da margem de livre decisão sobre direitos sociais para reafirmação da sua imperatividade.

Afirma Canotilho (2003, p. 338-340) que o princípio da proibição do retrocesso social opera apenas nos casos em que se pretende atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana, ou seja, quando, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se busca proceder a uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse chamado núcleo essencial.

De antemão, é necessário atentar para a origem alemã dos princípios, compreender o motivo do seu surgimento, seus objetivos no contexto social e normativo germânico para uma avaliação mais acertada sobre a adequação da sua utilização em outros solos.

A Constituição alemã não prevê, como a brasileira, os direitos sociais.¹⁴ Apesar disso, os contempla a partir da legislação infraconstitucional, reconhecendo a imperatividade, os deveres decorrentes dos direitos sociais. Diante da ausência de status constitucional expresso, a fim de reafirmar a necessidade de realização desses direitos, com fundamento na isonomia real e na dignidade humana, surge o princípio da proibição do retrocesso.

Não sendo na Alemanha direitos fundamentais, alguma doutrina alemã inventou, para proteção dos direitos sociais (isto é, dos direitos à prestação derivados da lei) uma nova figura conceitual, o princípio da vedação do retrocesso, com o objetivo de conferir maior resistência ou rigidez dos direitos sociais criados pelo legislador ordinário (Novais, 2016, p. 72).

Em face da ausência de consagração inequívoca, emergiu na jurisprudência constitucional alemã um conteúdo de natureza subjetiva mínima, de qualidade originária, indicativa de um mínimo social de realização exigível ao Estado, extraído do respeito à dignidade humana a partir do suprimento de necessidades básicas, aquelas indispensáveis ao exercício das liberdades fundamentais consagradas. Esses direitos estariam a condicionar materialmente o legislador, com base na igualdade e proteção da confiança, por meio do princípio da proibição do retrocesso, passando a adquirir consequência prática importante.

Ocorre que, à margem da razão da existência e, portanto, da função exercida dentro da dogmática dos direitos fundamentais, os princípios referidos foram transplantados da jurisprudência alemã para outros sistemas jurídicos, mesmo aqueles que consagram constitucionalmente de forma explícita os direitos sociais, a exemplo do Brasil.

É importante, pois, avaliar a inclusão desses princípios na dogmática dos direitos fundamentais de forma crítica, atenta à adequação e à pertinência do uso, considerando os seus fins, seja como condicionamento ao legislador ordinário, seja no controle judicial a partir da verificação da densidade do dever de realização de direito social (Novais, 2016, p. 234).

Isso para não haver riscos de reduzir a força, imperatividade e exigibilidade dos direitos sociais à sua parcela mínima, ou igualmente ampliar ilegitimamente o seu conteúdo, muitas vezes de forma alienada à realidade socioeconômica atual, pela proibição de retroceder.

De forma atenta à caracterização a partir dos contributos da dogmática dos direitos sociais e às consequências jurídicas decorrentes, o controle judicial da realização de direito social enquanto direito fundamental deve

14 Apesar disso, prevê cláusula de socialidade ao estabelecer, no art. 20, que “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”.

avaliar também, do ponto de vista da comunidade, como fim ao qual se propõe, a igualdade.

Nesse espeque, é imperioso observar as consequências da concretização dos direitos sociais a partir de demandas individuais. É que o Estado resta vinculado em todas as suas funções, incluindo a executiva, à observância do princípio da igualdade, como visto, base na qual são sedimentados os direitos sociais. Há de atentar, então, que a parcela concretamente realizada é satisfatória quando a máxima possível à generalidade.

É que a reserva do possível é sustentada também na impossibilidade de generalização da prestação individualmente requerida, já que, caso deferida, haveria disponibilidade financeira para satisfazer os anseios do particular individualmente, em detrimento de todos os outros indivíduos que se encontram na mesma situação fática e jurídica, o que impede o Poder Judiciário de abstrair a repercussão da aparente concretização de um direito social a partir da sua violação por meio de uma decisão que confere tratamento desigual aos iguais.

Logo, ao decidir pretensão individual sobre a exigibilidade de realização de um dever decorrente de direito social, deve o Judiciário ponderar, ao apreciar a justificação da reserva do possível, não a partir da capacidade de disponibilização individual, mas generalizada, em uma perspectiva igualitária de realização do dever em questão.

Portanto, na leitura dogmática para identificação dos limites, das margens existentes ao Poder Judiciário na verificação de violação de dever decorrente de direito social em pretensão individual, a restrição precisa ser justificada seja por força da necessidade de realização ou prossecução de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica, seja pela reserva do possível que, dada a natureza e seus reflexos em relação à questão, afeta o dever em si que, por sua vez, possui como reforço e pressuposto a reserva do politicamente adequado ou oportuno que concede ao poder público margem de apreciação e decisão política sobre a construção efetiva dos direitos sociais.

Por outro lado, no âmbito específico da restrição de direitos sociais, a limitação do acesso aos bens e interesses correspondentes – apesar dos pressupostos e condicionamentos antes mencionados – deve sempre respeitar o limite da constitucionalidade. Esse limite se expressa na observância do conteúdo mínimo do direito, que funciona como espécie de limite aos limites. Trata-se, porém, não de uma restrição aos direitos, mas de sua reafirmação, pois esse núcleo mínimo decorre da dignidade humana e tem a função de evidenciar a dimensão isonômica dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que consagra a proteção da confiança.

Os princípios da igualdade e da proteção da confiança, tal como, de resto, eram já utilizáveis, com grande alcance prático, na dimensão positiva

dos direitos sociais; e, com importância decisiva, tanto aqui como no controle de restrições aos direitos de liberdade, o princípio da proibição do excesso, nas suas várias dimensões agora plenamente aplicáveis por se tratar de controle de ação restritiva: as máximas ou subprincípios da aptidão e da indispensabilidade, da proporcionalidade, da razoabilidade – na aplicação específica já evidenciada na dimensão positiva dos direitos sociais – e também, ainda que com menor aplicabilidade no domínio dos direitos sociais, o subprincípio da determinabilidade (Novais, 2016, p. 404).

É necessário ter em vista que a alienação em relação às bases sob as quais foram sedimentados os direitos sociais, sobre a dogmática dos direitos sociais em si, tem potencial para o aprofundamento de iniquidades subjacentes na provisão de bens pelo desigual acesso efetivo ao sistema judicial. Assim, o referido risco de violar a igualdade a partir de decisões em ações judiciais individuais é potencializado quando observada a questão do acesso à justiça.

Os contornos atuais do Estado de Direito se afastam de uma concepção majoritariamente formal, privilegiando, pelo contrário, uma ordem material de valores, fortalecendo a crença de que a democracia não se resume à fonte popular do poder, antes reclamando o controle desse e a guarda da Constituição, o que legitima a ação interpretativa da jurisdição a partir dos comandos e princípios eleitos pelo constituinte originário. A conquista da competência de interpretar de forma vinculativa a Constituição não resulta na concessão a esta da soberania estatal por completo, com o aniquilamento da função legislativa e de governo, justificando-se a limitação de sua atividade de controle, evitando, contudo, que tais restrições conduzam à impotência de sua missão (Nobre Júnior, 2011, p. 115).

Uma teoria constitucional comprometida com a democracia deve reconhecer espaços de liberdade ao legislador, a sua autonomia política. O intérprete, sem ignorar esses condicionamentos, deve ter o cuidado de preservar, na exegese da Lei Maior, as margens de decisão que, numa democracia constitucional, devem ser reconhecidas aos poderes políticos e aos próprios indivíduos.

O intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa, sendo indiscutível que ele deve acolher o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior. É certo, também, que o julgador pode deixar de aplicar normas que, conquanto, em geral, compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação à atividade do Legislativo, pois, do contrário, há risco de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, cabe ao legislador. “Afim, sendo o constitucionalismo uma técnica de

combate do autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos” (Sarmiento, 2006, p. 32).

A chave para a legitimidade das decisões judiciais sobre a exigibilidade do dever de realização de direito social é, portanto, a atenção à dogmática dos direitos fundamentais sem lançar mão, no processo interpretativo da análise teleológica do direito em questão, qual seja, a igualdade real, e do fio que transpassa os direitos fundamentais e os une, revelando a sua essência: a dignidade humana.

CONCLUSÃO

A constituição dos direitos sociais no Brasil aponta para sua jusfundamentalidade e revela a igualdade real como verdadeiro substrato desses direitos, já que constitui a própria razão de existência, fundamentada na dignidade da pessoa humana, base e princípio integrador dos direitos fundamentais.

A caracterização dos direitos sociais, com atenção aos deveres deles decorrentes, resulta em diversidade de tratamento jurídico, sobretudo a partir da distinção entre a exigência de atuação positiva ou negativa do Estado. Das normas que constituem os direitos sociais, é importante a diferenciação entre a natureza de regra e de princípio, considerando que, nas primeiras, há redução proporcional da complexidade existente na identificação do real conteúdo dos direitos sociais. Em se tratando de norma-princípio, o resultado é inverso, pois a obscuridade causada pela indeterminação confere maior complexidade à análise.

Nesse contexto, em face do Estado Democrático de Direito e, portanto, dos princípios que o constituem, a redução dessa complexidade, ou seja, a determinabilidade dos direitos sociais, deve ser realizada prioritariamente pelo Poder Legislativo, no exercício da reserva de ponderação ou do politicamente adequado, ante sua competência de conformação dotada de legitimidade democrática.

Condição real e não princípio constitucional, a reserva do possível apresenta-se como fator intrinsecamente relacionado que justifica a não realização absoluta dos direitos sociais ou a sua não realização da forma pretendida no caso concreto. Nos casos em que o Judiciário reconhece a legitimidade da alegação da reserva do possível, não ocorre restrição do direito em si, mas o reconhecimento de um condicionamento ínsito que afeta o próprio conteúdo do direito social desde sua constituição.

Ao ser arguida pelo Estado, deve o Judiciário apreciar a legitimidade da justificação a partir dos bens ocasionalmente relacionados e da possibilidade financeira de generalização da parcela pretendida, respeitando a igualdade real, fundamento dos direitos sociais. Nesse cenário, o controle judicial em

matéria de direitos sociais deve ater-se à análise da legitimidade da justificação, utilizando como premissas as reservas aplicáveis e mantendo consonância com a caracterização do dever decorrente do direito social que consubstancia a pretensão, atento ao tratamento jurídico correspondente a partir dos caminhos traçados pela dogmática dos direitos fundamentais, na qual a proteção da confiança e a igualdade real são chaves para a consagração da dignidade da pessoa humana mediante a efetivação legítima e autêntica dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde do. A desconstrução do controle jurisdicional de políticas públicas sobre o exercício de direitos sociais: um estudo sobre os limites dos entornos político e jurídico e a relevância do modelo liberal de direito. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 2, e268, maio/ago. 2024.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6. ed., Lisboa: Almedina, 2019.

ATHIAS, Arianne Brito Cal. Planejamento das políticas públicas e controle judicial: limites e possibilidades. *Revista Aracê*, São José dos Pinhais, v. 7, n. 1, p. 2491-2505, 2025. DOI: 10.56238/arev7n1-151.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul-RS, v. 1, n. 1, p. 25-50, mar. 2014.

_____. Judicialização, ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8, 2009.

BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. *The Law's Majestic Equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights*. (março, 2012). World Bank Policy Research Working Paper No. 5999, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2024823>. Acesso em 5 set. 2024.

CAETANO, Marcello. *Estudos de Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2008, v. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano VII, edição especial, 2010.

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. Controle judicial sobre ato administrativo de indeferimento de medicamento: uma análise do RE 1.366.243/SC (Tema 1.234) a partir da dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, v. 25, p. 11-31, jan./dez. 2025.

FIGUEIRÊDO, Simone de; CADORE, Susana. Acesso a medicamentos padronizados no Brasil: processos estruturais em casos de desabastecimento. In: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (org.). *Pragmatismo, direitos fundamentais e processos estruturais*. Londrina: Editora Thoth, 2025, p. 241-262.

GREGORUT, Adriana Silva. O papel do Estado neoliberal na desuniversalização dos direitos sociais. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 1-22, 2025. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/e8982>.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1.

LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara; BITENCOURT, Caroline Müller. Reflexões sobre controle judicial de planejamento de políticas públicas no Brasil: ensaios de como avançar nesse importante debate. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 13, p. e0476, 2025. DOI: 10.37497/revistacejur.v13i-TJSC-476. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/476>. Acesso em: 27 nov. 2025.

MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 657-683, v. 1.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes. In: SOUSA, Marcelo Rabelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. Lisboa: Almedina, 2016, v. 1.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. *Revista Jurismat*, n. 36, p. 55-90, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo Judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 1, n. 43, p 91-117, jan./mar. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo Judicial e direitos sociais*. São Paulo, JusPodivm, 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional e Direito Fundamental à Democracia*. 1. ed. Brasília: IDP, 2014, p. 42-65.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. XXXV, n. 1, jan. 1947.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016.

Recebido: 03/11/2025

Aprovado: 06/01/2026

COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO NO CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

*COLLECTION OF THE FEDERAL TAX DEBT IN
THE CONTEXT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO GOOD ADMINISTRATION*

Ronilde Langhi Pellin¹

Lídia Maria Ribas²

-
- ¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direitos Humanos Internacionais pela Faculdade de Minas (FACUMINAS) e em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela Universidade da Grande Dourados (UNIGRAN) e em Ciências Contábeis pela UFMS. Procuradora da Fazenda Nacional.
 - ² Pós-doutorado pela Universidade Nova de Lisboa (UNL), pela Universidade de Coimbra (UC) e pela Universidade do Museo Social da Argentina (UMSA). Doutora e mestra em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharela em Direito, em Formação de Professores, em Administração de Empresas e em Ciências Econômicas pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Professora visitante na Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Titular da Faculdade de Direito e Permanente no Mestrado da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FADIR/UFMS).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Administração Pública na Constituição Federal Brasileira de 1988. 2. Direito Fundamental à Boa Administração. 3. Política tributária como política pública. 4. Desafio de implantação de uma política pública de cobrança da dívida ativa tributária da União. 5. Política pública de cobrança da dívida ativa tributária da União e o *design* do novo modelo de cobrança. 6. Juridicidade e efetividade do novo modelo de cobrança. 7. Projeto de Lei n. 2.488/2022: perspectivas para a consolidação do novo racional de cobrança. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo avalia a aderência da política pública denominada novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União ao Direito Fundamental à Boa Administração presente na Constituição Federal de 1988. Partindo da premissa da histórica ineficiência da execução fiscal, o estudo investiga se as inovações implementadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) – métodos alternativos de solução de conflitos e de cobrança, ajuizamento seletivo, automação do diligenciamento patrimonial, investigação fiscal e combate à fraude estruturada – configuram uma política pública capaz de materializar o princípio da eficiência e a boa gestão do crédito tributário. Analisa, ainda, dispositivos do Projeto de Lei n. 2.488/2022. A pesquisa, de natureza bibliográfica e documental, emprega o método interpretativo para analisar a juridicidade dessas práticas. Tem-se como hipótese que o novo modelo de cobrança contribui para a materialização do Direito Fundamental à Boa Administração, configurando uma política pública juridicamente válida e com alto potencial para ser adotada como *benchmark* de eficiência por outras administrações tributárias no país.

PALAVRAS-CHAVE: Dívida ativa da União. Execução fiscal. Direito Fundamental à Boa Administração. Política de cobrança tributária. Transação tributária.

ABSTRACT: This article assesses the adherence of the New Model for Collecting the Federal Tax Debt in view of the requirements of the Fundamental Right to Good Administration within the context of 1988 Brazilian Federal Constitution. Starting from the premise of the historical inefficiency of Tax Foreclosure, the study investigates whether the innovations implemented by the National Treasury Prosecutor's Office – namely, alternative methods of conflict resolution and collection, selective filing of lawsuits, automation of asset tracing, fiscal investigation, and

the fight against structured fraud – constitute a public policy capable of materializing the principle of efficiency and the proper management of tax credits. It also analyzes provisions of Bill N. 2.488/2022. The research, which is bibliographical and documentary in nature, employs the interpretative method to analyze the juridicity of these practices. It is concluded that the New Collection Model materializes the fundamental right to good administration, establishing a legally valid public policy with high potential to be adopted as a *benchmark* of efficiency by other tax administrations across the country.

KEYWORDS: Federal Tax Debts. Tax Foreclosure. Fundamental Right to Good Administration. Tax Collection Policy. Tax Settlement.

INTRODUÇÃO

O modelo tradicional de cobrança da dívida ativa tributária da União por meio da execução fiscal, previsto na Lei Federal n. 6.830/1980 (Brasil, 1980), mostrou-se ineficiente. Há anos, o volume de créditos inscritos em dívida ativa tributária da União apresenta trajetória de alta, a qual não se reflete nos resultados da arrecadação com a execução fiscal. O cenário de ineficiência desafiou a PGFN a romper com o paradigma existente para modificar o racional da cobrança.

A centralidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988) impôs uma releitura do Direito Administrativo, exigindo que a gestão pública, inclusive a administração tributária, seja guiada por princípios como a eficiência e a boa administração.

Como resposta à crise apresentada pelo modelo de cobrança fulcrado unicamente na execução fiscal, a PGFN instituiu o novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União.

O objetivo do presente artigo é estudar a política pública denominada novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União no contexto do Direito Fundamental à Boa Administração, analisando a sua juridicidade e resultados.

A problemática consiste em analisar se o novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União entrega aos brasileiros o Direito Fundamental à Boa Administração.

O tema em estudo apresenta relevância não só social e jurídica – pois busca demonstrar que as inovações trazidas pelo novo modelo de cobrança resultam na otimização da recuperação do crédito tributário, fundamental para a busca da justiça tributária e da redução das desigualdades – como também relevância prática ao servir de *benchmark* para outras Fazendas Públicas.

A hipótese de trabalho é a de que a política pública denominada novo modelo de cobrança, por sua inovação e foco na eficiência, pode

ser considerada como uma materialização do Direito Fundamental à Boa Administração.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa é de natureza qualitativa e exploratória, com enfoque valorativo e método interpretativo, aplicado por meio de pesquisa bibliográfica (doutrina nacional e estrangeira) e documental (análise de legislação e atos administrativos da PGFN e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ).

O artigo está estruturado nas seguintes seções: na primeira, são analisados os efeitos dos direitos fundamentais e da democracia sobre o Direito Administrativo e seus paradigmas; na segunda, é analisada a presença do Direito Fundamental à Boa Administração na Constituição Federal Brasileira de 1988; na terceira, é analisada a classificação da cobrança da dívida ativa da União como política pública; na quarta, é analisado o cenário que desafiou a implantação de uma política pública de cobrança da dívida ativa tributária da União; na quinta, é analisado o *design* do novo modelo de cobrança, que se apresenta em cinco eixos: 1) métodos alternativos de solução de conflitos (microssistema de prevenção de litígios, transação, oferta antecipada de bens); 2) métodos alternativos de cobrança (protesto e averbação pré-executória); 3) automação do diligenciamento patrimonial; 4) ajuizamento seletivo de execuções fiscais; e 5) investigação fiscal e combate à fraude estruturada. Na sexta seção, é analisada a juridicidade do novo modelo por meio da aplicação dos princípios constitucionais aos seus diferentes métodos de cobrança e seus resultados; e, por fim, são analisados dispositivos do Projeto de Lei n. 2.488/2022.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) moldou o Estado como Democrático e Social de Direito. No plano econômico, o Estado brasileiro é um Estado Fiscal, autorizado a recolher riquezas produzidas pela economia, sob a forma de tributos.

O Estado Democrático e Social de Direito é caracterizado pela atuação positiva do Estado para garantia das condições mínimas de existência humana digna e por um sistema que assegure a participação política ativa dos cidadãos. Destaca-se também a submissão de todos ao Direito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

No Estado Fiscal, as prestações devidas pelo Estado Democrático e Social de Direito são custeadas pelos tributos, cobrados nos limites constitucionais, observando-se os princípios de justiça. O Estado Fiscal e a economia privada têm domínios próprios, mas são interdependentes.

O regime da jusfundamentalidade é um eixo estruturante da Constituição Federal Brasileira, composto pela rede de direitos e deveres

fundamentais. Entre os direitos fundamentais que guiam a nova ordem, a dignidade da pessoa humana e a igualdade assumem centralidade, exigindo uma redefinição do Direito Administrativo que culmina na emergência do Direito à Boa Administração.

O advento do Estado Democrático de Direito marca a superação de paradigmas do Direito Administrativo em sua concepção clássica, que não apresentam adequação para as novas expectativas da sociedade. Entre esses paradigmas, citam-se: o princípio da supremacia do interesse público; o princípio da legalidade estrita; e a intangibilidade do mérito do ato administrativo discricionário.

A dogmática jurídica clássica brasileira sustentava ser possível identificar na Constituição o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, do qual decorreria a posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com particulares.

Na visão clássica do Direito Administrativo, o princípio da legalidade se apresenta sob dois aspectos. O primeiro aspecto é o da subsunção, segundo o qual a administração seria mera executora da lei, portanto, impedida de apresentar novas soluções técnicas para novos problemas. O segundo se refere ao princípio da legalidade no sentido de observância da lei votada pelo Poder Legislativo.

Como decorrência da clássica dicotomia entre ato administrativo vinculado e discricionário, desenvolveu-se a teoria da intangibilidade do mérito do ato discricionário.

A nova configuração política do Estado brasileiro, na qual têm relevo os direitos fundamentais e a democracia, irradia efeitos sobre o sistema de Direito Administrativo, agora constitucionalizado. É, nesse sentido, a doutrina de Hachem (2013, p. 344, grifo do autor):

A Constituição de 1988 representou verdadeiro marco no Direito brasileiro, operando inúmeras mudanças e inaugurando tendências inovadoras nos mais variados ramos jurídicos. Diante da mudança de um cenário autoritário, construído sob a égide da ditadura militar, para um quadro marcadamente democrático instaurado pela nova ordem constitucional, os estudiosos do Direito Público pátrio, impulsionados pelo movimento da *dogmática constitucional emancipatória*, depararam-se com a necessidade de desenvolver teorias e categorias dogmáticas dedutíveis da nova ordem jurídica que fossem capazes de emprestar efetividade à Constituição então promulgada.

Assim, as indagações sobre a finalidade da autoridade do Estado encontram resposta necessária nos direitos fundamentais e na democracia, que se revelam elementos estruturantes e legitimadores do Estado Democrático de Direito.

A ideia de dignidade da pessoa humana, originada no postulado ético de que cada homem é um fim em si, é o fundamento de todos os direitos fundamentais, que assumem o centro do sistema normativo.

A democracia é um projeto de autogoverno coletivo, no qual os cidadãos são autores não só das normas de conduta, mas também das estruturas jurídico-políticas do Estado.

Direitos fundamentais e democracia se conjugam para moldar o Estado Democrático de Direito, que, por meio de instituições jurídico-políticas, tem a finalidade de promover a dignidade da pessoa humana.

A irradiação de efeitos do Estado Democrático de Direito sobre a administração dá-se de forma direta. Nesse sentido, afirma Canotilho (2003, p. 840): “a reserva vertical de constituição substitui a reserva vertical de lei”.

A Administração Pública, por meio das balizas estabelecidas pelos princípios constitucionais, tem papel relevante no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Binenbojm (2014, p. 61) afirma que há um papel central dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e constituição do Estado Democrático de Direito, que irradiam sua influência sobre a Administração Pública e sobre o Direito Administrativo.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, nos moldes categóricos da visão clássica, não encontra tutela no âmbito do Estado Democrático de Direito. A Constituição Brasileira se caracteriza como um sistema aberto de princípios, a partir da dignidade da pessoa humana, garantindo o interesse dos indivíduos em concorrência com o interesse público. Cabe à Administração Pública aplicar a lógica da ponderação para os interesses em conflito, orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Emerge, portanto, um modelo de ponderação como critério de racionalidade do Direito. Vale trazer a observação de Binenbojm (2014, p. 33): “Daí dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de Ponderação [...]”.

O princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988), não perdeu a sua aplicação; mantém sua função de garantia de direitos e também orgânica, quando a própria Constituição assim o prevê. Porém, recebeu importante agregação de conteúdo em relação a seu conceito clássico de mera subsunção à lei.

A agregação de conteúdo provocou a superação do paradigma do princípio da legalidade administrativa em sentido estrito; a Administração Pública passa a ter supedâneo não apenas na lei em sentido estrito, mas também nos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. A atividade administrativa passa a ser vinculada ao sistema de direitos fundamentais. O princípio da legalidade pode agora ser entendido como princípio da juridicidade.

A discricionariedade decorrente da clássica dicotomia entre ato administrativo vinculado e discricionário também se encontra superada pelo Estado Democrático de Direito. O Direito Fundamental à Boa Administração modula a discricionariedade do administrador, exigindo que todos os atos administrativos sejam fundamentados dentro dos parâmetros constitucionais.

Por consequência, na vigência do “Estado de Ponderação”, não há que se falar em ato administrativo vinculado ou discricionário. O ato administrativo deve sempre apresentar fundamentação que esclareça suficientemente os critérios de ponderação empregados. Atendida essa fundamentação, o ato será legítimo. No dizer de Freitas (2014, p. 28), o ato administrativo legítimo é aquele que contém a declaração de vontade da Administração Pública, de natureza infralegal, em sintonia com o Direito Fundamental à Boa Administração e imediatamente eficaz.

Nessa nova modelagem da administração, emerge o Direito Fundamental à Boa Administração. Em um Estado Fiscal submetido ao Direito Fundamental à Boa Administração, a gestão dos tributos não pode mais ser puramente legalista, mas deve ser eficiente e legítima.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

O Direito Fundamental à Boa Administração, ou Princípio da Boa Administração, foi expresso pela primeira vez na Europa por meio da Carta de Nice, em 2000, conforme observa Valle (2010, p. 108):

A decisão de incorporação ao sistema de direito da União Europeia de um instrumento assecuratório de direitos fundamentais ocorreu a partir da reunião havida em junho de 1999, do Conselho Europeu de Colônia, que deliberou, dentre outros temas, quanto à oportunidade de elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia [...].

O instrumento jurídico sugerido pelo Conselho de Colônia foi proclamado pelo Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, com a explicitação em seu art. 41, de um direito fundamental à boa administração [...].

Merece relevo a vigência do Tratado de Lisboa a partir de 1º/12/2009, que, embora não transcreva em seu conteúdo o dispositivo acima, reconhece expressamente a Carta de Nice, o mesmo valor jurídico dos tratados de estruturação da União Europeia [...].

O caráter fundamental do Direito à Boa Administração decorre da vinculação imediata dos poderes públicos, conforme a doutrina de Canotilho (2003, p. 379):

(1) normas consagradoras de direitos fundamentais enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; [...]

(4) como normas dotadas de vincutividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

A Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) não expressa a boa administração entre os direitos fundamentais. Não obstante, o artigo 5º, em seu § 2º, estabelece que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, explicitando que o rol de direitos fundamentais especificados no Título II não é taxativo. O artigo 1º, incisos II e III, consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Prevê também, no artigo 3º, inciso I, como um dos objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e, no artigo 37, elenca os princípios diretivos da Administração Pública.

A doutrina de Valle (2010, p. 125) aponta que a estruturação de um Direito Fundamental à Boa Administração Pública abarca o conjunto de direitos correlatos, conduzindo à jusfundamentalização do regime a eles aplicável e, por consequência, ao caráter vincutivo imediato sobre os poderes públicos. Em acréscimo, ressalta que o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa é o caminho mais eficaz para assegurar a efetividade. O relevo se justifica pela circunstância de que muito se louva o papel do Judiciário na garantia dos referidos direitos; todavia, essa atuação reparadora se revela tardia quando comparada com a atuação da administração.

Todos os órgãos do Estado, e não apenas o Judiciário, se vinculam à Constituição, positiva e negativamente, observa Binenbojm (2014, p. 68), cabendo-lhes o dever de, na medida das possibilidades e competências, implementar seus comandos e concretizar seus valores.

O Direito à Boa Administração vincula racionalmente o gestor público e o força a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, como observa Freitas (2015b, p. 118). O autor segue afirmando que o direito fundamental é autêntico complexo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese, que serve de antídoto contra o arbítrio.

Esclarecida a identificação do Direito Fundamental à Boa Administração na Constituição Brasileira, apresenta-se um conceito, conforme Freitas (2014, p. 21):

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência,

sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

É importante a presença do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição (Brasil, 1988), elemento integrante da boa administração, que deve ser característica marcante nas ações que visem à realização dos objetivos fundamentais da República. O mesmo artigo estabelece critérios que apontam para a boa administração, na medida em que induzem à eliminação da margem discricionária do administrador.

Observa-se que a Constituição Brasileira adota a sistemática de constante dialogia e interpretação de valores, mesmo para os implícitos, que representam instrumentos necessários para a busca dos objetivos da República.

As críticas a essa interpretação são rebatidas por Valle (2010, p. 130):

A chave de solução para esse questionamento parece repousar na já afirmada percepção do caráter instrumental do adequado exercício da função administrativa, para fins de garantia da efetividade dos demais direitos fundamentais. Se assim o é, o que se tem, na afirmação da boa administração como direito fundamental, é uma ampliação da esfera de proteção desses mesmos direitos, que passa a alcançar não mais só os resultados concretos do agir estatal [...] mas também preventivamente, ao desenvolvimento da função administrativa como um todo [...].

O reconhecimento de um direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa [...] expressa uma faceta de garantia aos direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade humana; e nesse sentido, pode ser tido como direito igualmente fundamental, ainda que de índole instrumental.

Não se admite uma discricionariedade omissiva do Direito Fundamental à Boa Administração e dos seus fins: redução das desigualdades e sustentabilidade eficaz do bem-estar social.

Em arremate ao exposto, o Direito Fundamental à Boa Administração relaciona-se à função administrativa que atua de forma legítima, visando diretamente à concretização da dignidade da pessoa humana.

3. POLÍTICA TRIBUTÁRIA COMO POLÍTICA PÚBLICA

A boa administração exige a justificação do administrador quanto à tomada de decisão, com esclarecimento acerca da vinculação aos objetivos

constitucionais. Por consequência, a sindicabilidade do ato administrativo é traço marcante na boa administração.

A complexidade da atividade a ser executada e a necessidade de sindicabilidade induzem a administração a organizar sua atuação por meio de políticas públicas, tal como defendido por Freitas (2014, p. 30):

As políticas públicas e a discricionariedade administrativa, imantada pelo direito à boa administração, passam à condição de categorias entrelaçadas, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes, graças ao controle [...] de benefícios líquidos alcancem empírica compatibilidade com os elevados padrões de desenvolvimento sustentável.

Força sublinhar que, sofismas à parte, o Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, prioridades vinculantes a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas. Nessa medida, crucial que o escrutínio das escolhas públicas esteja endereçado, racionalmente, ao adimplemento das prioridades encapsuladas no direito fundamental à boa administração pública.

A política pública é um complexo de processos, no qual são identificadas diversas fases ordenadas: formulação, planejamento, orçamentação, programação e execução de ações. Moreira Neto (2011, p. 106) observa que a fase de planejamento tem destaque, e o conjunto visa à identificação da melhor forma de agir e à constante avaliação dos resultados, a fim de realizar os cometimentos constitucionalmente atribuídos ao Estado.

As políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas conforme as prioridades constitucionais vinculantes, no intuito de que apresentem benefícios sociais e econômicos. Nesse sentido, observa Freitas (2015a, p. 203) não ser possível a indiferença no tocante à qualidade jurídica da motivação e dos propósitos das políticas aplicadas, especialmente se essas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos.

A Constituição determina o controle administrativo de constitucionalidade das políticas públicas, tarefa a ser cumprida, de ofício, pela administração. Conforme Freitas (2015a, p. 205): “Enfrenta-se, com este redesenho do controle, a sofreguidão pantanosa da discricionariedade sem métrica, avessa à contínua avaliação de longo prazo”.

O processo complexo de construção de políticas públicas envolve decisões de cunho administrativo que não podem descuidar dos preceitos constitucionais definidores de seu eixo. Lôbo e Mól (2023, p. 152) observam que o indivíduo é colocado como protagonista do sistema jurídico-político quando a implementação de direitos e garantias fundamentais ocorre por meio de políticas públicas pensadas e direcionadas para esse fim.

A arrecadação, principal resultado da política tributária, apresenta duas facetas: de um lado, um bem público com valor próprio e, de outro, a fonte de custeio para a realização de outras ações estatais. Feita essa distinção, observa-se que a classificação da arrecadação tributária como política pública é possível quando considerada pelo seu valor próprio.

No Estado Fiscal brasileiro, a política tributária está diretamente vinculada aos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição (Brasil, 1988). O tema é aprofundado por Menezes (2017, p. 123):

A constituição brasileira de 1988 fixou entre os objetivos fundamentais da república a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Além disso, para alcançar uma sociedade justa (inciso I) e garantir o desenvolvimento nacional (inciso II) com fundamento na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o legislador constituinte atribuiu ao poder público, no artigo 174, o papel de regulador da atividade econômica e, excepcionalmente, de agente explorador direto.

Em observância ao modelo constitucional brasileiro, a administração tributária deve atuar por meio de políticas públicas que materializem o protagonismo estatal na redução das desigualdades. Assim, observa Hachem (2013):

[...] as noções de igualdade material e de desenvolvimento, que presidem a principiologia da Constituição de 1988, impõem um dever de atuação otimizada à Administração, conferindo ao Estado um papel protagonista e não subsidiário, distintamente do entendimento propagado pela tendência do Direito Administrativo neoliberal, que avultou no cenário brasileiro no final do século XX.

A estreita relação entre a realização da dignidade da pessoa humana e a tributação é observada por Buffon (2009, p. 22): “Em suma, é imprescindível a [re] introdução do interesse humano na tributação, para que o princípio sobre o qual se alicerça o Estado brasileiro possa romper com sua histórica condição de mera norma programática [...]”.

A instituição de uma política pública de arrecadação da dívida ativa tributária é, portanto, uma medida relevante e necessária para a otimização da função arrecadatória do Estado, com a finalidade da promoção do desenvolvimento e da redução das desigualdades sem elevar a carga tributária. Essa necessidade se tornou ainda mais premente diante do cenário de ineficiência crônica da cobrança tradicional, o qual será detalhado na próxima seção, que aborda o desafio que impulsionou a PGFN a desenvolver o novo modelo de cobrança.

4. DESAFIO DE IMPLANTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO

A constituição do crédito tributário da União é de competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). A fase seguinte à constituição é a cobrança administrativa imediata. Encerrada essa fase sem o pagamento, o crédito tributário é encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa, na forma do artigo 2º, § 4º da Lei n. 6.830/1980 (Brasil, 1980).

O modelo tradicional de cobrança prevê que, após a inscrição em dívida ativa, o ajuizamento da execução fiscal ocorra sem avaliação prévia de viabilidade, o que resultou, historicamente, em um alto volume de execuções com baixíssima efetividade.

A Constituição (Brasil, 1988) dispõe em título próprio sobre o sistema tributário e faz previsão destacada, no artigo 131, § 3º, em capítulo que trata das Funções Essenciais à Justiça, de que na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à PGFN.

Essa previsão destacada revela que a cobrança da dívida ativa tributária é essencial para a realização da justiça tributária, incumbindo à PGFN a construção de meios para otimizar essa cobrança, conforme observa Moreira Neto (2018, p. 177):

Ora, se existe um dever constitucional do Estado de atingir resultados, que concorram efetivamente para o atendimento dos altos objetivos nacionais constitucionalmente relacionados, torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus cometimentos - entendidos os de decisão, de planejamento e de execução das políticas públicas referidas a tais objetivos.

O fenômeno da resistência ao pagamento de tributos que ocorre no Brasil resulta no cenário da macrolitigância fiscal, sobrecarregando o Poder Judiciário. Ao grande volume de execuções fiscais e embargos às execuções fiscais somam-se as ações cautelares, ações ordinárias e mandados de segurança. O processo judicial se caracteriza pelo custo altíssimo e longa duração.

Segundo o Relatório “Justiça em Números” (Brasil, 2016a), apresentado pelo CNJ em 2016, com dados apurados no ano de 2015, em capítulo intitulado “Gargalos da Execução”, os processos de execução fiscal representavam 42% do total de casos pendentes e 84% das execuções pendentes no Poder Judiciário. A taxa de congestionamento das execuções fiscais foi de 93,9%.

A PGFN recuperou R\$ 14,85 bilhões de créditos inscritos em dívida ativa da União em 2015, conforme o Anuário “PGFN em Números”, edição 2016 (Brasil, 2016c).

Esse cenário histórico de baixa recuperabilidade do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União desafiou a PGFN a romper com o paradigma existente e modificar o racional da cobrança.

O rompimento de paradigma resultou na estruturação do novo modelo de cobrança, que visa ao emprego racional da via judicial (*ultima ratio*), maximizando o emprego das vias administrativas (*prima ratio*).

A seguir, são detalhados o design e os cinco eixos estruturantes desse novo modelo que busca a concretização do Direito Fundamental à Boa Administração.

5. POLÍTICA PÚBLICA DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO E O DESIGN DO NOVO MODELO DE COBRANÇA

Considerando a necessidade de contribuir para a redução das desigualdades, conforme previsão constitucional, e a ineficiência do modelo tradicional de cobrança da dívida ativa, a PGFN instituiu novo modelo de cobrança para a dívida ativa tributária da União, que se estrutura nos seguintes eixos: 1) métodos alternativos de solução de conflitos (também denominado microssistema de prevenção de litígios), que privilegiam a dialogia entre os sujeitos da relação jurídica: o pedido de revisão de dívida inscrita, a transação e a oferta antecipada de bens e direitos à penhora; 2) métodos alternativos de cobrança – protesto da Certidão de Dívida Ativa e averbação pré-executória da Certidão de Dívida Ativa; 3) automação do diligenciamento patrimonial; 4) o ajuizamento seletivo de execuções fiscais; 5) investigação fiscal e combate à fraude fiscal estruturada.

Com a edição da Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012 (Brasil, 2012), que acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei n. 9.492/1997 (Brasil, 1997), incluiu-se a Certidão de Dívida Ativa entre os títulos sujeitos a protesto. Foi a primeira alteração importante no sistema de cobrança da dívida ativa. Iniciado em 2013, o protesto foi posteriormente incorporado ao novo modelo de cobrança.

Em 20 de abril de 2016, a Portaria PGFN n. 396 (Brasil, 2016b) regulamentou o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos, prevendo o arquivamento maciço de execuções fiscais, a automação do diligenciamento patrimonial, a inclusão administrativa em larga escala de corresponsáveis e a ampliação do uso do protesto de Certidão de Dívida Ativa, que passou a ser usado também em larga escala.

Em 13 de junho de 2017, foi editada a Portaria n. 293 do Ministério da Fazenda (Brasil, 2017), que instituiu a apuração do *rating* da dívida ativa da União.

Foi então editada a Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018 (Brasil, 2018b), que, em seu artigo 25, deu nova redação à Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002 (Brasil, 2002), com acréscimo dos artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E. Na esteira da alteração legal, foi editada a Portaria PGFN n. 33, de 8 de fevereiro de 2018 (Brasil, 2018a), que estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora, para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais e para averbação pré-executória da Certidão de Dívida Ativa.

Em sequência, foi editada a Portaria PGFN n. 32/2019 (Brasil, 2019), que dispõe sobre o Sistema de Recuperação de Créditos Inscritos em dívida ativa da União, prevendo formas de combate à fraude fiscal estruturada.

Em novo avanço, foi editada a Lei n. 13.988/2020 (Brasil, 2020), que estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública.

O sistema foi ainda aperfeiçoado com o advento da Lei Complementar n. 208, de 1º de julho de 2024 (Brasil, 2024), que deu nova redação ao artigo 174, II, do Sistema Tributário Nacional (Brasil, 1966), prevendo como causa interruptiva da prescrição do crédito tributário o protesto extrajudicial.

A dívida ativa da União pode ser de natureza tributária ou não tributária. Por força do artigo 2º da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Brasil, 1980), o mesmo processo de cobrança da dívida ativa tributária se aplica à dívida ativa não tributária. Por essa razão, o novo modelo de cobrança é aplicado reflexamente aos créditos de natureza não tributária.

O design do novo modelo de cobrança, caracterizado por sua intencionalidade dialógica e uso racional do poder, demonstra um afastamento consciente da legalidade estrita, buscando a eficiência e a legitimidade. Resta agora analisar a juridicidade desses instrumentos, verificando como essa nova abordagem da administração tributária se sustenta sob a égide dos princípios do Direito Constitucional brasileiro, em especial o Direito Fundamental à Boa Administração.

6. JURIDICIDADE E EFETIVIDADE DO NOVO MODELO DE COBRANÇA

Para a concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, é imprescindível a existência de fortes conexões instrumentais e finalísticas entre as estruturas da Constituição. O novo modelo de cobrança visa a

esse fortalecimento por meio da arrecadação de tributos para reduzir as desigualdades.

A existência dessas conexões é ressaltada por Campos (2014, p. 5), ao afirmar que a não observação dos princípios poderia impor às constituições democráticas uma contradição interna insuportável. Seria bloquear as conexões entre suas estruturas indispensáveis para o Estado cumprir os objetivos fundamentais.

A Portaria PGFN n. 33/2018 (Brasil, 2018a), em seu artigo 15, na ausência de previsão legal, instituiu a possibilidade de apresentação de pedido de revisão de dívida inscrita. Em artigo que analisa essa inovação, Conrado (2021, p. 31) conclui: “ao mesmo tempo em que legitima o ajuizamento seletivo e a adoção de instrumentos ditos de ‘cobrança indireta’, deve o regime de cobrança diferenciado abrir ensejo para o debate sobre a higidez do tributo pendente”.

A Portaria PGFN n. 33/2018 (Brasil, 2018a), em seu artigo 8º, instituiu também a possibilidade de oferta antecipada de bens e direitos à penhora, configurando mais uma inovação sem previsão legal. Observa Araújo (2021, p. 17):

O que se vê diante desse quadro é uma mudança de postura da PGFN no sentido não só de abrir o diálogo com o contribuinte em relação à possibilidade de oferecimento de garantia antecipada da dívida constituída sem prévia busca de tutela jurisdicional, mas também quanto ao incremento das espécies de bens e direitos que podem ser desde logo aceitos como garantidores do crédito a ser executado.

A atuação da PGFN, ao instituir instrumentos de dialogia e solução de conflitos sem prévia mediação legislativa, encontra respaldo direto na força normativa da Constituição. É, nesse sentido, a doutrina de Binenbojm (2014, p. 64):

[...] a força vinculante da principiologia constitucional, não depende da mediação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos. Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica.

Ademais, a Portaria PGFN n. 33/2018 (Brasil, 2018a) prevê, em seu artigo 33, o ajuizamento seletivo de execuções fiscais, que passa a ser precedido da busca de bens ou direitos penhoráveis.

O ajuizamento seletivo está autorizado pela Lei n. 10.522/2002 (Brasil, 2002), em seu artigo 20-C. No dizer de Araújo (2021, p. 14), a regra geral

passa a ser o ajuizamento eficiente que leva em consideração a condição do sujeito passivo, medido pelo índice da existência de bens ou direitos que poderão garantir a dívida ou pela identificação de que o devedor revela atividade econômica relevante.

O fenômeno da macrolitigância tributária é marcante na sociedade brasileira. Essa situação ensejou reflexões na seara administrativa e intensos estudos e debates acadêmicos com o intuito de apontar métodos alternativos de solução de conflitos entre a administração tributária e o devedor. Como resultado, foi editada a Lei Federal n. 13.988, de 14 de abril de 2020 (Brasil, 2020), que estabelece os requisitos e as condições para que a União e os devedores realizem transação.

A transação se revelou um importante instrumento, podendo ser posicionada como uma espécie de política pública tributária, que recebe tratamento estrutural e parte dos objetivos estabelecidos por planejamento cogente, para acompanhar seu desempenho e medir seus resultados, conforme a doutrina de Ribas e Pinheiro (2018, p. 233).

As atividades de fiscalização e constituição do crédito tributário representam o primeiro passo no longo *iter* percorrido pela administração tributária para a realização da receita. O combate à fraude fiscal estruturada realizado no âmbito da cobrança da dívida ativa é o último recurso de que dispõe a administração tributária para recuperação do crédito constituído. Nabais (2001, p. 20) ressalta que a luta contra a fraude fiscal é luta que os estados democráticos não podem deixar de travar, sob pena de irem a fundo.

A atividade de cobrança da dívida ativa da União, ao ser especificada entre as Funções Essenciais à Justiça pela Constituição, torna-se instrumento de legitimação do sistema tributário. A legitimação depende da confiança depositada nesse sistema. Rawls (2008, p. 332), em sua análise sobre justiça tributária, ressalta que os cidadãos somente tendem a pagar o que lhes cabe se tiverem certeza de que os outros pagarão, em razão de norma obrigatória que seja efetivamente cumprida.

O fenômeno da resistência ao pagamento de tributos exige da administração promotora da legitimação da justiça tributária o emprego dos meios necessários para vencer essa resistência sob pena de contribuir para o surgimento do fenômeno do apartheid fiscal, expressão construída por Nabais (2001, p. 12), referindo-se aos fugitivos fiscais que se desoneram e, ao fazê-lo, sobrecarregam os demais contribuintes.

Os dados apresentados pela PGFN demonstram que a arrecadação da dívida ativa da União mantém uma constante trajetória de alta desde o início da implantação do novo modelo de cobrança. A título de exemplo, registrou-se um recorde de R\$ 61,3 bilhões recuperados em 2024, conforme “PGFN em Números 2025” (Brasil, 2025).

O conjunto das inovações ancoradas na força normativa dos princípios constitucionais, conforme Binenbojm, e na exigência de justiça fiscal, conforme Rawls e Nabais, revela que o novo modelo de cobrança apresenta juridicidade e está adequado à Boa Administração. Essas medidas demonstram um rompimento de paradigma por parte da administração, abandonando a legalidade estrita e ineficaz para adotar uma gestão pública eficiente e orientada a resultados. Com a confirmação da legalidade e legitimidade do novo modelo de cobrança, passa-se a avaliar a perspectiva de formalização desse racional por parte do Poder Legislativo, com foco na análise do Projeto de Lei n. 2.488/2022.

7. PROJETO DE LEI N. 2.488/2022: PERSPECTIVAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO NOVO RACIONAL DE COBRANÇA

O Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal n. 1/2022 instituiu Comissão de Juristas para elaboração de proposições legislativas que modernizem o processo administrativo e tributário nacional. Essa Comissão, em seu relatório final, apresentou um anteprojeto de lei com a proposta de racionalizar a cobrança da dívida ativa e o uso da execução fiscal judicial.

O anteprojeto foi acolhido e resultou no Projeto de Lei n. 2.488/2022, que tramita no Senado Federal, de autoria do Senador Pacheco (2022), dispondo sobre a cobrança da dívida ativa da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas Autarquias e Fundações de Direito Público.

Algumas medidas trazidas pelo Projeto de Lei, a seguir analisadas, coincidem com as práticas já adotadas pela PGFN, como: o devedor pode manifestar interesse na adoção de método consensual de solução de conflitos, inclusive no que concerne à oferta antecipada de garantias; o pedido de revisão de dívida inscrita; o protesto da Certidão de Dívida Ativa; e o ajuizamento seletivo da execução fiscal, condicionado à existência de bens do devedor.

Adotando postura conservadora, há previsão no artigo 5º, parágrafo 3º, de que a lei deverá estimular a utilização de métodos de autocomposição e consensualidade pelas Fazendas Públicas antes da propositura da execução fiscal. Ao optar pelo incentivo e não pela obrigatoriedade, o legislador garante que os entes federados mantenham a autonomia para moldar a aplicação da autocomposição e consensualidade conforme seus planejamentos.

Como forma de proteção ao contribuinte, o artigo 10 prevê vedação de inscrição em dívida ativa de créditos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao devedor: em sede de pronunciamento vinculante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça

e em orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em súmula administrativa.

O artigo 14 prevê que, antes da distribuição da ação de execução fiscal, o devedor poderá efetuar administrativamente o depósito integral do valor atualizado do débito, suspendendo-se a exigibilidade do crédito, e, no prazo de 30 dias, ajuizar a ação anulatória, sob pena de os valores depositados serem transformados em pagamento definitivo.

Da inscrição em dívida ativa, o devedor será notificado, conforme previsto no artigo 11, iniciando-se o prazo de 10 dias para: pagar, parcelar, negociar ou transacionar. A partir dessa mesma notificação, poderá ainda, em até vinte dias: ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal ou apresentar pedido de revisão de dívida inscrita.

Esgotados os prazos do artigo 11 sem as providências previstas, a Fazenda Pública poderá iniciar a cobrança extrajudicial da dívida ativa, adotando as providências previstas no artigo 16, que são as seguintes: protestar extrajudicialmente a Certidão de Dívida Ativa; comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; averbar, inclusive por meio eletrônico, o termo de inscrição ou a Certidão de Dívida Ativa nos registros de bens e direitos sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade; utilizar os serviços de instituições públicas ou privadas para promover a cobrança amigável; promover a execução extrajudicial da dívida ativa de pequeno valor; e promover outros meios de cobrança extrajudiciais admissíveis pelo ordenamento para os créditos em geral.

Outra modalidade de cobrança extrajudicial da dívida ativa prevista é a execução fiscal de pequeno valor prevista no artigo 18. A dívida de pequeno valor é definida como aquela com valor consolidado inferior a 60 salários mínimos, admitindo-se que lei de cada ente federativo reduza esse valor, na previsão do artigo 19. A intimação de todos os atos pelo tabelião de protesto ao longo do procedimento executivo extrajudicial será feita na forma prevista na legislação processual civil para os processos judiciais. Equiparar-se-á a execução fiscal extrajudicial à judicial para efeito de interrupção e suspensão da prescrição do crédito.

Realizada a tentativa de penhora, ainda que infrutífera, o tabelião de protesto promoverá a notificação inicial do devedor para, no prazo de 15 dias, apresentar impugnação. Apresentada a impugnação, o tabelião de protesto intimará a outra parte para apresentar contrarrazões. Se a parte exequente não concordar com a impugnação, o tabelião de protesto submeterá o incidente ao juiz.

Não sendo o caso de aplicação da execução extrajudicial, há disposição, a partir do artigo 36, sobre a cobrança judicial da dívida ativa. Inovação importante é a previsão de que o ajuizamento da execução fiscal dependerá

de prévio protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. Outra importante inovação é a previsão de que a citação do devedor será feita somente após prévia tentativa de penhora de bens. A antecipação da tentativa de penhora é justificada em razão de o devedor ser notificado da inscrição conforme previsto no artigo 11, estando ciente desde aquele momento da possibilidade de ajuizamento da execução fiscal e penhora, caso se mantenha inerte.

Há previsão no artigo 38 das hipóteses de dispensa do ajuizamento da execução fiscal judicial: quando o montante do débito consolidado do devedor estiver abaixo do valor mínimo fixado pela autoridade competente, na forma da lei; ou enquanto não localizados bens ou direitos em nome do sujeito passivo, ou indícios de sua existência, úteis para a satisfação integral ou parcial do débito, observados os critérios de racionalidade, economicidade e eficiência.

O artigo 41 atribui competência ao juízo da execução fiscal para o processamento e julgamento das ações de conhecimento que envolvam ações de execução fiscal já ajuizadas. Da mesma forma, as ações de conhecimento propostas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal deverão ser remetidas ao juízo competente para esta, salvo se já houver sentença. Essa regra de competência visa à racionalidade, privilegiando a especialidade do juízo da execução fiscal.

O cerne da estrutura do Projeto de Lei reside na busca por racionalidade sistêmica e diálogo. Ele não só previne a inscrição indevida, mas também prevê a notificação como um instrumento de dialogia, oferecendo ao devedor um prazo formal para pagamento, negociação ou exercício da defesa por meio da apresentação de garantia ou do pedido de revisão.

A convergência entre as inovações da PGFN e as propostas do PL n. 2.488/2022 indica que o racional de cobrança focado na eficiência, na dialogia e na racionalidade (em detrimento do mero ajuizamento massivo) é o novo paradigma da gestão da dívida ativa no Brasil. Caso seja aprovado, o Projeto de Lei não apenas modernizará a Lei de Execuções Fiscais, mas consolidará em âmbito nacional e com força legal o Direito Fundamental à Boa Administração na gestão da receita tributária, elevando o patamar de exigência para todas as Fazendas Públicas.

CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou que os direitos fundamentais e a democracia ensejaram a superação de paradigmas do Direito Administrativo em sua concepção clássica.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular evoluiu para a lógica da ponderação dos interesses em conflito, com a necessária

aplicação do princípio da proporcionalidade. O princípio da legalidade estrita evolui para o princípio da juridicidade. A intangibilidade do mérito do ato administrativo discricionário evolui para a necessidade do uso da ponderação, tornando o ato administrativo legítimo. Dessas transformações, emerge como decorrência o Direito Fundamental à Boa Administração.

O Direito Fundamental à Boa Administração está presente na Constituição Brasileira, pois o artigo 5º, no § 2º, prevê que os direitos e as garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. O princípio da eficiência, no *caput* do artigo 37, que é elemento integrante da boa administração, deve ser aplicado em favor dos fundamentos da República.

A identificação da política tributária como política pública é possível quando considerada a arrecadação pelo seu valor próprio, como forma de realizar os fundamentos da República.

O cenário de baixa recuperabilidade do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União desafiou a PGFN a romper com o paradigma existente e modificar o racional da cobrança. O rompimento de paradigma resultou na estruturação da política pública denominada novo modelo de cobrança, que visa ao emprego racional da via judicial (*ultima ratio*), maximizando o emprego das vias administrativas (*prima ratio*).

O novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União estrutura-se em cinco eixos: 1) métodos alternativos de solução de conflitos que privilegiam a dialogia entre os sujeitos da relação jurídica, também entendido como microssistema de prevenção de litígios – o pedido de revisão de dívida inscrita, a transação e a oferta antecipada de bens e direitos à penhora; 2) métodos alternativos de cobrança – protesto da Certidão de Dívida Ativa e averbação pré-executória da Certidão de Dívida Ativa; 3) automação do diligenciamento patrimonial; 4) ajuizamento seletivo de execuções fiscais; e 5) investigação fiscal e combate à fraude fiscal estruturada.

O novo modelo de cobrança tem como ponto forte a compreensão de que os devedores de tributos inscritos em dívida ativa da União o são por razões diversas. Há os que estão inadimplentes, mas que desejam, por meio de diálogo com a credora, construir uma solução. No extremo oposto, há os que praticam fraudes fiscais estruturadas. É a partir dessa identificação que se decide qual o meio de cobrança será empregado.

O novo modelo, além de permitir a dialogia com o devedor, prioriza os métodos alternativos de solução de conflitos e os métodos alternativos de cobrança. O ajuizamento da execução fiscal ocorre quando os métodos alternativos se revelam insuficientes. A oferta antecipada de bens e direitos à penhora visa garantir o crédito na primeira oportunidade e a averbação pré-executória tem vida a prevenir fraude à execução fiscal. O diligenciamento

patrimonial automatizado tem alcance significativo. Por fim, emprega-se o combate à fraude fiscal estruturada para os casos extremos.

Embora os resultados sejam positivos, o grande volume de créditos tributários inscritos em dívida ativa da União exige que a PGFN mantenha uma postura proativa, avançando na construção de novas soluções.

Tramita no Senado Federal o projeto de Lei n. 2.488/2022, de autoria do Senador Pacheco (2022), que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas Autarquias e Fundações de Direito Público, prevendo diversos métodos estabelecidos no novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, visando à racionalidade sistêmica e diálogo. Há previsão de notificação como um instrumento de dialogia, oferecendo ao devedor um prazo formal para pagamento, negociação ou exercício da defesa por meio da apresentação de garantia ou do pedido de revisão. O projeto prevê ainda o protesto como requisito para o ajuizamento da execução fiscal e o ajuizamento seletivo.

Os resultados da pesquisa, tanto na perspectiva teórica (juridicidade) quanto na prática (recuperação do crédito), convergem para a confirmação da hipótese de trabalho. Os dados mais recentes da PGFN demonstram um recorde de arrecadação, quadruplicando os valores recuperados desde a implantação das inovações. Essa performance não apenas otimiza a arrecadação, mas, à luz da teoria, fortemente sugere que o novo modelo de cobrança, ao empregar a racionalidade, a dialogia e a tecnologia, configura uma política pública que pode ser caracterizada como Direito Fundamental à Boa Administração e contribui para a justiça tributária.

Em resposta à questão central do artigo, conclui-se que o novo modelo de cobrança da dívida ativa tributária da União entrega aos brasileiros o Direito Fundamental à Boa Administração. A principal contribuição desse estudo reside na fundamentação jurídica das práticas da PGFN, estabelecendo que a construção da eficiência na gestão da dívida ativa não é apenas uma meta administrativa, mas um imperativo constitucional. Sugere-se, como perspectiva de futuras pesquisas, o acompanhamento da tramitação do Projeto de Lei n. 2.488/2022.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. A efetividade da cobrança do crédito tributário federal como fundamento legitimador da Portaria PGFN 33/18. In: ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cesar (coords.). *Inovações na cobrança do crédito tributário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 11–25.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 24 set. 2025.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22/09/1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 set. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria n. 396/2016*. Regulamenta o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos. Brasília, DF: PGFN, 22 abr. 2016b. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/estrategias-de-cobranca-1/regime-diferenciado-de-cobranca-rdcc/portaria396_2016_1.pdf. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral Da Fazenda Nacional. *Anuário PGFN em Números, 2016: dados 2015*. Brasília, DF: PGFN, 2016c. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/PGFN%20em%20Numeros%202016.pdf>. Acesso em: 1º out. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 293/2017. Estabelece os critérios para classificação dos créditos inscritos em dívida ativa da União e institui o Grupo Permanente de Classificação dos créditos inscritos em dívida ativa da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&&pagina=15&&data=13/06/2017>. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria n. 33/2018. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2018. 2018a. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 abr. 2018b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/113606.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria n. 32, de 16 de janeiro de 2019*. Dispõe sobre o Sistema de Recuperação de Créditos Inscritos em dívida ativa da União e do FGTS no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF: PGFN, 16 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis n. 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 abr. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em: 22 set. 2025.

BRASIL. Lei Complementar n. 208, de 1º de julho de 2024. Altera o Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 jul. 2024. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp208.htm. Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. Procuradoria-Geral Da Fazenda Nacional. *Anuário PGFN em Números, 2025: dados 2024*. [Brasília, DF]: PGFN, 2025. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_2025_1103_11h46_final.pdf. Acesso em: 01 out. 2025.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O dever fundamental de pagar “tributos” na Constituição de 1988*. [S.l.]: [s.n.], 2014. Disponível em https://www.academia.edu/34820873/O_dever_fundamental_de_pagar_tributos_na_Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_1988/, 2014. Acesso em: 20 set. 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CONRADO, Paulo Cesar. O pedido de revisão de dívida inscrita (Portaria PGFN 33/2018) e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário: discussões que envolvem a efetividade da cobrança do crédito tributário. In: ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cesar (coords.). *Inovações na cobrança do crédito tributário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 25–36.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed., refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, 2015a, p. 195-217. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/21688>. Acesso em: 23 out. 2025.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, 2015b. DOI: 10.5007/2177-7055.2015v36n70p115. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 30 ago. 2025.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 20 set. 2025.

LÓBO, Edilene; MÓL, Ana Lúcia Ribeiro. O direito fundamental de acesso às inovações tecnológicas e a omissão do Estado brasileiro na adoção de políticas públicas para sua proteção. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, MS, v. 1, n. 1, p. 146-165, jan./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/18878>. Acesso em: 23 out. 2025.

MENEZES, Daniel Telles de. Política tributária como política pública: análise do sistema tributário pela tipologia de Theodore Lowi. *Revista da PGFN*, Brasília, DF, ano 7, n. 10, p. 115-134, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-vii-numero-10-2017/10politica.pdf>. Acesso em: 23 out. 2025.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*, n. 9, abr. 2001. Brasília: AGU, 2001.

PACHECO, Rodrigo. *Projeto de Lei n. 2.488/2022*. Dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações de direito público, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 16 de set. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154742>. Acesso em: 1º set. 2025.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. Transação tributária como política pública e a importância do gasto tributário como critério de controle. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.38, n.2, jul./dez., 2018, p. 231-242.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. 2010. 254 f. Tese (Pós-Doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/b9990046-f1b8-4b85-ad80-3202ae7a6413/content>. Acesso em: 1º set. de 2025.

