

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1193

(Ano XVI)

(16/03/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF):** Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT):** Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP):** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá):** Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1193



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1193 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 332 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**O STJ, pela sua Sexta Turma, afasta in dubio pro societate na pronúncia e cassa decisão que submeteu acusado ao tribunal do júri exigindo a necessidade da alta probabilidade contra o réu para ser pronunciado**

*Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.*

### ARTIGOS

**Nova lei de licitações, marketplace público, o rei, Caetano e outras reflexões**

*Jandeson da Costa Barbosa, 16.*

**A influência da mídia no ordenamento jurídico**

*Felipe Eduardo Heringer Satil, 38.*

**Análise: Anatomia do Estado de Murray, Rothbard**

*Gabrielle Barreto Marques de Carvalho, 55.*

**O arcabouço jurídico do microcrédito no Brasil: uma política pública em prol da redução das desigualdades sociais**

*Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 65.*

**Honorários advocatícios de sucumbência em execução contra a fazenda pública de montante que se enquadra como requisição de pequeno valor (RPV)**

*Fernando Gomes da Silva, 85.*

**Aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de furto previsto no Código Penal Militar**

*Danteskan Serra Soares, 108.*

**Responsabilidade civil dos bancos e a relação com Código de Defesa do Consumidor na concessão de crédito**

*Gustavo Henrique da Silva Pierre, 123.*

**Observatório do meio ambiente do Poder Judiciário: uma política de efetivação da democratização da informação ambiental e educação ambiental**

*Andreza Albuquerque Amore, 141.*

**O dever de integração das garantias processuais penais constitucionais e convencionais no contexto normativo internacional de direitos humanos**

*Elaine Cristina Monteiro Cavalcante, 155.*

**Princípios de Direito Previdenciário**

*Arquimedes Torres de Melo Revoredo, 181.*

**A jurisdição política do Supremo Tribunal Federal**

*Eder Jose Pacheco, 198.*

**Depoimento especial: Aspectos gerais da Lei nº 13.431/17, nos crimes de violência sexual contra menores**

*Carla Milayne Rodrigues de Melo, 214.*

**Guarda compartilhada como instrumento de igualdade de direitos e deveres entre os pais**

*José Agenor Gomes da Silva Neto, 232.*

**Violência obstétrica: uma análise a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente**

*Renata Fonseca Gomes, 246.*

**A necessária regulamentação dos direitos sucessórios do filho concebido mediante inseminação artificial homóloga "post mortem"**

*Laura Kalline Fernandes Oliveira, 263.*

**A natureza (não) hedionda do homicídio qualificado-privilegiado**

*Agostinho Emanuel Rodrigues Rosa, 282.*

**Privacidade digital entre empresa e cliente: análise jurídica**

*Edineuda Alves Dias, 298.*

**O direito e garantia fundamental ao acesso à justiça à luz do projeto Florença**

*Rodrigo Bastos Garrido, 311.*

## O STJ PELA SUA SEXTA TURMA AFASTA IN DUBIO PRO SOCIETATE NA PRONÚNCIA E CASSA DECISÃO QUE SUBMETEU ACUSADO AO TRIBUNAL DO JÚRI EXIGINDO A NECESSIDADE DA ALTA PROBABILIDADE CONTRA O RÉU PARA SER PRONUNCIADO

### **VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)<sup>1</sup>.

**Resumo:** A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afastar o preceito in dubio pro societate ao cassar a decisão que havia mandado um homem acusado de participação em homicídio a júri popular no Distrito Federal. A compreensão doutrinária de que a pronúncia não exigia prova cabal de autoria foi superada pelo colegiado, que ressaltou a necessidade de alta probabilidade de envolvimento do réu no crime. O artigo discute a importância dessa exigência e a necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves.

**Palavras-chave:** sentença de pronúncia, in dubio pro societate, alta probabilidade, envolvimento do réu, júri popular.

### **Introdução**

A sentença de pronúncia é uma etapa crucial do processo penal, na qual o juiz decide se o réu deve ser submetido a julgamento pelo tribunal do júri. Durante muito tempo, prevaleceu a compreensão de que, nessa fase, não era necessário apresentar prova cabal de autoria, sendo suficiente a existência de indícios mínimos para justificar a submissão do acusado ao júri popular. No entanto, a Sexta Turma do STJ ao julgar o REsp 2.091.647 – DF, afastou esse entendimento, ressaltando a importância da alta

---

<sup>1</sup> Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

probabilidade de envolvimento do réu no crime. Neste artigo, analisaremos a decisão da Sexta Turma do STJ, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz e os fundamentos dessa decisão que concluiu pela necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves, como, no caso a pronúncia que submete o acusado ao Tribunal do Júri.

## Desenvolvimento

No caso em questão, o réu era um motorista contratado por dois homens que cometeram um homicídio. Não havia evidências de que o motorista conhecesse previamente os autores do crime ou a vítima, nem de que ele soubesse da intenção criminosa de seus passageiros. Apesar disso, ele foi denunciado e pronunciado, com base no preceito *in dubio pro societate*, que estabelece que, em caso de dúvida, deve-se decidir em favor da sociedade e submeter o réu a júri popular.

No entanto, o relator do caso no STJ, ministro Rogerio Schietti Cruz, argumentou que os requisitos para a submissão de um acusado ao tribunal do júri devem ser analisados levando em conta os standards probatórios. Ou seja, à medida que a decisão a ser tomada pelo julgador tenha consequências mais graves para o acusado, é necessário um maior grau de confirmação sobre os fatos. A pronúncia, sendo uma medida consideravelmente danosa para o acusado, exige um standard razoavelmente elevado.

Na fundamentação do julgado, abriu um capítulo com o título “**O sistema da íntima convicção e o controle das decisões do tribunal do júri**”, por onde a doutrina de Michele Taruffo que aponta três condições para que uma decisão judicial possa ser considerada justa: a) acertada verificação sobre os fatos ocorridos; b) correta aplicação do direito às premissas fáticas estabelecidas e c) respeito às garantias do devido processo legal (TARUFFO, Michele. *Idee per una Teoria della Decisione Giusta*. In: *Sui Confini: Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224-225).

Segundo Rogerio Schietti Cruz:

A acurada reconstrução histórica dos fatos não é, portanto, o único nem o mais importante escopo do processo, mas é um dos pressupostos necessários para que se possa considerar adequada a prestação jurisdicional, dentro das balizas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento.

Uma vez que a veracidade do juízo fático se faz essencial, também adquire fundamental relevância – a fim de evitar o arbítrio em um Estado Democrático de Direito – a possibilidade de exercer controle



sobre tal juízo; e a garantia da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF) assume papel central como instrumento para permitir essa fiscalização, sobretudo porque “a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito” (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: Partecipazione e processo, Coord. Ada P. Grinover et al. São Paulo: RT, 1988, p. 45).

Avoca os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho – saudoso mestre das Arcadas –, a motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais “transcende o âmbito próprio do processo” (A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p. 80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a “atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional” (op. cit., p. 95).

Esclarece que a motivação das decisões jurisdicionais, a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas e se bem aplicou o direito ao caso concreto. Serve, ainda, para “atuar preventivamente sobre o raciocínio probatório: ciente que deve justificar a decisão adotada sob parâmetros válidos, o julgador é impelido a orientar a atividade valorativa por bases racionais” (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Perspectivas para uma valoração racional da prova no juízo por jurados. In: Denis Sampaio. (Org.). Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira. 1ed. Florianópolis: Ematis, 2021, v. 1, p. 319-326).

Faz uma chamada à Luigi Ferrajoli, no que se refere a garantia instrumental, garantia de segundo grau ou garantia das garantias, porquanto permite saber, pelo exame das razões indicadas na decisão, se os demais direitos e garantias do acusado (as garantias primárias) foram observados (Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492).

Explica a importância do Tribunal do Júri como instituição mais democrática do sistema de justiça, porém, que se instala um paradoxo aparentemente antidemocrático: formado por representantes da sociedade civil das mais diversas origens, o Tribunal do Júri – no exame fático que incumbe aos jurados – não motiva suas decisões. Deveras, em que pese a discussão sobre a constitucionalidade do sistema da íntima convicção no júri, à luz do art. 93, IX, da CF, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” – objeto de



candentes debates na doutrina –, fato é que na atual estrutura conferida ao júri pelo Código de Processo Penal, os jurados não motivam expressamente seu veredito.

Neste ponto, conclui que é necessário, contudo, a despeito disso, buscar conferir o máximo de racionalidade ao procedimento por meio dos mecanismos atualmente existentes, pois, **se, por um lado, a ausência de motivação dificulta o controle epistêmico das decisões do júri, por outro, não o inviabiliza por completo** (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. A Garantia da Motivação das Decisões Judiciais à Luz do Direito ao Processo Justo e da Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 349-376, 2015).

Em um segundo momento, discute “**A falácia do *in dubio pro societate*”**, partindo do texto da Constituição Federal que determinou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e os delitos a eles conexos, conferindo-lhe a soberania de seus vereditos. Entretanto, a fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF), seja para absolver, seja para condenar, exige-se uma prévia instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, *caput* e § 1º, do CPP.

Explica que essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um **importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas** a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*).

Em seguida, avança na explicação sobre a sentença de pronúncia, afirmando que se consubstancia em um **juízo de admissibilidade** da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar “**convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação**” (art. 413, *caput*, do CPP). A leitura do referido dispositivo legal permite extrair **dois standards probatórios distintos**: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. **Ao usar a expressão “convencido da materialidade”, o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes**, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

Nesse sentido, narra que a desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina – acolhida durante tempo considerável pela

jurisprudência – a defendera existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Avoca a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ao ponderar: "*Ainda que se considere os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça um estado de dúvida diante de um lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o in dubio pro reo, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro*" (**ARE n. 1.067.392/AC**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 2/7/2020).

E conclui que o *in dubio pro societate* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, devendo, então se definir qual é o standard probatório exigido para submeter o acusado a julgamento pelo júri quanto à autoria e à participação, ou seja, *qual o grau necessário de confirmação da hipótese acusatória representado pela expressão "indícios suficientes de autoria ou de participação"*, contida no art. 413, caput e § 1º, do CPP.

Nesse sentido, abre o capítulo sobre o "**Standard probatório para a decisão de pronúncia quanto à autoria e à participação**", por onde, esclarece inicialmente, que o termo "indícios", no art. 413 do CPP, não é empregado na acepção de "prova indireta", tal como definido no art. 239 do CPP, mas sim – da mesma forma que nos arts. 126 (determinação de sequestro de bens) e 312 do CPP (decretação de prisão preventiva) – como "elemento de prova de menor valor persuasivo ou **prova semiplena**, expressão herdada do velho sistema das provas legais" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Ed, 2005, p. 311).

Nesse sentido, explica que:

**A lei não fala em quaisquer indícios de autoria**, mas sim em "indícios **suficientes**", adjetivo que qualifica e reforça a exigência de demonstração, ainda que não cabal, da autoria ou da participação delitiva. Esse juízo de suficiência sobre o nível de exigência probatória necessário para superar a etapa de pronúncia no que se refere à autoria ou à participação, entre os autores que refutam a existência do *in dubio pro societate*, é objeto de duas correntes principais.

**Explica que a primeira** foi encampada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no mencionado **ARE 1.067.392/CE** e propõe que "a decisão de pronúncia requer uma **preponderância de provas**, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória".

Cita a defesa de Vinícius Vasconcellos, para quem esse *standard*, segundo o qual deve haver “**mais provas incriminatórias do que absolutórias**” [...], “diferenciaria tal etapa em relação à justa causa para recebimento da denúncia, a qual se pauta por elementos colhidos na fase investigativa com contraditório limitado”. Para o autor, exigir *standard* probatório mais rigoroso para a pronúncia seria incompatível com as limitações cognitivas da etapa de pronúncia e com a previsão constitucional da soberania dos veredictos (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Standard probatório para a decisão de pronúncia ao Tribunal do Júri e a inadmissibilidade do in dubio pro societate*. In: Denis Andrade Sampaio Junior. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: EMais, 2021, p. 235-242).

Cita o mestre Rafael Fecury, cujo tema de sua dissertação sustenta ser aplicável, para que a pronúncia cumpra adequadamente sua importante função de filtro contra possíveis condenações injustas, um ***standard de elevada probabilidade***, representado pelo que se convencionou chamar no direito norte-americano de *clear and convincing evidence*, pois “ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o *standard* da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, **estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável**” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 178-179).

Pondera que no recebimento da denúncia, o julgador deve verificar não somente a presença da prova da materialidade e dos indícios de autoria, mas também analisar, ainda que em cognição sumária, se as provas indicadas para colheita na instrução permitirão amparar a hipótese acusatória a ponto de ensejar a condenação. Isso porque, não raro, apesar da presença de elementos suficientes para preencher o *standard* de mera probabilidade da denúncia, projeta-se na instrução processual somente a repetição judicial dos atos do inquérito, a qual nem sempre bastará para superar o *standard* exigido para a condenação. Nessas hipóteses, o exercício de uma ação penal nitidamente fadada ao insucesso só se presta a abarrotar, ainda mais, os escaninhos do sistema de justiça criminal, além de causar indevido e alongado constrangimento ao imputado (Nesse sentido: MACHADO, Luís Henrique. *A fase de recebimento da denúncia – críticas e perspectivas*. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters, p. 403-421, 2021).

Explica que na pronúncia, esse juízo prognóstico sobre a etapa vindoura (julgamento em plenário e condenação) seria ainda mais importante em virtude da ausência de fundamentação da decisão dos jurados; ou seja, considerando que, na etapa

final do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o veredito é imotivado, adquire especial relevo o juízo prognóstico sobre a viabilidade da condenação. Isso esbarra, porém, em dois obstáculos impostos ao juiz togado: **a)** a impossibilidade de usurpar a competência constitucional dos jurados para o *judicium causae* e **b)** a necessidade de fundamentar de forma sucinta a decisão, sob pena de incorrer em excesso de linguagem, a teor do art. 413, § 1º, do CPP e influenciar negativamente os jurados contra o réu.

Diante desse impasse, a adoção de *standard* de **elevada probabilidade**, superior à mera preponderância de provas, mas inferior ao BARD (*beyond any reasonable doubt*) ou outro que se tenha como suficiente para a condenação final – a depender da concepção que se adote sobre o tema –, desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa.

Explica que em outras palavras, "Para a pronúncia é **necessário uma prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique, com elevada probabilidade, a autoria, embora não se trate de certeza da autoria**. Trata-se do que, na doutrina norte-americana, se identifica com o *standard* probatório da *clear and convincing evidence*" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Da impronúncia e o *ne bis in idem*. In: Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, v. 1, p. 177-181).

E conclui que, o *standard* probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, situa-se **entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade** ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – **e o da certeza** além de qualquer dúvida razoável (**BARD** ou outro *standard* que se tenha por equivalente) – necessário somente para a **condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.**

Avoca Guilherme Nucci, segundo o qual: "É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livre de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo in *dúbio pro societate*, remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 2015, p. 87).

E conclui que não pode o juiz, na pronúncia, "lavar as mãos" – tal qual Pôncio Pilatos – e invocar o "in *dúbio pro societate*" como escusa para eximir-se de sua

responsabilidade de filtrar adequadamente a causa, submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva (nesse sentido: REIS, Rodrigo Casimiro. O descabimento de pronúncia a la Pilatos e a necessidade da fixação de um standard probatório constitucional ao final da instrução preliminar do rito do júri. In: AKERMAN, William; REIS, Rodrigo Casimiro; MAIA, Maurílio. Debates Contemporâneos da Justiça Penal: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: Editora Sobre direito, 2023, p. 59-76).

O ministro ressaltou que o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, mesmo que não seja exigido um juízo de total certeza para submeter o réu ao tribunal do júri. Portanto, o juiz não pode invocar o in dubio pro societate como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa e submeter ao júri acusações não fundamentadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva.

## **Conclusão**

A decisão da Sexta Turma do STJ de afastar o preceito in dubio pro societate na sentença de pronúncia é um importante marco no sistema de justiça criminal brasileiro. Ao exigir uma alta probabilidade de envolvimento do réu no crime, o tribunal reforça a necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves. Isso evita que acusações infundadas sejam levadas a júri popular, protegendo os direitos do acusado e garantindo a justiça no processo penal.

## **Referências**

STJ. Notícia: STJ afasta preceito in dubio pro societate e cassa pronúncia de acusado de homicídio. Disponível em: <  
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11102023-Sexta-Turma-afasta-in-dubio-pro-societate-na-pronuncia-e-cassa-decisao-que-submeteu-acusado-ao-tribunal-do-juri.aspx>>. Acesso em: 17out.2023



## NOVA LEI DE LICITAÇÕES, MARKETPLACE PÚBLICO, O REI, CAETANO E OUTRAS REFLEXÕES

**JANDESON DA COSTA BARBOSA:** Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Ex-Especialista Sênior e Ex-Diretor da área de licitações e contratos do TCU. Servidor do TCU. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do Ceub. Professor. Advogado2.

É um desmascaro

Singelo grito

O rei está nu, mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que o rei é mais bonito nu.

*(O estrangeiro – Caetano Veloso)[1]*

Narra o clássico conto de Hans Christian Andersen[2] que havia um rei muito vaidoso, cujo único interesse era desfilar com roupas belas, luxuosas e caras. Certo dia, dois pilantras chegaram ao Reino e ouviram falar da fraqueza do rei. Apressaram-se a se apresentar como dois especialíssimos alfaiates que confeccionavam roupas únicas: o tecido não podia ser visto por pessoas tolas ou que ocupassem um cargo sem merecê-lo.

O rei tratou de encomendar logo seus novos trajes: “Agora sim eu vou desmascarar os tolos e incompetentes desta corte”, pensou o monarca. Logo os trapaceiros se puseram a fingir que estavam confeccionando tais roupas e, quando estas ficaram “prontas”, o rei rapidamente pôs-se a “vesti-las”. A essa altura, toda a cidade já aguardava para avistar o rei em seus novos trajes tão especiais.

E o rei, bem, justo o rei não poderia dizer que nada via, pois, no fim das contas, quem seria mais sábio ou competente do que ele? Pôs-se a desfilar com as “roupas” pela cidade. O primeiro-ministro, os aristocratas, os guardas, todos bradavam a elegância de suas novas roupas. “Que luxo!”, exclamavam os súditos nas ruas. Afinal, ninguém se julga tolo ou muito menos incompetente. Tudo corria bem até que uma criança começa a rir insistentemente: “O que tem tanta graça, garoto?”. De repente, um grito do infante abriu a visão cognitiva de todos: “O rei está nu!”.

---

2 E-mail: jandesonbarbosa@gmail.com

## 1.O rei está nu

Noutro artigo discorreremos sobre os desafios que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) distribui “a todos: acadêmicos, administradores e servidores públicos, juristas, agentes do mercado, agentes dos órgãos de controle”, que “consiste no esforço de procurar esmiuçar e colocar em prática as potencialidades hermenêuticas do seu texto, de modo a se promover a inovação, a eficiência e a eficácia”.<sup>[3]</sup>

Nós, afiliados ao sistema jurídico romano-germânico, sempre esperamos da lei, do diploma legal, a solução para todos os problemas. Não foi diferente com a NLLCA. É de conhecimento geral que tínhamos até então um regime legal de licitações e contratos (Lei 8.666/1993) obsoleto, arcaico, que desenhava um arquétipo jurídico que impunha, por vezes, o atraso ao serviço público. Contudo, não eram muitos os que se preocupavam com tal fato, afinal, “uma nova lei está por vir”. E ela veio, mas, pasmem-se, não revolveu os problemas do mundo – nem das licitações públicas brasileiras.

É verdade que muitos avanços do ponto de vista da governança e da inovação foram promovidos sobretudo pelas famosas instruções normativas do Ministério do Planejamento (e todos os nomes que o órgão teve desde 1993), mas é difícil colocar “remendo novo em vestes velhas”. Além disso, as instruções tinham, em regra, observância obrigatória apenas ao Poder Executivo da União, deixando de fora os demais Poderes e unidades federativas. Tais experiências, contudo, serviram de esboço para muitos dos avanços promovidos pela NLLCA. Mas precisamos de mais.

Se o nobre leitor chegou até aqui, naturalmente está se perguntando se este autor não vai comentar a respeito do conto e da música acima transcritos. Vamos a eles, ou melhor, desafio-o a encontrar o nexos entre tais referências e os trechos legais abaixo.

Decreto nº 2.926/1862 (Império):

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construccão ou concertos de obras cujas despesas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas.[4]

Decreto nº 4.536/1922 (República Velha):



Art. 50. A concorrência pública far-se-á por meio de publicação no Diário Oficial, ou nos jornais oficiais dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e lugar desta.

Art. 51. § 3º As propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas diante de todos os concorrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros e antes de qualquer decisão serão publicadas na íntegra.[5]

Decreto-Lei nº 200/1967 (Regime Militar):

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

Art. 129. A publicidade das licitações será assegurada

I - No caso de concorrência, mediante publicação, em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de trinta dias, de notícia resumida de sua abertura, com indicação do local em que os interessados poderão obter o edital e todas as informações necessárias.

II - No caso de tomada de preços, mediante afixação de edital, com antecedência mínima de quinze dias, em local acessível aos interessados e comunicação às entidades de classe, que os representem.

Parágrafo único. A Administração poderá utilizar outros meios de informação ao seu alcance para maior divulgação das licitações, com o objetivo de ampliar a área de competição.[6]

Lei nº 8.666/1993 (Nova República):

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em

função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimativa;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e tomadas de preços, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, durante 3 (três) dias consecutivos, obrigatória e contemporaneamente: [...] [7]

Lei nº 14.133/2023 (NLLCA):

Art. 40. § 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. [8]

O que todos esses trechos – do Brasil Império à NLLCA – têm em comum? O modelo direcional de contratação pública: a Administração publica um edital ou instrumento qualquer de chamamento descrevendo minuciosamente o que pretende adquirir e os fornecedores enviam propostas dos seus produtos.

O Império publicava *anuncios*, a República Velha o fazia por meio de *Diário Oficial* ou *jornais oficiais*, o Regime Militar, no *órgão oficial* e na *imprensa diária*, a Nova República realizava a publicação dos *resumos dos editais* na imprensa oficial e em jornal de grande circulação (a Lei do Pregão não mudou, nesse aspecto, muita coisa), e enviava suas *cartas-convite*. Por fim, a NLLCA determina a publicação de editais no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e... em diário oficial e jornal de grande circulação.

Mas você, nobre leitor, pode se insurgir lembrando das dispensas de licitação em razão do valor. Nesse particular, tivemos a regulamentação do Executivo federal transformando-as em *um mini-pregão*. Tem até nome próprio: Dispensa Eletrônica. E a notícia foi dando como se isso fosse uma coisa boa! Vejamos trecho da Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021:

Art. 6º O órgão ou entidade deverá inserir no sistema as seguintes informações para a realização do procedimento de contratação:

I - a especificação do objeto a ser adquirido ou contratado;

II - as quantidades e o preço estimado de cada item, nos termos do disposto no inciso II do art. 5º, observada a respectiva unidade de fornecimento;

III - o local e o prazo de entrega do bem, prestação do serviço ou realização da obra;

IV - o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

V - a observância das disposições previstas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

VI - as condições da contratação e as sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

VII - a data e o horário de sua realização, respeitado o horário comercial, e o endereço eletrônico onde ocorrerá o procedimento.

Parágrafo único. Em todas as hipóteses estabelecidas no art. 4º, o prazo fixado para abertura do procedimento e envio de lances, de que trata o Capítulo III, não será inferior a 3 (três) dias úteis, contados da data de divulgação do aviso de contratação direta.[9]

É com a devida vênia, e prestando o mais absoluto respeito e gratidão aos responsáveis pela implantação narrada – e reconhecendo os incontáveis desafios pelos quais passa o servidor público que tente inovar, bem como os ganhos em relação às ferramentas anteriores – que tecemos as críticas a seguir. Mas é como se tivesse sido realizado um investimento pesado em um aplicativo para utilização de táxi na era... do *uber*, *99*, etc. Uma lei nova, um regulamento novo, um sistema novo para um modelo velho.

E o que tudo isso tem em comum? O aspecto direcional: a Administração publica um ato de chamamento com a descrição pormenorizada do que pretende adquirir, após um custoso e laborioso procedimento preparatório, para comprar bens padronizados. É a Administração quem descreve o objeto e direciona sua vontade de contratar ao mercado, que responde por meio de propostas. Aí começa a miscelânea de problemas que já conhecemos: é fornecedor tentando encaixar à força produto ruim à especificação, é a Administração descobrindo que não especificou com a precisão adequada o objeto... tudo isso para comprar bens simplórios.

E aqui o leitor já percebeu que nos referimos apenas às compras de bens comuns adquiridos em pequenas ou médias quantidades, não abarcando serviços, obras, bens especiais ou mesmos grandes compras de bens comuns. Não é pertinente um paralelo a todo instante com a iniciativa privada, mas, nesse caso, é necessário: qual empresa faria isso? Existe um ganho do ponto de vista da concretização de direitos fundamentais ou de execução de políticas públicas que justifique isso?

Alguém poderia perquirir: qual o problema desse (custoso) modelo? A Administração Pública existe para custar pouco? Não! A Administração existe para concretizar direitos fundamentais.[10] E tal modelo traz prejuízos diretos: a utilização de servidores públicos que poderiam ser alocados em atividades-fim a implementar tais direitos, a utilização de recursos financeiros que igualmente poderiam ser alocados no atendimento direto à população. E o principal: a ineficiência dos serviços públicos. É máquina de ressonância magnética parada aguardando o procedimento para a compra de uma peça, é escola sem funcionar porque não tem bebedouro de água, e a cornucópia de exemplos é infindável.

Enfim, todos nos acostumamos com o modelo até então adotado, inconscientemente fingimos ver os benefícios de tal desenho direcional, mas o fato é que, em se tratando de compras públicas de bens comuns, sobretudo em quantidades menores... o rei está nu!

### **1. Marketplace público: entre dificuldades e possibilidades**

Mas, afinal, é preciso indagar como que nós, as pessoas naturais e também as empresas, na década de 20 do século XXI, costumamos comprar produtos (bens comuns). A resposta é óbvia: em *marketplaces*. Em termos simples, *marketplace* é “um canal voltado para a compra e venda de produtos”[11], um “site que reúne diversos vendedores com diferentes ofertas. Dessa forma, o consumidor tem acesso a uma grande variedade de produtos e condições”[12].

Basicamente, o *marketplace* é uma espécie de mercadão virtual, um sítio eletrônico em que uma empresa cadastra diversas outras e lhes proporciona um ambiente virtual e padronizado para que essas empresas cadastradas possam oferecer os seus produtos. Os “mercadoes virtuais” mais sofisticados têm poderosas ferramentas de indexação com as quais um algoritmo compara as ofertas de um mesmo produto e sugere ao cliente a melhor opção de preço, prazo de entrega, valor de frete etc.

Outros serviços agregados podem ser oferecidos pela empresa que administra o *marketplace*, como garantia de devolução de valores em caso de problemas com a entrega do produto, assinaturas que proporcionam ao cliente gratuidade de frete de uma gama de produtos mediante o pagamento de um valor fixo mensal, uma intrincada (e às vezes polêmica) tecitura logística de entregas, e uma miríade de outras possibilidades.

Então, agora que descobrimos que o rei está nu, no sentido de que resta claro o descompasso do modelo de contratações públicas de bens comuns em relação à atualidade, o leitor deve estar se perguntando: por que não vestimos o rei? Sem metáforas: por que não fazemos (fazem) um *marketplace* público? Aquele leitor mais propositivo pode estar se perguntando: o que falta para termos um *marketplace* público? Este autor vai tentar estabelecer algumas respostas.

A primeira delas é óbvia e vem sendo trabalhada desde a primeira linha deste artigo: porque o rei está nu, e são muitos aqueles que não enxergam ou não querem ver que o rei está nu. Para boa parte da Administração Pública, o *marketplace* público parece ser uma realidade absolutamente distante. Veja-se pela dificuldade de implementação da NLLCA, sobretudo em municípios menores, mas também em diversos órgãos e entidades de todos os entes subnacionais.

É inconteste “a enorme discrepância entre as unidades federativas em seus níveis federal, estadual e municipal”[13]. Para além da distinção “dos aparatos financeiros e de pessoal”[14], os entes diferem no nível de maturação das compras públicas:

“[...] enquanto a União, principalmente o Executivo federal, amadureceu bastante na temática das contratações públicas através de suas instruções normativas, sistemas informatizados e outros

instrumentos, há municípios que detêm praticamente o mesmo instrumental da entrada em vigor da Lei nº 8.666/1993”.[15]

Contudo, entendemos que o maior entrave para o *marketplace* público não é a falta de percepção quanto à sua necessidade ou mesmo a assimetria entre os entes subnacionais. Há quem imagine que o problema seja técnico: o desafio de se criar um sítio eletrônico que viabilize as operações. Não é.

O difícil, o raro, o *valioso* é a criação do novo. Certamente a criação dos primeiros *marketplaces* exigiu genialidade e percepção ímpar aos seus criadores. Mas a construção de tecnologia da informação (TI) desse tipo de *site* não é, há muito, novidade. A falta de conhecimento com profundidade quanto a determinada temática costuma levar o tomador de decisões a supervalorizar a parte errada do trabalho. O fato é que, hoje, qualquer empresa especializada nessa área da TI realizaria com certa tranquilidade esse empreendimento.

As reais dificuldades de implementação do *marketplace* público – abstraindo por ora de outras considerações para além de questões meramente técnicas – são as mesmas de sempre na Administração Pública: juridicidade e processo de trabalho.

Por juridicidade, entenda a conformação com o sistema jurídico. O princípio da juridicidade administrativa complementa e dá novas cores ao conhecido princípio da legalidade administrativa. Caso o leitor tenha interesse em aprofundar esse assunto, o remetemos a outra obra[16] de nossa autoria. Para o escopo deste artigo, basta-nos a afirmação de que, nesta quadra histórica do direito administrativo brasileiro, a falta de previsão legal não é, necessariamente, empecilho para que a Administração Pública realize determinada inovação.

Mas se a ausência de previsão legal não é empecilho, a sua falta exige certa “engenharia jurídica” e algum diálogo institucional[17] a fim de viabilizar ideias inovadoras. É nesse ponto que reside a dificuldade. É aí o *locus* no qual está a necessidade do difícil, do raro, do valioso.

Essa observação pode parecer contraditória com os comentários iniciais deste artigo quanto ao nosso hábito de esperar a solução de todos os problemas com a edição de um diploma legal. Mas essa contradição é apenas aparente. Primeiro porque a observação feita nas primeiras linhas do presente texto se referia à expectativa de que uma lei, por si só, pudesse resolver os problemas da gestão pública. Ademais, é inconteste que o “melhor dos mundos” do ponto de vista da segurança jurídica para a execução de algo na Administração Pública é, sem dúvidas, a sua expressa autorização legal. Portanto,



estamos nos referindo à edição de uma lei *somada* à estruturação de algo novo. E nesse ponto podemos nos servir de dois exemplos antagônicos.

Vários institutos inovadores das compras públicas foram previstos primeiro em ato normativo infralegal e somente depois acrescentados à legislação ordinária. De igual modo, muitos dos instrumentos previstos em lei apenas em 2021 pela NLLCA já tinham sido regulamentados através de instruções normativas do Ministério do Planejamento, como já citado, ou mesmo tinham sido montados por construção da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

Na direção temporal oposta, a NLLCA determinou a criação de uma série de instrumentos a serem incorporados pelo Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP) sem praticamente nenhuma das ferramentas tecnológicas estar pronta, o que causou (e ainda causa) uma ansiedade na Administração em geral e uma “correria” no então Ministério da Economia para saldar todas as promessas feitas pela NLLCA.[18]

Desse modo, a solução jurídica que daria maior segurança jurídica é, obviamente, a previsão do *marketplace* público em lei ordinária. O que poucos sabem é que já tivemos a primeira tentativa. Na tramitação da Medida Provisória nº 1.167/2023, que por primeiro prorrogou a vigência da Lei nº 8.666/1993, foi apresentada a Emenda 13, que criava o “Sistema de Compra Instantânea (Cix)”, o que na prática viabilizaria o *marketplace*.

A justificação da Emenda tece severas críticas à eficiência do pregão eletrônico (o que diriam do “mini-pregão”, a nova Dispensa Eletrônica?). Vale a leitura[19]. Para o leitor mais apressado, transcrevemos o ponto fulcral:

A nova Lei de Licitações pouco avançou no que se refere a modernização, trazendo modelos licitatórios repletos de ritos rígidos de controle e repetindo a lógica burocrática e formalista, sem incluir as inovações tecnológicas e sociais que poderiam evitá-los.[20]

Noutro giro, sustentamos que há alternativas de viabilização do *marketplace* público sem a necessidade de edição de lei ordinária, a partir das normas já postas pela NLLCA. Das diversas possíveis, este autor vai destacar duas: o credenciamento e o sistema de registro de preços (SRP).

A utilização do instrumento auxiliar “credenciamento” é possivelmente a mais óbvia das alternativas. Não à toa, o próprio texto da Emenda nº 13 à MP nº 1.167/2023 denominava o CIX como um sistema que se destinaria “à aquisição, por meio de credenciamento em mercado flúido [*sic*], de bens padronizados e previamente selecionados pela Administração Pública...”.



Ora, se trata de um modo de utilização de um instrumento já previsto em Lei, é porque é juridicamente possível já com base na sistemática atual. A dificuldade seria encaixar as compras do *marketplace* público no conceito de mercado fluido. É plausível, apesar de originalmente o legislador ter pensado o inciso III do art. 79 da NLLCA para outras situações. Contudo, como se diz no jargão de Brasília: “tem que combinar com os russos” (no caso, os órgãos de controle). Na verdade, é relativamente simples a execução, apesar da complexidade do desenho.

Não se ignora a possibilidade de utilização dos incisos I (“caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas”) e II (“com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação”) do citado artigo. O fator dificultador, nesse caso, é a obrigatoriedade de fixação prévia do preço pela própria Administração (art. 79, parágrafo único, inciso III, da NLLCA). Seria uma opção razoável para um “*marketplace* de serviços” a absorver mão de obra desempregada, por exemplo.

A segunda possibilidade, bem menos dinâmica e mais trabalhosa, é fazer uma regulamentação específica e engenhosa de sistema de registros de preços (SRP) com adjudicações conjuntas e mistas, a se desenvolverem por trás da límpida tela do *marketplace*, na qual o usuário que lançasse os olhos sobre os produtos disponíveis não teria ideia da complexidade exigida para ali se chegar.

Os leitores mais especializados em SRP possivelmente apontarão diversas dificuldades jurídicas para utilizá-lo como instrumento de viabilização do *marketplace* público. Nesse ponto, vale a máxima popular segundo a qual “se fosse fácil, já teriam feito”.

Assim, na primeira parte deste artigo chegamos à conclusão de que *o rei está nu*, uma metáfora para retratar o contrassenso que é o atual desenho direcional das contratações públicas brasileiras de produtos comuns. Já nesta segunda parte, levantamos algumas possíveis explicações à *nudez real* bem como soluções concretas, concluindo que a dificuldade para viabilizar o *marketplace* público não é inerente à tecnologia da informação, mas é jurídica e de formatação de processo de trabalho.

Nesse contexto... se o rei está nu, se sabemos o porquê de ele estar nu e como vesti-lo, a solução não é simplesmente pôr-lhe as roupas de uma vez? Veremos que não. A dificuldade técnica (aí incluídos os aspectos jurídicos e de processo de trabalho) é apenas o aspecto inicial a ser observado para a implementação do *marketplace* público. Há outras questões que devem ser consideradas. Sigamos o texto.

**2. Mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que (por enquanto) o rei é mais bonito nu**

A inovação na Administração Pública é realizada por... pessoas. E como tal, o passo, o compasso e o descompasso da Administração estão inerentemente ligados às tendências nas quais estão emergidos os agentes públicos. Nessa bolha, da qual este autor faz parte, é comum a influência de dois *complexos* que, por vezes, estão a explicar *la raison pour laquelle les choses sont* (a razão pela qual as coisas são assim). São eles: o complexo ou “síndrome de Gabriela” e o “complexo de vira-lata”.

Quanto ao primeiro, dispensa-se apresentações. O “trecho da música escrita por Dorival Caymmi e interpretada por Gal Costa fez sucesso na TV na década de 1970, quando foi tema da personagem central da telenovela Gabriela — uma adaptação da obra do autor baiano Jorge Amado”[21].[22] Em resumo: “A trama mostra uma mulher que não conseguia se adaptar aos costumes da época e se recusou a moldar seu jeito espontâneo e um pouco rude para se enquadrar na cidade em que vivia”[23].

A síndrome, inclusive, recebe por estas terras alcunha científica, e é descrita como “sendo observado em pessoas que acreditam que não precisam mudar ou adaptar seu comportamento a situações que não lhe agradam”[24]. A nós brasileiros é suficiente a auto explicação do trecho de Caymmi: “Eu nasci assim, eu cresci assim, eu sou mesmo assim, vou sempre assim...Gabriela”[25].

Não é incomum ouvir na Administração Pública expressões como “sempre foi assim”, “para que mudar?” ou simplesmente “não pode” quando se indaga a necessidade de inovações em qualquer área. Se essa “síndrome de Gabriela coletiva” não é exclusividade do serviço público, por aqui ela encontra características que lhes são propícias: estabilidade, remuneração desatrelada a resultados, impossibilidade de a ineficiência “quebrar” o órgão etc. Mas não pense o leitor que este autor acredita que um órgão ou ente público deve ser visto como uma empresa, na verdade essa visão cognitiva é própria da outra síndrome: o complexo de vira-lata.

O termo foi criado por Nelson Rodrigues para descrever “a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo”[26]. Segundo o dramaturgo e escritor, a “inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo”[27]. Prossegue com formidável metáfora: “O brasileiro é um narciso às avessas, que cospe na própria imagem. Eis a verdade: não encontramos pretextos pessoais ou históricos para a autoestima”[28].

Se o brasileiro, em regra, não consegue ver o próprio valor do seu país, da sua cultura e das suas qualidades, pondo-se numa situação de inferioridade frente a outras nacionalidades – geralmente acompanhado da irritante expressão “quer o que, isso aqui é Brasil” –, a metáfora pode ser estendida a parcela dos servidores públicos que acreditam que “só é bom o que vem da iniciativa privada” e que “na Administração Pública tudo é pior”, afinal, “quer o que, isso aqui é serviço público”.

Essa visão é, de fato, equivocada. As áreas pública e privada têm, cada uma, qualidades a serem copiadas e vicissitudes a serem mitigadas. Se o setor privado costuma ser um ambiente mais propenso à inovação, à racionalidade e à economia de recursos decorrentes da incessante busca do lucro, o serviço público é exemplo de análise responsável dos riscos, humanismo na gestão de pessoas (ao menos deveria e tem os requisitos para ser), busca da evolução coletiva e do bem comum. Isso sem contar que a maioria das grandes inovações e dos inventos da iniciativa privada não ocorreriam sem o anterior e pesado investimento em pesquisa de base ou fomento do setor público.

Assim, se ambos os *complexos* – de Gabriela e de vira-lata – são conceitualmente distintos, eles têm consequências em comum: o sucateamento da Administração Pública e o fato de constituírem obstáculo à concretização de direitos fundamentais dos cidadãos; um pelo desprezo à racionalidade e à evolução (síndrome de Gabriela) e outro por igual desprezo a si próprio, indiferença aos cidadãos e servilismo burlesco aos detentores do capital (complexo de vira-lata).

E, claro, apesar de nos referirmos a parcelas (pequenas mas barulhentas) de servidores públicos, esses dois complexos podem ser observados em diversos agentes de fora da Administração Pública, que a enxergam de igual modo. Deve, contudo, causar mais espanto tais complexos naqueles agentes que ganham a vida na Administração pública e que “não se importam com a evolução do serviço público” ou que são “servidores públicos que não acreditam no serviço público”. Felizmente, ambos são uma minoria, mas, repita-se, uma minoria barulhenta.

Para além dos malefícios gerais ao serviço público que ambos os complexos causam, estes servem como alertas para o debate e a implementação do *marketplace* público, ante a sua inegável característica de ruptura do atual modelo público de contratações.

A síndrome de Gabriela serve de sinal para repudiarmos o argumento de que o *marketplace* não é necessário porque “sempre foi desse jeito” e “do jeito que está funciona”. O questionamento não é *se funciona*, mas a que custo *funciona*, quais os benefícios que a população auferirá por *funcionar* dessa e não de outra forma, e, por principal, em que medida esse *modus* auxilia na concretização de direitos fundamentais.

De igual modo, e com igual jogo de palavras, o alerta do complexo de vira-lata deve nos fazer questionar frente ao modelo a ser importado da iniciativa privada: qual será o custo para o *marketplace* público *funcionar*, quais os benefícios que a população auferirá por *funcionar* dessa e não de outra forma, e, novamente por principal, em que medida esse *modus* auxiliará na concretização de direitos fundamentais.

Em relação ao custo, em que pese serem necessários estudos específicos, parece ser lugar comum a constatação de que a extrema simplificação do procedimento reduzirá significativamente o número de agentes públicos envolvido, além de outros recursos, o que se traduzirá em economia do custo da contratação pública e, na prática, irá disponibilizar essa mão de obra para a execução de atividades finalísticas dos órgãos, com o conseqüente incremento na melhoria das políticas públicas.

Já quanto aos benefícios auferidos pela população, ter-se-á diretamente a maior agilidade na disponibilização de produtos necessários à implementação de políticas públicas e a sensível redução na descontinuidade de serviços públicos causada pela falta de algum insumo ou componente.

O problema que exige maior atenção à implementação do *marketplace* público está, contudo, naquele que deve ser o principal (ou, ao final, o único) objetivo da Administração Pública: a concretização de direitos fundamentais. A análise de tal objetivo em um tema de atividade-meio como as contratações públicas é tarefa complexa e que exige atenção.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), as contratações públicas representam formidáveis 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.[29] A Administração Pública é o maior comprador do mercado e o seu comportamento enquanto adquirente de bens e serviços, obviamente, tem gigantescos impactos econômicos e sociais.

Em 2023, os governos compraram de micro e pequenas empresas o equivalente a 30% do montante das compras governamentais[30]. Não custa lembrar que são os pequenos negócios que geram cerca de 7 a cada 10 dos empregos no país[31]. Não à toa, a NLLCA alterou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte com o fito de incentivar a participação dessas empresas nas contratações públicas e criar mecanismos para coibir a utilização indevida dessa condição.

Se por um lado, o incentivo à participação dos pequenos negócios fomenta a geração de empregos à população, há diversos mecanismos de compras públicas – a serem melhorados e expandidos – que são verdadeiramente políticas públicas de melhor distribuição de renda e que têm outros benefícios indiretos, como a fixação de populações no campo, melhoria da alimentação escolar, acesso a água potável, e diversos outros modelos que, através das compras públicas, concretizam diretamente direitos fundamentais.

Nesse contexto, há muito já foi percebido o potencial indireto e até direto das contratações públicas na execução de políticas públicas e conseqüente concretização de direitos fundamentais. Nesta senda, o *marketplace* público pode ser, a depender, um

importante indutor de transformação social ou, caso seja implementado sem a devida e complexa teia de regras a direcioná-lo a promover tal transformação, pode ter consequências devastadoras.

Não é exagero tal afirmação. A implementação do *marketplace* pode gerar três efeitos imediatos: concentração das vendas em grandes empresas, aprofundamento das desigualdades regionais e sensível debilidade à economia das pequenas cidades.

Caso não seja bem desenhado, o *marketplace* público facilitará a oferta de produtos por grandes empresas, as quais detêm melhores condições de preço, logística, crédito e redução de custos. Isso causaria um exponencial desemprego, eis que as micro e pequenas empresas, maiores empregadores, perderiam a importante parcela do mercado que são as compras governamentais. Além disso, haveria maior concentração de capital, aumento da mão de obra ociosa, redução da renda dos micro e pequenos empreendedores e todas as consequências econômicas bastante conhecidas.

A medida aprofundaria, ainda, as desigualdades regionais. Sem os devidos cuidados, os polos industriais nacionais – geradores de empregos, renda, impostos e tudo mais – concentrariam essa fatia do mercado ante o seu estado avançado de desenvolvimento, prejudicando as já tímidas medidas em sentido contrário e consolidando a situação de *estados produtores e estados consumidores*.

Por fim, o *marketplace* público poderá debilitar as em regra já combalidas economias das pequenas cidades, que costumam depender em grande medida das compras municipais. Com a facilidade do *marketplace* e as inegáveis condições privilegiadas que terão as empresas das cidades maiores, é factível a previsão de enxugamento da circulação de recursos na economia local.

Em sentido contrário, a implementação do *marketplace* público pode ser decisiva para a democratização das compras públicas, desde que os diversos atores governamentais envolvidos no seu desenho jurídico e procedimental tenham esse objetivo como premissa primeira. Caso isso não ocorra, o caminho natural do *marketplace* público será aprofundar os problemas citados.

Em curta conclusão: o modelo de compras públicas atual é arcaico, um *desmascaro*, mas, enquanto a opção for a implementação do *marketplace* público sem os cuidados descritos, é melhor deixar, por ora, tudo como está.

Voltemos às metáforas. O conto de Andersen comumente é utilizado para retratar situações em que uma verdade incômoda deve ser desvelada, o que ocorre sob a ruidosa



expressão “o rei está nu”. Caetano Veloso canta que é um “desmascaro, singelo grito”, chegando à mesma conclusão de Andersen ao exclamar que, de fato, “o rei está nu”.

Fosse pouca a profundidade expressa pelo conto, o baiano do recôncavo, na música “O estrangeiro”, a complementa em tom ácido e genial de dar inveja ao nosso conterrâneo Gregório de Matos[32]: “mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que *o rei é mais bonito nu*”. De fato, o rei está nu. Mas, enquanto não houver roupas para todos, deixem o rei nu!

### Referências Bibliográficas

ANDERSEN, Hans Christian. **A roupa nova do imperador**. In: SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. Ler e escrever: livro de textos do aluno / Secretaria da Educação, Fundação para o Desenvolvimento da Educação; seleção dos textos, Claudia Rosenberg Aratagy. 3. ed. São Paulo: FDE, 2010.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria hermenêutica para a gestão pública do século XXI**. In: DEZAN, Sandro Lúcio, e outros (org.). *Hermenêuticas do Direito e Processo Administrativo*. Curitiba: Editora CRV, 2021.

\_\_\_\_\_. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1862, Página 126 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.536, de 28 janeiro de 1922**. Coleção de Leis do Brasil - 1922, Página 62 Vol. 1 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 200, de 27 de junho de 1967**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2023.** Com alterações posteriores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 14 set 2023.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. **Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021.** Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 14 set 2023.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise.** Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 14 set 23.

\_\_\_\_\_. Agência Brasil. **Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais>>. Acesso em: 16 set 2023.

CAYMMI, Dorival. **Modinha Para Gabriela.** *In:* Gabriela - Trilha Sonora Original. Rio de Janeiro: Som Livre, 1975. Faixa 7. Disco de vinil.

DEZAN, Sandro Lúcio. & CUNHA, R. A. V. (2017). **O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional.** Revista Justiça Do Direito, 31(2), 304-328. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>>. Acesso em: 10 set 2023.

FERREIRA, Livia. **O que é marketplace e quais as suas vantagens?** Disponível em: <<https://www.nuvemshop.com.br/blog/o-que-e-marketplace/>>. Acesso em: 11 set 2023.

KENICKE, Pedro Henrique Galloti, e outros. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.** In: VALIATI, Thiago Priess, e outros. A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



MACIEL, Francismary Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **Nova Lei de Licitações: poema de sete prazos.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/61822/nova-lei-de-licitaes-poema-de-sete-prazos>>. Acesso em: 12 set 2023.

PODER 360. **Vendas de pequenos negócios para o governo somam R\$ 17 bi em 2023.** Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/poder-empendedor/vendas-de-pequenos-negocios-para-o-governo-somam-r-17-bi-em-2023/>>. Acesso em: 16 set 2023.

RODRIGUES, Nelson. **"Complexo de vira-latas"**. Publicado originalmente em: Revista Manchete esportiva, 31/05/1958. *In*: À sombra das chuteiras imortais. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a "Síndrome de Gabriela" e como se desenvolve nos relacionamentos.** Disponível em: <<https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

VELOSO, Caetano. **O Estrangeiro.** *In*: Estrangeiro. Rio de Janeiro: Philips, 1989. Faixa 1. Disco de vinil.

NOTAS:

---

[1] VELOSO, Caetano. **O Estrangeiro.** *In*: Estrangeiro. Rio de Janeiro: Philips, 1989. Faixa 1. Disco de vinil.

[2] ANDERSEN, Hans Christian. **A roupa nova do imperador.** *In*: SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. Ler e escrever: livro de textos do aluno / Secretaria da Educação, Fundação para o Desenvolvimento da Educação; seleção dos textos, Claudia Rosenberg Aratangy. 3. ed. São Paulo: FDE, 2010.

[3] BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

[4] BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862.** Coleção de Leis do Império do Brasil - 1862, Página 126 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

[5] BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 janeiro de 1922**. Coleção de Leis do Brasil - 1922, Página 62 Vol. 1 (Publicação Original).

[6] BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 27 de junho de 1967**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967 (Publicação Original).

[7] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993 (Publicação Original).

[8] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2023**. Com alterações posteriores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 14 set 2023.

[9] BRASIL. Ministério da Economia. **Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 14 set 2023.

[10] Ver: DEZAN, Sandro Lúcio. & CUNHA, R. A. V. (2017). **O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional**. Revista Justiça Do Direito, 31(2), 304-328. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>>. Acesso em: 10 set 2023.

KENICKE, Pedro Henrique Galloti, e outros. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais**. In: VALIATI, Thiago Priess, e outros. A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 628.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 79.

[11] FERREIRA, Livia. **O que é marketplace e quais as suas vantagens?** Disponível em: <<https://www.nuvemshop.com.br/blog/o-que-e-marketplace/>>. Acesso em: 11 set 2023.

[12] Idem.

[13] BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021.

Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

[14] MACIEL, Francismary Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **Nova Lei de Licitações: poema de sete prazos.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/61822/nova-lei-de-licitaes-poema-de-sete-prazos>>. Acesso em: 12 set 2023.

[15] Idem

[16] "Segundo Marçal Justen Filho, a 'concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa'. E conclui o autor que isso 'deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais'.

É oportuno frisar que cabe à academia, aos operadores do direito, aos administradores públicos, e não apenas ao legislador, a tarefa de formatar o direito administrativo ao novo paradigma constitucional. Cabe, aqui, citar trecho de Carlos Ayres Britto:

'Assim como o Direito "não é filho do céu" (TOBIAS BARRETO), mas um produto da História, os princípios jurídicos não surgiram de uma noite para o dia. Eles foram evoluindo com o próprio tamanho das Constituições e a forma jurisprudencial-doutrinária de interpretá-las.'

Portanto, deve ser superada no direito administrativo a vinculação estrita do administrador público à lei formal. Este passa a ter que obedecer a um bloco de legalidade, ou vinculação ao Direito. Deve haver, então, a mudança de paradigma 'com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade'.

A juridicidade administrativa, portanto, tem como premissa que o intérprete considerará para a tomada de decisão todo o sistema jurídico em que está imerso, partindo das normas-regras constitucionais e legais e também das normas- princípios, a fim de encontrar a melhor interpretação dentre as diversas possíveis para aquele caso concreto.

Esse novo paradigma resulta, ou deve resultar, em mudanças estruturais no direito administrativo. Podemos citar: substituição da legalidade como vinculação exclusiva à lei pelo princípio da juridicidade administrativa; necessidade de interpretação da lei de modo a fomentar o gerencialismo na Administração Pública; democratização da Administração Pública através da participação, processualização e transparência; consensualismo; substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo respeito à proporcionalidade e aos direitos fundamentais; redução da discricionariedade da Administração Pública e controle pelo Poder Judiciário, dentre outros.

Como recorte metodológico, vamos analisar, a seguir, aspectos relacionados à substituição da legalidade como vinculação exclusiva à lei pelo princípio da juridicidade administrativa, e a necessidade de interpretação da lei de modo a fomentar o gerencialismo na Administração Pública, duas questões umbilicalmente ligadas." *In:* BARBOSA, Jandeson da Costa. **Uma teoria hermenêutica para a gestão pública do século XXI.** *In:* DEZAN, Sandro Lúcio, e outros (org.). *Hermenêuticas do Direito e Processo Administrativo.* Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 22 a 23.

[17] Seria um trabalho para a recém-criada Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do TCU? A proposição de inovações não é propriamente uma das suas atividades, mas a construção de um desafio jurídica e socialmente (veremos) complexo como o *marketplace* público deve envolver o diálogo entre diversos atores e – provavelmente – a realização de audiências públicas.

[18] E aqui cabe um elogio ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), e a outros TCE's, o qual – até onde sabe este autor – foi grande vanguardista de diversas das soluções incorporadas ao PNCP. Isso reforça a observação de que, mesmo quando a Lei inova na criação de ferramentas concretas, estas foram desenvolvidas, em algum grau, com base na gradual experiência de algum ator.

[19] "Os modelos licitatórios, em sua grande maioria, priorizam o estabelecimento de ritos com rígido controle - que impõem custos e prejudicam a eficiência do processo de contratação pública - em detrimento da eficiência econômica. Muitas vezes o custo administrativo gerado pelo cumprimento desses ritos consome mais recurso do que a própria contratação.

A Controladoria-Geral da União (CGU) divulgou um estudo sobre a eficiência dos pregões realizados pelo Governo Federal. O trabalho analisou 16.188 pregões realizados em 2016, mediu os custos administrativos decorrentes desses processos e comparou com a economia gerada pelo certame. Os resultados mostram que, no modelo de licitações atual, 85% dos órgãos federais são considerados deficitários, o que significa que mais de 30% dos pregões realizados por eles têm custo administrativo superior à redução no preço decorrente da disputa.<sup>2</sup> A média de duração desses pregões foi de 37 dias em sua fase interna (após publicado o edital), pressupondo-se ao menos igual período para a fase anterior à publicação. recursos do que o necessário e levará, em média, 74 dias para concluir a contratação.

Isso significa que mesmo ao licitar por meio do pregão - modalidade considerada por muitos instrumento de celeridade e eficácia nas contratações públicas - o administrador tem grande chance de gastar mais recursos do que o necessário e levará, em média, 74 dias para concluir a contratação.

Os trâmites burocráticos e a onerosidade do sistema não ampliam os custos apenas para o licitante, mas também para o fornecedor interessado, restringindo a competitividade e majorando o preço alcançado na licitação.

Além disso, mesmo com todas as barreiras impostas ao processo seletivo, ele não se torna inviolável. Pelo contrário, o grau de corrupção ainda existente no âmbito das contratações públicas evidencia a necessidade de modernização do sistema. Possivelmente um sistema de contratação informatizado e simplificado, com menos intermediários, poderia ser mais eficiente no combate à corrupção.”. *In*: BRASIL. Congresso Nacional. Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023

[20] BRASIL. Congresso Nacional. Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023.

[21] SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a “Síndrome de Gabriela” e como se desenvolve nos relacionamentos**. Disponível em: <<https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

[22] Até aqui, já devemos ao glorioso estado da Bahia por: Caetano Veloso, Dorival Caymmi, Gal Costa e Jorge Amado.

[23] SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a “Síndrome de Gabriela” e como se desenvolve nos relacionamentos**. Disponível em: <<https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

[24] *Idem*.

[25] CAYMMI, Dorival. **Modinha Para Gabriela**. *In*: Gabriela - Trilha Sonora Original. Rio de Janeiro: Som Livre, 1975. Faixa 7. Disco de vinil.

[26] RODRIGUES, Nelson. “Complexo de vira-latas”. Publicado originalmente em: Revista Manchete esportiva, 31/05/1958. *In*: À sombra das chuteiras imortais. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p.51-52.

[27] *Idem*.

[28] *Ibidem*.

[29] BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 14 set 23.

[30] PODER 360. **Vendas de pequenos negócios para o governo somam R\$ 17 bi em 2023**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/poder-empendedor/vendas-de-pequenos-negocios-para-o-governo-somam-r-17-bi-em-2023/>>. Acesso em: 16 set 2023.

[31] BRASIL. Agência Brasil. **Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais>>. Acesso em: 16 set 2023.

[32] Gregório de Matos e Guerra (Salvador-BA, 1636-1696) foi advogado e poeta baiano conhecido pela sua crítica ácida e satírica, a ponto de receber a alcunha de “Boca do Inferno”.



## A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

**FELIPE EDUARDO HERINGER SATIL:**

Advogado. OAB/MG - 214.240. Justiça Federal. Justiça Eleitoral<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de analisar a influência que a mídia exerce sobre o ordenamento jurídico, não focando apenas em uma determinada área jurídica, e nem para tanto apenas na ciência do Direito, deixando clara a multidisciplinaridade de temas, sendo analisado em primeiro momento a liberdade de pensamento de informação e sua função para a sociedade. Em seguida, o período histórico do período militar no Brasil, em que a liberdade de expressão e de imprensa era cerceada/controlada, e suas heranças na atualidade, bem como, rápida exposição da utilização destas heranças nos dias de hoje como forma de intimidação e repressão à oposição de pensamento. Após, será demonstrada uma breve análise do princípio da imparcialidade do juiz e sua importância e afeto a um julgamento justo ainda em conjunto com uma análise psicanalítica da visão Freudiana. Ao final será feito uma análise sobre a mídia como um “quarto poder” na sociedade e seus reflexos sobre a mesma, trazendo exemplos práticos contemporâneos de sua influência no sistema normativo.

**Palavras-chave:** Influência. Imparcialidade. Mídia. Ordenamento Jurídico. Liberdade Pensamento.

**ABSTRACT:** This article has a tax of influence that the media exerts on the legal system, not focusing only on a specific legal area, and not only on the science of Law, making clear the multidisciplinarity of themes, being analyzed in the first instance the freedom of information thinking and its function for society. Then, the historical period of the military period in Brazil, in which freedom of expression and the press was curtailed/controlled, and their inheritances today, as well as the rapid exposure of the use of these legacies today as a form of intimidation and repression of the idea of thought. Afterwards, a brief analysis of the principle of impartiality of the judge and its importance and affection to a fair trial will be demonstrated, together with a psychoanalytic analysis of the Freudian view. At the end, an analysis will be made about the media as a “fourth power” in society and its effects on it, bringing contemporary practical examples of its influence on the normative system.

**Keywords:** Influence. Impartiality. Media. Legal Order. Freedom Thought.

### INTRODUÇÃO

---

<sup>3</sup> E-mail: felipeheringerr@hotmail.com



Desde o início da humanidade, os indivíduos em geral, quase que sempre demonstraram interesses acerca dos problemas da criminalidade, mais do que isso, principalmente, por sua punição.

Com a globalização, expansão da mídia, das tecnologias, o acesso à informação ficou mais fácil e acessível, porém, nem sempre corretos. Consequentemente com esses avanços e mais tecnologias, as notícias chegam aos indivíduos com maior facilidade e rapidez resultando em uma maior discussão e opinião sobre qualquer tema, seja ele qual for.

É incontestável e preponderante o papel da mídia como formadora de opinião, os instrumentos e meios utilizados pela classe midiática bombardeiam notícias e informações nas pessoas diuturnamente com o escopo de (de)formar cidadãos.

A construção de determinada realidade sob a influência da mídia é inquestionável, principalmente quando o indivíduo não tem acesso às informações e/ou é leigo no determinado assunto, como é o que ocorre nos casos da justiça, principalmente quando se trata da justiça penal.

O termo mídia atualmente comporta inúmeros significados onde é feito a transmissão do emissor ao receptor sobre diversos assuntos e fatos, utilizando-se para tanto, vários instrumentos para reproduzir as ideias, sejam esses meios, os rádios, televisões, jornais impressos, cinema, e cada vez mais o meio telefônico. A mídia é um suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir mensagens; utilizando-se de meios de comunicação social de massas (GEBRIM, 2017).

Não foi sem razão que o sociólogo Niklas Luhmann (2005, p. 15) afirmou que “[...] aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”. [1]

Sendo assim, é notável que a mídia seja capaz de mobilizar seu público alvo exercendo influência sobre o seu modo de pensar e agir. Não obstante, é chamada de “Quarto Poder”, expressão originária na Inglaterra liberal em meados do século XIX influenciada pelo pensamento político inglês, utilizada para declarar que os meios de comunicação podem e exercem influência sobre a sociedade.

Atualmente, a função dos meios de comunicação não está restrita apenas em informar a sociedade sobre o que está ocorrendo, mas, além disso, está em formar sua opinião e muitas das vezes aproveitando da hipossuficiência cultural e cognitiva daqueles que estão sendo alvejados.

Entretanto, por mais que tal afirmação seja algo já internalizado e notório por parte da sociedade há que se falar e preservar também a liberdade de imprensa formalizada na Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei 5.520/97.

A realidade atual no Brasil nos demonstra que, em vários casos a influência da mídia pode trazer tanta comoção social que dificulta até mesmo os operadores do direito se manterem neutros para solucionarem tal lide, sobrecarregando em seu pensamento não somente a parte técnica, mas, também a opinião pessoal e pública, “esquecendo” por vezes as garantias processuais e constitucionais do(s) paciente(s).

Como será demonstrado no decorrer do presente artigo com exemplos reais e atuais, o operador do direito que, também como um cidadão, está predestinado a ser inundado dessas informações que chegam de todos os lados e a todo o momento. Entretanto essa realidade tem dificultado e refletido nas decisões – não sociais, mas técnicas – acarretando na influência dos julgamentos, de modo que magistrados e jurados julgam por acatar/temer o clamor social.

## **1 TRANSDISCIPLINARIEDADE DO TEMA**

Cumprido esclarecer de antemão que, o tema abordado se diz respeito tanto à atividade de comunicação (Jornalismo), quanto à área do Direito, ou seja, aspectos jornalísticos e jurídicos serão mesclados, bem como, histórico, filosófico, antropológico e psicológico.

A metodologia que será utilizada no presente trabalho será uma compilação doutrinária acrescida de estudo de casos relevantes para o desenvolver da matéria, pois, não há muitos materiais referentes a questões que mesclam Jornalismo e Direito como diz Fábio Martins de Andrade em seu livro *Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*, destacando que:

No Brasil, particularmente, não se encontram livros escritos sobre o tema objeto de estudo deste trabalho. Todavia, ultimamente começam a surgir seminários e congressos dedicados ao debate deste tema. Além disso, há artigos doutrinários escritos por eminentes juristas que, por vezes, se dedicaram a este estudo; algumas vezes, no entanto, trata-se de verdadeiros desabaços de profissionais cansados de assistir à interferência dos órgãos nos processos penais sob os seus patrocínios. (ANDRADE, 2007, p. 78).

Embora não haja tal comprovação científica sobre a matéria debatida, mas sim, hipóteses como “pistas”, “sintomas”, “indícios”, a sua mera possibilidade por pensamentos

devidamente fundamentados, por si só já são suficientes para que a hipótese sustentada adquira o valor necessário, como tutela o professor acima mencionado.

## **2 DA LIBERDADE DE PENSAMENTO, INFORMAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL**

Não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem falar em liberdade, estes andam juntos. Logo em uma sociedade, o direito à informação é meio imprescindível para que pilares constitucionais relevantes sejam atendidos, tendo seu respaldo no direito à liberdade, expressão intelectual, científica, artística e comunicação sem qualquer censura ou licença, ressalvado excepcionalidades formais contrárias (PACHECO, 2021).

Conforme se extrai dos textos do artigo 5º, incisos, IX, XIV da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]. [2] (BRASIL, 1988, p. s.n.).

Segundo Carvalho (2021) Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a era Republicana no Brasil teve nascimento no ano de 1889, com sua proclamação feita por Marechal Deodoro da Fonseca. De lá pra cá, o país passou por grandes e importantes mudanças governamentais, sendo uma delas o período militar que se perdurou por mais de vinte anos na história Brasileira.

Nesse período (1º de abr. de 1964 – 15 de mar. de 1985) ocorreram 5 mandatos militares e dos quais houve 16 atos institucionais – que sobrepujam à constituição como “mecanismos legais” – nesse período houve restrição repressão a oposição, a liberdade, e censura (CARVALHO, 2021).

### **2.1 Leis da censura prévia**

O Decreto-Lei nº 1.077 de 21 de janeiro de 1970 instituiu a censura prévia, que era exercida de duas formas conforme demonstra Oliveiri (2014, p. s.n.).

Os veículos eram obrigados a enviar antecipadamente o que pretendiam publicar para a divisão de censura do

Departamento de Polícia Federal em Brasília ou uma equipe de censores instalava-se na redação de jornais e revistas para decidirem o que poderia ou não ser publicado, porém o controle sobre os meios de comunicação já haviam sido regulamentados pela Lei 5.520/67 (Lei de Imprensa) que restringia a liberdade de expressão, ocorre, no entanto que, com a edição do famoso AI-5 sancionada pelo então presidente Artur da Costa e Silva em 13 de dezembro de 1968 a situação tornou-se mais crítica. A grande atuação do AI-5 para a imprensa é o fato de que, a partir dele, a censura se tornou explícita fazendo com que profissionais não só da imprensa, mas também da música, cinema, teatro e televisão aprendessem a lidar com os limites, impossibilitando o uso de qualquer mídia de comunicação para propagar notícias, acontecimentos, críticas, sugestões ou qualquer tipo de informação social.

Por sinal, como já exposto anteriormente, o Decreto-lei nº1077 tratava de questões morais, para revistas, rádio, TV e livros. Não é plausível, portanto, supor que a censura da imprensa tenha sido realizada com base no decreto. De fato, a censura das diversões públicas tinha caráter em sua maioria prévio, ou seja, programas de TV, filmes, teatro, alguns livros e revistas, eram barrados antes mesmo de serem liberados, sendo inclusive totalmente admitida pelos militares. Após tempos sombrios de censura e usurpação de direitos fundamentais e sociais, o país democratizou-se com o advento da Constituição Federal de 1988 (OLIVIERI, 2014).

Nesta Carta Constitucional o direito de manifestação, criação, expressão e informação veio ser garantido através do dispositivo 220 garantindo a publicidade dos conteúdos informativos sem qualquer interferência estatal, vejamos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (BRASIL, 1988, p. s.n.).

Posto isso, da simples leitura do texto constitucional em seu artigo 5º, uma expressiva e gigantesca conquista social e democrática foi alcançada, demonstrando a importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento crítico-social, deixando claro o quão essencial é a atividade jornalística para o desenvolvimento de um país, através da propagação de informação e o acesso ao conhecimento, além de realçar e garantir o direito à liberdade, livre manifestação e exercício profissional.

## 2.2 Da censura na atualidade

Apesar das várias conquistas formais e constitucionais, falarei brevemente aqui sobre censuras que vem ocorrendo em pleno século XXI. Em um mundo totalmente globalizado ao qual vivemos, ainda assim existem censuras à liberdade de manifestação de pensamento.

Após anos de luta e censuras feitas durante o regime militar, o atual Presidente da República do Brasil (Jair Bolsonaro) vem usando através da Advocacia Geral da União (AGU) o Decreto-Lei nº 898 (AI-5), denominado Lei de Segurança Nacional (LSN), de 29 de setembro de 1969, complementada no ano seguinte pelo Decreto-Lei nº 1.077 para invocar processos contra críticas a ele direcionadas, inclusive contra opositores políticos como Guilherme Boulos[3], influenciadores digitais de grandes alcances como Felipe Neto[4], e até mesmo cidadãos que o criticaram em redes sociais por sua conduta referente ao enfrentamento a pandemia COVID-19 que se instaurou ao redor do mundo no ano de 2020/2021.

Como demonstrado até aqui, a Lei de Segurança Nacional (LSN) não deveria nem ser objeto de trabalho da Polícia Federal, mas, sim pauta para historiadores. Parece-nos que nada foi aprendido no passado recente. Tal lei deveria dar lugar à outra lei que não trate críticos como inimigos.

Como bem disse o ilustríssimo Lenio Luiz Streck (2021, p. s.n.), que

[...] o melhor seria se essa lei (LSN) fosse varrida, que ela é um entulho e no lugar dela fosse colocada uma lei de defesa do Estado Democrático de Direito, que é uma lei nova, que nós estamos fazendo, que não trata os adversários políticos ou os críticos do regime como inimigos.[5]

Indo mais a fundo, continua ainda Lenio Streck (2021, p. s.n.), expondo sua opinião sobre a recepção ou não da Constituição de 1988 frente à Lei de Segurança Nacional, vejamos:

Eu penso que esta lei não está recepcionada [pela Constituição Federal de 1988] porque ela tem uma péssima filiação, a origem é viciada, o fundamento que é a ditadura militar, a própria lei diz defesa do regime, daquele regime. Então, tem uma série de problemas. O correto é tirar essa lei fora do sistema, evidente. Mas provavelmente o Supremo não o fará.

Ou seja, ter que debater ainda, algo que já era pra estar fora do ordenamento jurídico, discutir uma herança tóxica deixada pelo entulho da ditadura, ou que, no mínimo deveria já ter sido substituída por lei voltada a real proteção das instituições democráticas além de ser um atraso ao nosso ordenamento, é uma afronta à mídia, democracia e a constituição cidadã, configurando ainda a reciclagem, ou seja, a ressurreição de leis da ditadura para a perseguição de desafetos políticos como desvio de finalidade.

### **3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO**

Existem vários segmentos que fortalecem os dispositivos constitucionais que não sejam somente a liberdade de expressão individual ou de imprensa, o Poder Judiciário, por exemplo, é uma instituição de grande relevância nesse cenário, entretanto para garantir os direitos fundamentais e resolverem os litígios, se faz necessário um judiciário totalmente independente e imparcial nas demandas judiciais (SOUZA).

Correia (2014) explica que a autonomia do juiz quando confrontado com determinadas situações e acrescenta que o juiz observa as leis e as aplica a partir das regras que constrói regras de interpretação, processuais e de aplicação.

Conforme Cavalli (2016) discorre, o princípio do livre convencimento está implícito quando o magistrado observando a formalidade constrói regras para o determinado caso contrato interpretando-as de sua forma, sendo este princípio essencial para garantir ao magistrado a possibilidade de decidir sobre determinado caso de forma imparcial e independente.

Entretanto Vidal (2017, p. 190) alerta que

[...] o magistrado não se pauta em sua liberdade individual ou autonomia negocial, mas em poderes que relacionados ao interesse do Estado no exercício eficaz da jurisdição, isto é, poderes de gerenciamento do processo.[6]



Já o princípio da imparcialidade do juiz trata-se de um dos princípios mais importantes que regem nosso processo, é através dele que os outros princípios e regras são cumpridos, sendo uma garantia para as partes saberem que, o magistrado não julgará conforme sua opinião ou entendimento subjetivo, mas, sim que prevalecerão as leis formais para fundamentar suas decisões. Como consta em vários dispositivos legais, a imparcialidade é uma peça do devido processo legal, sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito. O princípio supracitado é tão fundamental ao devido processo legal que, tanto o impedimento quanto a suspeição deverão ser reconhecidas *ex officio* pelo juiz, caso em que, o magistrado voluntariamente se afasta do processo que passará ao seu substituto legal como leciona (PACHECO, 2019).

De acordo com Dinamarco (2004, p. 189):

Assegurar a imparcialidade nos julgamentos mediante o prestígio ao princípio do juiz natural significa preservar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juízes, agentes públicos que não podem atuar em proveito de interesses particulares, mas para a obtenção dos fins do próprio Estado.

A imparcialidade aqui mencionada se refere à vontade própria do julgador legal e os meios externos (mídia) que influenciam na decisão do magistrado, que deve(ria) julgar sem ser influenciado por suas convicções passionais, pessoal, políticas ou religiosas como nos revela o código de ética da magistratura nacional em seu artigo 4º que exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional. Ou seja, um juiz munido do poder de decisão pode sim ser afetado com a inflamação da mídia e repercussões/comoção social, sentindo-se pressionado a aplicar penas mais ou menos rígidas a acusados X ou Y (PACHECO, 2019).

No entanto, alguns estudiosos questionam o comportamento do poder judiciário quando este é confrontado pelo poder que a mídia exerce em determinados casos de grande repercussão.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2013) nos diz que, os fatores que decidem a tomada de certa decisão judicial não são estritamente jurídicos, ou seja, os magistrados usam situações fora do contexto jurídico para usar o seu livre convencimento motivado. Assim, Fernandes (2013, p. 13) destaca, *in verbis*:

A presença destas razões extrajurídicas, citadas expressamente ou não, é notoriamente perceptível em algumas situações: (i) casos difíceis (*hard cases*), como os que tratam de desacordos morais razoáveis, como aborto, homossexualidade, transgênicos, início da

vida, suicídio assistido, entre outros; (ii) julgamentos tributários; (iii) matéria previdenciária no tocante à aposentadoria etc.

Nessa toada, Camponez (2018, p. 115) destaca que, “[...] na medida em que ganha os holofotes, as decisões do sistema de justiça passam a sofrer influência fora dos muros institucionais que tem impactos no seu funcionamento”. [7]

Já em uma análise antropológica e psicológica, Freud (2011) em estudo minucioso do polímata francês Gustave Le Blon, chegou à conclusão de que a massa conhece sua força mesmo admitindo ser ignorante:

Como a massa não tem dúvidas quanto ao que é verdadeiro ou falso, e tem consciência da sua enorme força, ela é, ao mesmo tempo, intolerante e crente na autoridade. Ela respeita a força, e deixa-se influenciar apenas moderadamente pela bondade, que para ela é uma espécie de fraqueza. O que ela exige de seus heróis é fortaleza, até mesmo violência. Quer ser dominada e oprimida, quer temer os seus senhores. No fundo inteiramente conservadora, tem profunda aversão a todos os progressos e inovações, e ilimitada reverência pela tradição (p. 37). (FREUD, 2011, p. 27).

Assim da pra se extrair que os casos de maiores complexidades e que ganham maiores proporções de interesse público, é possível compreender a sensibilidade da massa e a facilidade de dominá-la utilizando técnicas que ela desconhece, assim é a imprensa. Com isso, levam o corpo do campo jurídico a sair de sua independência – já que juristas também são dotados de sentimentos – e realizar debates que ultrapassam a ciência do direito, chegando aos costumes da sociedade que, quase sempre é massificada e “doutrinada” pelo campo midiático, percebendo que os elementos extrajudiciais podem estar presentes em várias situações sem que sejam tacitamente citados, ou seja, eles estariam presentes, porém de forma indireta ou subjetiva (SOUZA, 2021).

Portanto Freud (2011) trabalha nessa linha, de que, na possibilidade de que, partindo da psicanálise, seria possível a influência de um campo em qualquer outro campo, quicá jurídico.

Com as intervenções da imprensa, e sendo esta o “olho da sociedade”, acaba-se por findar nada mais do que um tribunal popular repleto de lesões constitucionais e processuais além de penas arbitrárias.

#### **4 MÍDIA COMO QUARTO PODER**

Até hoje não há um consentimento entre os estudiosos sobre quando a denominação de “quarto poder” foi dada aos veículos de comunicação. Fábio Martins de Andrade citando Daniel Corlu (2007, p. 78) dispõe que

foi sob a influência do pensamento liberal e da reflexão sobre a separação dos poderes que nasceu, para qualificar o papel da imprensa, a expressão hoje aviltada de ‘quarto poder’. A sua atribuição é incerta. Thomas Carlyle atribuiu a sua paternidade a Edmund Burke, mas ninguém encontrou vestígios da mesma na sua obra impressa. Seja como for, a propagação das ideias liberais abre uma era de tensão intensa entre a esfera do poder e a esfera pública, doravante ocupada por uma imprensa com meios mais poderosos e uma audiência mais vasta.

Continuando o pensamento acima e conforme mencionado na introdução do presente trabalho, segundo Uchôa, tal ideia surgiu no início do século XX na Inglaterra clássica-liberal, ficando a expressão popularizada nas democracias até serem relacionadas com os três poderes (BRITO, 2009).

Prosseguindo com o conceito de mídia como quarto poder, Betch Kleinman (1999, p. 22) expõe que:

A mídia, pouco a pouco, busca ocupar o espaço central das sociedades democráticas, com o pretexto de ser o potente instrumento capaz de iluminar os cantinhos mais obscuros da vida econômica, política e social. [...] em nome da informação devida ao público, tenta impor-se como o Quarto Poder da República.[8]

A mídia é responsável por expandir notícias em tempo real, sendo notório que os diversos meios de comunicação existentes na atualidade são dotados de grande poder, que, por muitas vezes podem ser usados de maneira errônea no intuito de distorcer informações e criar uma falsa realidade (PACHECO).

Face ao exposto, penso que, a força da mídia influencia pensamentos e as ações das pessoas há anos, entretanto, a liberdade de imprensa, que, sempre deverá prevalecer sobre censuras, jamais pode ser confundida com libertinagem, onde se tem como escopo condenações rápidas e imediatas sem o zelo ao devido processo legal (PACHECO).

Como exemplo do que seria uma interferência de fato da mídia no código processual (principalmente penal) extraímos do belo reflexo da promotora de Justiça Ana Lúcia Menezes Vieira (2003, p. 52-53), que diz que

[...] a linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo envolvimento emocional, ou seja, os meios de veiculação midiáticos constroem um modelo informativo que difunde os limites do real (técnico) e do imaginário.[9]

Há correntes que negam este papel de “Quarto Poder” por motivos de falta de legitimidade e pela falta de controle existente nos órgãos de comunicação, mas, será que a falta de pressupostos formais diminuem ou, tornam “ilegítimos” esse poder subjetivo que detêm a mídia? Pois bem, diante dos fatos, entendimentos doutrinários e principalmente o nosso dia a dia nos mostram que isso não se faz necessário (CLEIMAN, 1999).

## **5 RESULTADOS DE FATOS DA INTERFERÊNCIA MIDIÁTICA, E A LEI 8.072/90**

Como confirmação das ideias expostas, passemos aos exemplos fáticos e práticos da influência do “quarto poder” no ordenamento jurídico, destacando nesse estudo a Lei 8.072/90, fruto de uma intensa pressão da mídia diante da criminalidade ocorrida nos meios urbanos e que foi promulgada com o célebre caso do sequestro do empresário Roberto Medina (TARTAGLIA, 2021).

Faz-se necessário aqui mencionar que até então o delito de extorsão mediante sequestro ainda não estava incluso no rol dos crimes hediondos, o clamor dos veículos de comunicação antes e depois dos fatos ocorridos com os empresários, associado com a onda de criminalidade urbana resultaram na promulgação da Lei 8.072/90 que é seguramente uma das leis mais midiáticas produzidas no Brasil (MASCARENHAS, 2010).

Como bem coloca Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 522):

Menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquitetada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediatas a dramatização da violência e sua politização.

Conforme narra Mascarenhas (2010) a velocidade de tramitação do projeto no congresso não foi acompanhada da segurança necessária do congresso nacional (parlamentares) quanto à matéria nos momentos de votação, porém, a sociedade não podia esperar e a mídia estava impaciente.

Então, no dia 25 de julho de 1990 os misturados substitutivos da Câmara juntamente com os diversos projetos de leis se tornaram a lei 8.072/90 (MASCARENHAS, 2010).

A incerteza das tramitações e do que seria votado pode ser comprovado com falas dos congressistas, que não tinham a menor ideia do que estavam fazendo, como pode se ver abaixo:

Eu estou com graves dúvidas sobre a parte técnica desta matéria. Pergunto a V. Ex<sup>a</sup>, Sr. Presidente, não pode haver uma pausa, pelo menos de cinco minutos, para examinarmos isso? Porque, do contrário, vou me negar a votar. – Senador Cid Sabóia de Carvalho”. (PMDB). (FIGUEIREDO, 2006, p. s.n.).

Seguindo a ciência psicanalítica, diante de uma visão social baseada em uma teoria psicológica (considerando a sociedade como uma massa homogênea de pessoas que precisa(va) ser controlada, pode-se considerar os meios de comunicação uma gigante e importante ferramenta para o alcance desses objetivos para tanto, Freud (2011, p. 235) diz que “[...] se os indivíduos da massa estão ligados numa unidade, tem de haver algo que os une entre si, e este meio de ligação poderia ser justamente o que é característico da massa”.<sup>[10]</sup>

Extraíndo das lições freudianas e da declaração do Senador Cid Sabóia, claramente podemos ver a interferência dos meios de comunicação no ordenamento jurídico, de forma clara e (in)direta, passando por cima dos termos técnicos e procedimentos formais que regem o nosso sistema normativo, assim como ocorreu com a Lei de execuções penais 10.792/03, que, foi mais uma aberração jurídica e violadora de direitos e que ainda nos mostra que o agravamento da lei penal supracitada não reduziu a criminalidade, apenas trouxe mais consequências perversas já deixadas pela Lei dos Crimes Hediondos, como a superpopulação carcerária. (MASCARENHAS, 2010).

Com isso da para se chegar à conclusão de que a Lei nº 8.072/90 foi mais um atropelo do legislador na sua pressa irrefreada em punir para atender ao apelo midiático reflexionado na população, porém mais do que “apenas” a celeridade informal para o cumprimento das vontades e pressões externas, o grande problema aqui está na usurpação e esquecimento dos operadores e legisladores do direito acerca das matérias constitucionais, formais e materiais por causado clamor sociais apenas para satisfazerem o interesse subjetivo social-punitivo destes (MASCARENHA, 2010).

### 5.1 Influência da interferência midiática no caso Lava Jato

Falaremos brevemente aqui sobre senão o maior caso de influência direta dos meios de comunicações no judiciário, que impactaram diretamente no Estado Democrático de Direito, principalmente no seu principalmente pilar que é o devido processo legal, que é o caso da Lava Jato.

O julgamento segundo os princípios de existência de um juiz natural e imparcial em Estados do Direito, como o é – ou pretende ser – o brasileiro, se vê, atualmente, enfraquecido pelo amplo acesso dos meios de comunicação aos processos criminais, tornando cada vez mais frequente à existência de julgamentos pela mídia, nos quais os acusados são destituídos de sua presunção de inocência, ainda mais quando figuram no banco dos réus agentes políticos, a condenação quase sempre já está proferida: a condenação sumária dos acusados. A operação Lava-Jat, sempre estará a nos lembrar disso (GOLAMBIUK, 2020).

De “maior operação anticorrupção da história” ao maior escândalo judicial, é o que afirma Gaspard Estrada, diretor-executivo do Observatório Político da América Latina e do Caribe (Opalc) da universidade Sciences Po de Paris, em artigo publicado no The New York Times (ESTRADA, 2021).

A operação Lava-Jato trouxe elementos jurídico-objetivos que violam o Estado Democrático de Direito e suas legalidades e que mais tarde veio a ser confirmado pela operação “spoofing” que ficou mais conhecida vulgarmente como “Vaza-Jato”, vejamos em síntese algumas irregularidades: “- Juiz orientando atuação da acusação - Juiz cobrando denúncia - Juiz e MP reunindo com autoridades exteriores - Juiz cobrando manifestação nos autos.[11]

Essas são algumas das ilegalidades ocorridas durante a operação Lava-Jato que confirmam a que o Estado-Juiz e Acusação (MPF) agiram de forma absolutamente arbitrária, praticando um agir estratégico, quebrando leis, contrariando a Constituição e os acordos internacionais e além, quebrando até mesmo a confiança no Direito, no poder judiciário (LIMA, 2015).

Segundo o sociólogo e professor da Escola de Comunicação e Artes (ECA) da Universidade de São Paulo (USP) a mídia tem um comportamento em relação aos governos Lula e Dilma constante e regular de apresentar de uma maneira seletiva os dados eventualmente negativos (LIMA, 2015).

A forma que a mídia abordava o ex-presidente Lula foi seletiva-negativa, assim, pela lógica, Lula foi preso através da relação com chamadas, manchetes e imagens. Considerando o caráter parcial da mídia e sua influência na opinião pública, e, levando em conta que tal euforia da sociedade reflete diretamente no Poder Judiciário e Legislativo, pode-se considerar que o ex-presidente não teve um julgamento justo, ou seja, imparcial, com base nesses fatores externos que está legalmente fora das interpretações dos tribunais, o que mais tarde, veio a ser confirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 193.726 (COELHO, 2021).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**



Conforme abordado ao longo do presente artigo, a imprensa possui um papel fundamental na sociedade, visto que de fato contribuem para o acesso à informação conscientização e para a evolução social. O objetivo do trabalho não foi desmerecer a função que exerce os meios de comunicação, mas, de esclarecer que a sociedade em geral pode e geralmente é influenciada por opiniões distorcidas e imparciais de forma (in)direta sem que perceba. Como demonstrado a relação, mídia, política e judiciário estão sempre no paralelo, parece-nos mais ainda quando se fala da atuação da imprensa no campo jurídico. A liberdade de expressão é uma sustentação da liberdade democrática. Mas só poderá subsistir se feita com responsabilidade. Se nenhum poder pode tudo, logo a imprensa também tem que ter seus limites.

A pressão exercida pela mídia em determinados casos, busca a aproximação da população para conduzir o apelo social no corpo do campo jurídico, entretanto por muitas vezes tal ação foge do objetivo principal que é o de emitir informações.

Conforme corroborado, temos que proteger não somente os direitos e garantias constitucionais previstos à imprensa, mas, lembrarmo-nos de garantir os direitos das outras partes.

Ressalte-se também que, os casos mencionados neste artigo, ratificam para fortalecer o prisma influenciado, podendo observar que os exemplos adotados levam a realmente crer que todos eles sofreram certa influência do campo midiático.

Antigamente a censura funcionava bloqueando o fluxo de informações às pessoas, já no século atual ela faz o contrário, ela as inunde de informações irrelevantes, fazendo com que não saibamos mais o que prestar atenção, e, frequentemente passamos o tempo debatendo questões secundárias e/ou irrelevantes. Ou seja, num tempo remoto, ter poder significava ter acesso a dados, hoje, ter poder significa o que saber ignorar, portanto, de tudo que acontece em um mundo caótico como o nosso, no que devemos nos concentrar?

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Plínio. **PF intima Boulos para depor com base na Lei da Segurança Nacional**. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/pf-intima-boulos-para-depor-com-base-na-lei-da-seguranca-nacional-21042021>. Acesso em: 06 set. 2021.

ANDRADE, Fabio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário – a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. DF: Presidente da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 5 mai. 2021.

BRITO, Auriney Uchôa. Poder da Mídia: Uma Análise do Direito Penal na Sociedade da Informação. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009. Disponível aqui. Acesso em 15 de fevereiro de 2021. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPONEZ, Carlos. Mediapolism<sup>o</sup>5. **Mediapolis – Revista de Comunicação, Jornalismo e Espaço Público**, [S.l.], n. 5, p. 115, jan. 2018. ISSN 2183-6019. Disponível em: Acesso em: 02 jul. 2021.

CAVALLI, Ricardo Fachin. **Princípio do livre convencimento motivado do juiz**. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-40/ampla-defesa-e-efetividade-da-tutela-jurisdicional-na-possibilidade-de-dispensa-da-caucao-exigida-na-execucao-provisoria/>. Acesso em: 6 set. 2021.

COELHO, Gabriela. **STF Mantém Decisão que Declarou Sergio Moro Parcial ao condenar Lula**. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-mantem-decisao-que-declarou-sergio-moro-parcial-ao-condenar-lula/>. Acesso em: 06 set. 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil - percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. Almedina, 2015. *E-book*.

CONJUR. **Moro Orientou Deltan e Consórcio Manteve conversas clandestinas com EUA e Suíça**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/moro-orienta-deltan-consorcio-mantem-conversas-clandestinas>. Acesso em: 06 set. 2021.

CARVALHO, Thalita de. Ditadura Militar no Brasil. In: **Politize**. 2021. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/brasil-republica.html>. Acesso em: 06 set. 2021.

CLEINMAN, Beth. **Litígios de estrondo entre os 3 + 1 Poderes da República. Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, ano 3, nº 6, pp. 21-44, 1º semestre 1999. p.22.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004

ESTRADA, Gaspard. **El Desairado Fin de Lava Jato**. New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/09/espanol/opinion/lava-jato-brasil.html>. Acesso em: 06. set. 2021.

FERNANDES. Ricardo Vieira de Carvalho. As influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro. v. **Tese (Doutorado)** – Universidade de Brasília (UNB), Faculdade de Direito, Pós-graduação em Direito, Doutorado em Direito, Estado e Constituição, 2013

FREUD, Sigmund. **Psicologia das Massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. Tradução Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GEBRIM, Gianandrea De Britto. **O poder da mídia e sua influência no direito penal e processual penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60554/o-poder-da-midia-e-sua-influencia-no-direito-penal-e-processual-penal>. Acesso em: 05 mai. 2021

LIMA, Helder. Pesquisas mostram papel da mídia na percepção negativa da atualidade. In: **Rede Brasil Atual**. (2015) Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2015/06/pesquisas-mostram-que-midia-exagera-no-pessimismo-sobre-inflacao-e-desemprego-6915/>. Acesso em: 06. set. 2021

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005. P 15.

MASCARENHAS, Oscar Silva. **A influência da Mídia na Produção Legislativa Penal Brasileira**. 2010. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-na-producao-legislativa-penal-brasileira/#\\_ftn45](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-na-producao-legislativa-penal-brasileira/#_ftn45). Acesso em: 06 set. 2021.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Censura – O Regime Militar e a Liberdade de Expressão**. 2014. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/censura-o-regime-militar-e-a-liberdade-de-expressao.htm>. Acesso em: 12 set 2021.

PACHECO, Lígia de Carvalho. **A Interferência da Mídia no Ordenamento Jurídico. Conteúdo Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52925/a-interferencia-da-midia-no-ordenamento-juridico>. Acesso em: 06 set. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **LSN deve dar lugar a lei que não trata críticos como inimigos**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-02/lsn-tirada-sistema-brasileiro-lenio-streck>. Acesso em: 06 set. 2021.

TARTAGLIA, Cesar. **Duas Semanas em Cativeiro**. In: O Globo. 1990. Disponível em: <http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/reportagens/duas-semanas-em-cativeiro-8833235>. Acesso em: 06 set. 2021.

VENDRUSCOLO, Stephanie. **Felipe Neto é intimado a Depoer Com Base Em Lei de Segurança Nacional, Herança da Ditadura**. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-03-16/felipe-neto-e-intimado-a-depor-com-base-em-lei-de-seguranca-nacional-heranca-da-ditadura.html>. Acesso em 06 set. 2021.

VIDAL, Ludimilla Camacho Duarte. **Convenções processuais: no paradigma do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] Supressão nossa.

[2] Supressões nossas.

<sup>1</sup> AGUIAR, Plínio. **PF intima Boulos para depor com base na Lei da Segurança Nacional.** 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/pf-intima-boulos-para-depor-com-base-na-lei-da-seguranca-nacional-21042021>.

**2** VENDRUSCOLO, Stephanie. **Felipe Neto é intimado a Depoer Com Base Em Lei de Segurança Nacional, Herança da Ditadura.** 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-03-16/felipe-neto-e-intimado-a-depor-com-base-em-lei-de-seguranca-nacional-heranca-da-ditadura.html>.

[5] Supressão nossa.

[6] Supressão nossa.

[7] Supressão nossa.

[8] Supressão nossa.

[9] Supressão nossa.

[10] Supressão nossa.

[11] CONJUR. **Moro Orientou Deltan e consórcio manteve conversas clandestinas com EUA e Suíça.** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/moro-orienta-deltan-consorcio-mantem-conversas-clandestinas>.

## **ANÁLISE: ANATOMIA DO ESTADO DE MURRAY, ROTHBARD**

**GABRIELLE BARRETO MARQUES DE CARVALHO:**

Advogada. Bacharel em direito pela Faculdades Cathedral, Boa Vista, RR4.

**Resumo:** O texto tem como objetivo resumir e analisar, de maneira crítica, a obra “Anatomia do Estado”, de Rothbard, fazendo uma ligação com a atualidade, a história e legislação geral e brasileira.

**Palavras-chave:** Anatomia. Estado. Sociologia. Constitutional.

**Abstract:** The text aims to summarize and critically analyze the work “Anatomy of the State”, by Rothbard, making a connection with current affairs, history and general and Brazilian legislation.

**Keywords:** Body Politic. Government. Sociology. Constitution.

### **Introdução**

Murray Newton Rothbard é considerado o “pai do libertarianismo moderno”, foi um decano da Escola Austríaca e o fundador do moderno libertarianismo. Também foi o vice-presidente acadêmico do Ludwig von Mises Institute e do Center for Libertarian Studies. Fez grandes contribuições no campo da economia, da história, da filosofia política, e do direito.

O texto tem como objetivo de, a partir de um breve resumo, analisar a obra “Anatomia do Estado” de Murray N. Rothbard, comparando com fatores históricos e sociais, bem como com a atualidade e legislação brasileira, buscando fundamentos às críticas e ideias do autor.

### **A ANATOMIA DO ESTADO**

Em seu livro, Murray N. Rothbard alega uma camuflagem ideológica sobre a realidade da vida política na alegação de que “nos somos o governo”, ironizando o genocídio dos judeus, pela Alemanha Nazista, como um suicídio, dado que eles eram o governo. Ele chega a conclusão de que o povo não é o governo e que, na verdade, o Estado é aquela organização que busca manter um monopólio do uso da força e da violência em uma determinada área social.

---

4 E-mail: gabriellebarreto938@gmail.com

O homem transforma os recursos através do uso de sua mente e de sua energia na transformação de recursos e na troca desses produtos, sendo este o único meio natural para sua sobrevivência. Assim, a natureza humana segue os ditames dos “direitos de propriedade” e do livre mercado.

Ele cita Franz Oppenheimer ao afirmar as duas formas de adquirir riqueza: O meio econômico (produção e troca), natural, e o meio político (confisco unilateral), exploratório e contrário ao direito natural. Dessa maneira, O estado é a “organização dos meios políticos”, nascido da conquista e da exploração econômica dos derrotados pelos vitoriosos. Embora o *modus operandi* do estado seja a força, ele se perpetua no poder através de ideologia aceita pela maioria dos súditos, não implicando que o poder estatal tenha se tornado voluntário; nisso, a aliança dos intelectuais (formadores de opinião), incapazes de manter seu sustento no livre mercado, e o Estado é crucial.

Passaram de intelectuais religiosos para o ultracientífico, formado por especialistas. Os argumentos utilizados para induzir apoio são: a) Os governantes estatais são homens bons e sábios; e b) O controle por um governo forte é inevitável, muito melhor do que os males indescritíveis que sucederiam a sua queda, gerando medo em relação a quaisquer sistemas alternativos.

Outro mecanismo é o patriotismo, fazendo pensar que é natural trabalhar em prol do Estado e que uma guerra entre governantes seria uma guerra entre povos.

Outro apoio para sua manutenção e a compra de aliados entre os grupos importantes da população, assegurando apoio através da criação de interesses econômicos legalmente garantidos.

Uma potente força ideológica é depreciar o indivíduo e exaltar a coletividade, ridicularizando qualquer visão que desafie a visão das massas, qualquer aumento do bem-estar privado é atacado como ganância inaceitável. Quanto maior o tempo de domínio de um Estado, mais poderosa é a tradição. A adoração aos antepassados torna-se uma adoração aos antigos governantes. O Estado inculta em seus súditos uma aversão a quaisquer teorias conspiratórias, atribuindo a responsabilidade por delitos históricos.

A partir do capítulo IV, Murray descreve como o Estado transcende seus limites através de limitações inseridas na sustentação do governo, instrumentos que concedem “legitimidade” as ações governamentais, frutos do utilitarismo. Essa seria a suprema corte que, dentro de um sistema de pesos e contrapesos para limitar o poder governamental, ficaria com o monopólio do poder final de interpretação, com tendência inerente de extrapolar seus limites.



Ao citar o que seria, em teoria, o sistema constitucional, onde o governo federal se oporia a qualquer invasão dos Estados aos direitos individuais e estes a qualquer poder federal excessivo sobre o indivíduo, Murray questiona o porquê dessa supervisão não ser de forma direta com os indivíduos em si que compõem os estados, municípios e bairros, chegando a conclusão de que é confinado às próprias agências do governo o poder de restringir ou anular uma norma de acordo com seus próprios interesses estatais.

Ele chega à conclusão de que o Estado é inerentemente anticapitalista, uma vez que o Estado constitui a fonte da “classe dominante” e está permanentemente em oposição ao capital genuinamente privado. Em seguida, Murray descreve que o Estado teme, acima de tudo, qualquer ameaça fundamental a seu poder. A morte dele pode acontecer de duas maneiras: ou por guerra ou por revolução.

O estado tende a mobilizar a população para defender o Estado, mesmo que coercitivamente, com a crença de que estão defendendo a si mesmas. A tendência natural do estado em expandir seu poder, seja territorial ou econômico, leva a conflitos inerentes de interesses entre grupo de governantes estatais e outro, o que gera, ao longo da história, de maneira voluntária, leis para proteger suas propriedades e resolver disputas, leis de guerra, limitadoras da destruição interestatal ao próprio aparato do Estado.

Assim, Murray chega a conclusão de que a história da humanidade pode ser considerada uma disputa entre o poder estatal e o poder social, com a tentativa fracassada de impor limites ao poder estatal.

## **ANÁLISE DA ANATOMIA DO ESTADO**

O que primeiro se nota é que o autor deixa claro o parasitismo e enriquecimento do Governo através do monopólio da violência e coercitividade, que é, de maneira geral, os limites impostos aos particulares através das leis que defendem, em tese, a ordem pública e atos da polícia administrativa, em sentido estrito, ensejando cobrança de taxa a ser paga pelo particular.

“[...] o Estado deve atuar à sombra do Princípio da Supremacia do Interesse Público e, na busca incessante pelo atendimento do interesse coletivo, pode estipular restrições e limitações ao exercício de liberdades individuais e, até mesmo, ao direito de propriedade do particular. Neste contexto, nasce o Poder de Polícia, decorrente da supremacia geral da Administração Pública, ou seja, aplicando-se a todos os particulares, sem a necessidade de demonstração de qualquer vínculo de natureza especial”. (CARVALHO, 2016, p. 124)

Quando o autor afirma que “o Estado é aquela organização na sociedade que busca manter o monopólio do uso da força e da violência em uma determinada área territorial”, podemos encontrar certo ponto em comum em nossa Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Na página 22, o autor explica que o Estado é “a organização dos meios políticos”, nascido da conquista e da exploração. A afirmação não é de toda mentira, tendo como exemplo Alexandre, o Grande, rei da Macedônia entre 336 a.C e 323 a.C, aquele que iniciou uma série de campanhas militares, que consolidaram seu poder na Grécia e conquistaram inúmeros territórios na Ásia, transformando as cidades de origem grega em pólis democráticas, teve costume de respeitar os povos vencidos de modo a criar condições para uma integração cultural, daí a origem da cultura helênica. Ao fazer isso, nas palavras de Murray, gera um canal legal, ordenado e sistemático para a predação da propriedade privada.

“O paradigma clássico de era uma tribo conquistadora que decidiu dar uma pausa no seu método secular de pilhagem e assassinato das tribos conquistadas ao perceber que a duração do saque seria mais longa e segura – e a situação mais aprazível - se às tribos conquistadas fosse permitido viver e produzir, com os conquistadores erigidos a governantes exigindo um tributo anual constantemente”. (ROTHBARD, Pág. 23).

O Estado se eterniza com a aceitação ou resignação da maioria dos seus súditos, sendo o apoio ideológico sua maior arma, por isso o Estado tende a se relacionar mutuamente com intelectuais, primeiramente os advindos da Igreja. Se na idade média os intelectuais vieram primeiramente da igreja, trazendo a mensagem de que os governantes estão lá por direito divino, e, com o iluminismo, a razão passou a substituir Deus (Ultracientífico), surgindo revoltas e modificando os sistemas de governo. Os documentos

históricos que, antes tinham como objetivo a liberdade, passaram a ser argumentos contra a resistência aos ataques do Estado de liberdade, sendo um meio de impor limites ao Estado.

“Para consolidar a nova sociedade, era preciso combater os setores que dificultavam esse intento. Era necessário combater as facções que buscavam no passado feudal os argumentos para legitimar sua soberania. Necessitava-se, primeiramente, mostrar à nobreza, indo contra seus interesses, que esta não era mais a força hegemônica. Em segundo lugar, havia a necessidade de mostrar aos radicais da Revolução, opondo-se às suas pretensões de estabelecer a soberania popular, que a Revolução já havia alcançado seu objetivo. Continuá-la, tentando implantar a soberania popular, significava criar um período de desordens, prejudicial ao desenvolvimento da sociedade”. (OLIVEIRA, pg. 176)

Para Murray, esses documentos se tornaram um soberano invisível, um carimbo intelectual de legitimidade e virtude. Criou-se um corpo político para o governante, aquele que dá apoio assegurado através de interesses econômicos legalmente garantidos, membros do aparato estatal, como burocratas. Como ele mesmo afirma, Bill of Rights, resultado da Revolução Gloriosa, o trono ficou vago e foi barganhado com Guilherme II como condição de sua assinatura; assim instaurou-se institutos de separação dos poderes e assegurou-se poder ao Parlamento.

No que tange quando o autor cita outros mecanismos de controle das massas, temos o patriotismo, o apreço da pessoa com o país que nasceu, e o medo e a aversão a outras formas de governo. O primeiro pode ser observado no contexto do estado novo (1937), justificada como uma continuação das tradições e um complemento a revolução de 1930.

“O Estado Novo teria emergido da necessidade de salvação nacional – preservando a soberania, a integridade e o prestígio do Brasil – e de integração das instituições políticas com a realidade brasileira. Com isso, o Regime estaria de acordo com a realidade nacional e com suas tradições, sem se filiar a quaisquer ideologias estrangeiras; esse seria um dos motivos para ser considerado, por eles, nacionalista.

[...] Oliveira Vianna (1939, p.124) justifica a necessidade da instauração do Estado Novo, apresentando o que seria seu objetivo: “salvar a soberania da Nação, o prestígio do governo central, os interesses fundamentais da ordem pública e da integridade nacional,

ameaçadas pela sublevação dos Estados em iminência de secessão”.”(BONET, Fernanda dos Santos)

Vargas atacava seu opositor político de ser comunista e começou a trabalhar na sociedade brasileira medo ao comunismo, criando ou buscando conspirações (Murray, pág. 37), fazendo com que os súditos se tornem mais suscetíveis a crer nas razões de bem-estar geral”.

“Como mencionado anteriormente no texto, o fascismo consiste no despreendimento da realidade e Getúlio já estava trabalhando a sociedade brasileira, ensinando-a aos poucos a crer na retórica e não nos fatos.

Além disso, Vargas também acusava constantemente seu opositor político de ser um comunista, ainda que o PRP não possuísse viés comunista algum, quem dirá membros.

A população passou cada vez mais a aderir ao anticomunismo e se revoltar contra o Estado democrático, pois instruídos, acreditavam estarem sendo manipulados por um sistema mentiroso, controlador, corrupto e prestes a se instaurar comunista e totalitário. O anticomunismo e reacionarismo presentes no discurso retórico e extremista de Vargas já expressavam suas aspirações fascistas.

Vargas também apoiou a Ação Integralista desde sua fundação com Plínio Salgado. A AIB seria mais tarde de grande ajuda na sua ascensão ao poder. A Ação Integralista tinha até mesmo na sua estética publicitária, grande semelhança com o fascismo italiano. Essa era a prova de que independente da estratégia política de Vargas ser idêntica a de Hitler, o Nazismo não era sua inspiração, até porque Vargas não se declarava racista, muito pelo contrário, e a ação integralista também não, por mais que alguns membros tivessem posicionamentos antissemitas, o Nazismo não tinha lugar no varguismo. É como se Vargas houvesse criado uma organização fascista original, que se inspirou em outras figuras, mas seguiu com suas próprias concepções idealistas de fascismo”. (BEFORT, **Leonan Benax Moraes; FERREIRA, Bruno de Moraes Martins Ferreira**).

**Sócrates é um grande exemplo do que o autor se refere quando diz que “a maior ameaça para o Estado é a crítica intelectual independente”. O pensador propunha educação de auto descoberta, foi condenado á morte sob acusação de corromper os jovens.**

“ [...] Segundo Platão, que estava presente na época, Sócrates, em seu julgamento, disse aos juízes: “estais enganados... se achais que um homem que tem algum valor deve gastar seu tempo pensando as perspectivas de vida e morte. Só há uma coisa a considerar quando se faz uma ação – saber se está agindo correta ou erradamente”.(GOTTLIEB, pag. 7)

Outro ponto importante, no questionamento á legitimidade, o governo cria a doutrina de que uma agência deve ter a questão final sobre a legitimidade. E fácil assimilar tal ideia com a atual CPI da COVID.

#### **CPI: ministros do STF suspendem quebra de sigilos de servidores da Saúde e ex-assessores de Pazuello**

“Na semana passada, CPI quebrou sigilos de cerca de 20 pessoas; desde então, alvos da **decisão** acionaram o STF. Em alguns casos, ministros mantiveram quebra e, em outros, suspenderam”.

Por Marcio Falcão e Fernanda Vivas, TV Globo — Brasília - 14/06/2021 10h43

**O próprio Getúlio Vargas, ao publicar uma abrangente política de direitos sociais e trabalhistas, traçando limites no aparato estatal e acolhendo antigas reivindicações das classes populares, junto com um aparato de propaganda, foi aclamado pelas massas e ganhou o título de “pai dos pobres”.**

“Em última análise, Black considera a realização de justiça e legitimidade a partir do perpétuo julgamento, pelo Estado, de sua própria causa como “algo miraculoso”. (Murray, pág. 49).

O corpo político é fundamentado na Carta Maior, em seu art. 102, cabendo’-lhe julgar, dentre outras, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; e, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. O Parágrafo único do art. 101 defini que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Os dois artigos coincidem, literalmente, ao citado na página 48: O estado se tornou juiz de sua própria causa. Esse é um problema constitucional, citado por Murray, que é situar na

**Suprema Corte o poder de interpretação final e a tendência inerente do Estado a extrapolar limites da Constituição, basicamente, através de emendas constitucionais.**

**“Pois, embora aparente independência do judiciário federal tenha desempenhado um papel vital para tornar as suas ações numa virtual Providência Divina para a maioria da população, é também – e cada vez mais- verdade que o judiciário é parte e parcela do aparato governamental e designado pelos ramos legislativo e executivo”. (Murray).**

**Ao se falar de ameaça ao poder e a soberania nacional, podemos encontrar em nossa legislação a Lei nº 7.170, de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.**

**Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena: reclusão, de 4 a 20 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade.**

**Quanto a coercitividade da defesa nacional, o alistamento militar obrigatório, não só no Brasil, como em outros países, é um bom exemplo. Nisso, cita-se a lei nº 4.375, de 1964:**

**Art 2º Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação. § 1º A obrigatoriedade do Serviço Militar dos brasileiros naturalizados ou por opção será definida na regulamentação da presente Lei. § 2º As mulheres ficam isentas do Serviço Militar em tempo de paz e, de acordo com suas aptidões, sujeitas aos encargos do interesse da mobilização. Art 3º O Serviço Militar inicial será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade.**

## **Considerações Finais**

É interessante analisar a obra de Murray com o Contrato Social, de Rousseau, uma vez que ambos os autores analisam o governo, no sentido de corpo ou grupo que associado ao soberano, de maneira opostas. Murray, contrariando a ideia do contrato social, alega que o estado nada **mais** é do que a organização de meio político de



enriquecimento, servindo para alimentar uma classe parasita que não representa a maioria das pessoas de forma concreta. As cláusulas informais de que Rosseau fala são vistas um problema básico de longo prazo e ideológico a fim de conseguir o apoio da maioria dos súditos. É fácil assimilar as ideias do autor, principalmente nas inúmeras lutas anticorrupção e contra o excesso de poder estatal presentes na atualidade, a história e aos principais documentos de direitos humanos, inclusive a nossa carta maior. Como o pai do liberalismo, ele defende que o capitalismo, fruto do livre mercado natural, é um governo ideal e melhor que o sistema predatório **democrático**. Embora exagerado, não é de todo errado, como analisado acima, porém, a ideologia do politicamente correto é algo difícil de se quebrar, principalmente, como diz Murray, quando é algo perpetuado por um longo período. Fora que, com a tendência de, ao longo da história, o homem formar sociedades naturalmente ao redor de um soberano ou líder, é difícil imaginar uma sociedade sem governo, baseada na liberdade como princípio central.

## Referências

CARVALHO, MATHEUS. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 3<sup>A</sup> ED. EDITORA JUSPODIVM, 2016.

Tempos conservadores: estudos críticos sobre as direitas / Organização: Lucas Patschiki, Marcos Alexandre Smaniotto e Jefferson Rodrigues Barbosa. Goiânia: Edições Gárgula, 2016

Historia Geral: Alexandre, o Grande. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/alexandre-imperio-macedonia.htm> <acessado em 10 de junho de 2021>

ALEXANDRE, o Grande. Rei da Macedônia. Por Dilva Frazão. Disponível em [https://www.ebiografia.com/alexandre\\_o\\_grande/](https://www.ebiografia.com/alexandre_o_grande/) <acessado em 10 de junho de 2021>

OLIVEIRA, Terezinha. A historiografia francesa dos séculos XVIII e XIX: as visões iluminista e romântica da idade média. Departamento de Fundamentos da Educação, universidade Estadual de Maringá, Av. Colombo, 5790, 87020-900, Maringá-Paraná, Brazi. Disponível em <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/4205/2870> <acessado em 10 de junho de 2021>

BONET, Fernanda dos Santos. Autoritarismo e nacionalismo : o discurso oficial sobre o envolvimento do Brasil na Segunda Guerra Mundial, através das páginas da revista "Cultura Política". 2010. 251 f. Dissertação (Mestrado em História) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BEFORT, Leonan Benax Morais; FERREIRA, Bruno de Morais Martins Ferreira. Vargas e o Fascismo: cultura fascista da sociedade Brasileira. Justificando Mentas Inquietas pensam Direito. 28 de outubro de 2020. Disponível em <http://www.justificando.com/2020/10/28/vargas-e-o-fascismo-cultura-fascista-da-sociedade-brasileira/> <acessado em 3 de junho de 2021>

Sócrates: o mártir da filosofia. Anthony Gottlieb; tradução Irley Fernandes Franco. - São Paulo: Editora UNESP, 1999 – (Coleção grandes filósofos).

VIVAS, Marcio Falcão e Fernanda. CPI: ministros do STF suspendem quebra de sigilos de servidores da Saúde e ex-assessores de Pazuello. TV Globo — Brasília 14/06/2021. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/06/14/barroso-suspende-quebras-de-sigilo-de-servidores-do-ministerio-da-saude-pela-cpi.ghtml> <acessado em 14 de junho de 2021>

Verbetes do Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – DHBB. Perguntas Frequentes. Disponível em <https://cpdoc.fgv.br/acervo/dhbb/faq> <acessado em 12 de junho de 2021>.

Prolegômenos para uma ontologia do ser social: questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível/ Gyorgy Lukás; tradução de Lya Luft e Rodnei Nascimento; supervisão editorial de Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2010.

GORDON, David. Murray N. Rothbard (1926-1995). Mises Brasil. Quinta feira, 31 jan 2008. Disponível em <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=37>. <acessado em 11 de junho de 2021>

ROTHBARD, Murray Newton, A Anatomia do Estado, 1ª edição, Tradução: Tiago Chabert, Revisão: Leandro Roque e Fernando Chiocca, Instituto Ludwig Von Mises Brasil, São Paulo, 2012.

## O ARCABOUÇO JURÍDICO DO MICROCRÉDITO NO BRASIL: UMA POLÍTICA PÚBLICA EM PROL DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

**RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS:**

mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Assessor Jurídico Especial na Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro5.

**RESUMO:** Neste trabalho, busca-se destacar os fundamentos históricos, constitucionais e infraconstitucionais da política pública do microcrédito e a pertinência de buscar compreender o seu papel na realidade contemporânea. Num primeiro momento, expõe-se o cenário de profunda desigualdade vivenciado no Brasil e como o microcrédito surge precisamente como uma dentre muitas ferramentas para reduzir tais patologias sociais. Em seguida, abordam-se os dispositivos constitucionais que, numa leitura conjugada, conferem lastro normativo para uma política pública de microcrédito a ser adotada nos diversos níveis federativos a partir de uma leitura atual do conceito de desenvolvimento. Por fim, faz-se um exame das mais relevantes ferramentas de microcrédito e sua legislação de regência, bem como da literatura que buscou tratar do seu impacto e efetividade. À guisa de conclusão, com um viés eminentemente prescritivo, elabora-se um *standard* para análise de políticas de microcrédito futuras e contínua revisão das já existentes.

**Palavras-chave:** microcrédito; desenvolvimento; políticas públicas

**ABSTRACT:** This work aims to highlight the historical, constitutional, and legal foundations of microcredit and the importance of understanding its role in contemporary society. Firstly, it seeks to show the inequality abyss in Brazil as well as the origins of microcredit and its role as a tool among several others which aim to reduce such social pathologies. Afterwards, the study shows the constitutional rules that grants normative grounds to a public policy of microcredit throughout all federative levels by means of a contemporary approach to the concept of development. Furthermore, the most relevant microcredit tools and their legislation are assessed in their impact and effectiveness. At last, in a prescriptive manner, the work offers a standard to analyze microcredit policies.

**Keywords:** microcredit; development; public policies

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A ubiquidade da desigualdade e o microcrédito como um mecanismo para sua redução; 3 - As bases constitucionais do microcrédito – a promoção

---

5 E-mail: rafaccs@yahoo.com.br

do desenvolvimento nacional, regional e social; 4 - O arcabouço institucional do microcrédito no Brasil e as lições para o futuro; 5 - Referências

## 1 – Introdução

O propósito deste trabalho consiste em pormenorizar o *modus operandi* do microcrédito no Brasil, como política pública de fomento que visa à redução das desigualdades sociais, eis que se trata de importante ferramenta um tanto quanto negligenciada na literatura jurídica nacional.

Para tanto, o estudo começará por uma breve exposição dos indicadores de desigualdade no Brasil, apontando, em seguida, para o surgimento de propostas de modificações estruturais – como o paradigma da economia solidária – e incrementais – como a concessão de microcrédito – com vistas à transformação do *status quo*.

Em seguida, volta-se ao ordenamento jurídico-constitucional, mais precisamente à disciplina da ordem econômica, com o intuito de destacar que tal preocupação com a desigualdade – e, mais precisamente, com o fomento às micro e pequenas empresas – não passou ao largo das preocupações do Constituinte. Ao revés, trata-se de orientação consagrada na Carta Magna que deve orientar o legislador ordinário na arquitetura das políticas públicas visando ao desenvolvimento nacional e regional.

Por fim, em nível mais concreto de análise, busca-se expor as mais importantes políticas públicas de microcrédito implementadas no Brasil, com os respectivos marcos normativos e estudos a respeito do seu impacto e efetividade. Ao final, numa proposta eminentemente prescritiva, apresenta-se um *standard* para fins de avaliação jurídica de novas medidas de microcrédito a serem adotadas no futuro, bem como de revisão do desempenho daquelas já existentes.

## 2 – A ubiquidade da desigualdade e o microcrédito como um mecanismo para sua redução

A desigualdade social constitui o problema mais agudo da nossa sociedade. Pedro Souza, utilizando método semelhante ao de Piketty, constatou que o Brasil é o país mais desigual entre os desiguais, pois, aqui, se “*o centésimo mais rico apropria-se hoje de 23% da renda total, na maior parte dos países esse percentual está entre 5% e 15%*”.<sup>[1]</sup> Além disso, no período de 2006 a 2013, não obstante a redistribuição de renda entre as camadas mais pobres, a concentração no topo entre os 15% mais ricos se manteve estável.<sup>[2]</sup> Em lúcida passagem, Souza afirma:

“(…) O ponto central é que, em condições normais, **o arranjo institucional de uma sociedade reflete e sobretudo molda os conflitos distributivos, e a combinação de recursos econômicos**

**e organização política é fiadora da persistência da concentração no topo.** Só um louco acharia que é possível alcançar a prosperidade em um estalar de dedos ou com base em 'vontade política'. A história da concentração de renda mostra em todo lugar que a questão distributiva é igualmente resistente a arroubos retóricos".[3] Grifos nossos

Os dados frios adquirem maior dramaticidade quando cruzados com os índices mobilidade social. De acordo com o relatório sobre o tema publicado em 2018 pela OCDE, um brasileiro que se encontra na faixa dos 10% mais pobres leva nove gerações para atingir a classe média, ao passo que na Noruega – um dos países de maior mobilidade – esse processo leva quatro gerações.[4] Em outras palavras, o problema é global, mas no Brasil é ainda mais grave. Aqui, as diferenças drásticas na qualidade de acesso à saúde e à educação acarretariam "*extremos pegajosos*", de modo que os pobres e os ricos tendem a se perpetuar na sua posição social ao longo das gerações.[5]

Ainda mais desoladora é a estratificação da desigualdade, conforme mostra o relatório de 2017 da OXFAM: mulheres só terão os mesmos salários dos homens em 2047, ao passo que negros só atingirão o mesmo patamar salarial dos brancos em 2089.[6]

Como frisado ao longo deste capítulo, a tradição republicana veria esse cenário com bastante preocupação: ameaçando a própria comunhão de interesses que constitui a República. Tal cenário demanda atuação proativa do Estado para reduzir a desigualdade e reclama mobilização popular contínua para atendimento desta pauta civilizatória.

Aliás, um relatório produzido em 2019 pela OXFAM em parceria com o Instituto Datafolha apurou que, entre 2017 e 2019, houve crescimento entre as pessoas que aderem à tributação dos super-ricos para financiar políticas sociais e reduzir desigualdades, atingindo o patamar de 80%. Há um dado interessante: o crescimento da adesão foi maior entre as pessoas que ganham mais de 5 salários-mínimos do que entre aquelas que ganham até 1 salário-mínimo.[7]

Na ciência política e na sociologia, são muitos os estudos brasileiros que mostram o impacto da desigualdade no Estado de Direito. Oscar Vilhena Vieira descreve três classes de indivíduos: os demonizados, que desafiam o sistema e são perseguidos pela suposta aplicação imparcial da lei; os invisíveis, que são tão pobres o ponto de não lhes serem conferidas as mínimas garantias legais; e os imunes, que são os mais abastados economicamente e sempre encontram uma exceção à lei para beneficiá-los. Para o jurista, esta subversão do Estado de Direito tem impactos não só na experiência do indivíduo com as instituições estatais, a depender da categoria em que enquadrado, mas também na

forma em que ocorrem as relações sociais e na subjetivação do indivíduo na comunidade política.[8]

Marcelo Neves adota perspectiva semelhante, mas sob o marco teórico da teoria dos sistemas. Para ele, no Brasil, existem dois tipos de indivíduos: os subintegrados, que seriam excluídos e marginalizados da sociedade, na medida em que devem cumprir todas as obrigações relacionadas aos subsistemas econômicos, políticos e jurídicos, mas não obtêm, em contrapartida, os benefícios pelo seu cumprimento; já os sobreintegrados podem desfrutar dos benefícios daqueles subsistemas, sem a necessidade de cumprir suas obrigações, dando azo aos privilégios, como o fato de muitas vezes cometerem crimes e não serem punidos por isso. Não haveria, segundo Neves, como existir uma classe sem a outra, na medida em que ambos são partes do que compõe o cidadão, com seus direitos e deveres. A conclusão é que as categorias são interdependentes e, ao se reproduzirem no seio social com base unicamente no critério econômico, impedem o surgimento da cidadania plena.[9]

Na antropologia, em atualização do pensamento de Sergio Buarque de Hollanda, Roberto DaMatta oferece sua distinção dual entre indivíduo e pessoa. O fundamento dessa diferenciação seria a norma privada de hierarquia social, que se sobreporia e corromperia a sujeição à lei estatal, de sorte que a ocupação da pessoa em classes sociais mais elevadas lhe garantiria acesso a privilégios – como o *"jeitinho"* –, ao passo que o indivíduo, categoria para os menos afortunados socialmente, estaria sujeito à letra fria da lei. O reflexo desta distinção teria amplos efeitos também no domínio da intersubjetividade, sintetizados na (in)feliz indagação *"Você sabe com quem está falando?"*. [10]

Diante deste cenário, alguns pensadores contemporâneos vêm questionando não só as consequências do modelo econômico e das relações de trabalho atuais, mas também os seus próprios elementos constitutivos. Temos a proposta de economia cívica de Dagger, que busca não apenas trazer tributação mais incisiva sobre os mais ricos e redes de proteção social robustas, mas também incorporar a ideia de autogoverno no ambiente de trabalho e a valorização da comunidade.[11] A seu turno, Sandel traz sua política econômica republicana, que visa à construção de componentes de cidadania no trabalho, de modo a atenuar o paradigma que toma os indivíduos somente como consumidores. Tal abordagem destoa das verificadas em outras obras clássicas de filosofia política, na medida em que deixa de adotar a justiça distributiva como foco principal.[12] É possível, ainda, tal como exposto por Watkins, uma combinação das propostas de constitucionalismo no mercado de trabalho – que nada mais é do que o reconhecimento de assimetrias de poder na fixação de cláusulas de contrato de trabalho, de modo a legitimar a atuação estatal para a exclusão de dispositivos abusivos –; de aumento de poder de barganha dos trabalhadores por meio da fixação de mecanismos de proteção social – como a renda mínima universal –



; e da promoção da democracia no trabalho, que importa trazer para a organização da empresa a ideia de autogoverno.[13]

No Brasil, Paul Singer trouxe o conceito de economia solidária, que consiste em princípio organizativo e modo de produção pautado na autogestão e cooperação dos trabalhadores - mediante cooperativas, ao invés de empresas -, tendo como fim último o desenvolvimento humano, a formação de uma mentalidade cidadã e emancipatória, bem como a promoção da democracia econômica.[14] Em outras palavras, a busca pela eficiência mediante a maximização dos lucros e da competitividade deixa de ser a meta principal, sendo encarada muito mais como uma necessidade para atingir a autossuficiência, o que resulta também numa distribuição mais equitativa dos ganhos econômicos.[15]

Com efeito, a economia solidária será uma alternativa superior – não meramente intersticial ou paliativa – ao modo de organização capitalista apenas se conseguir garantir aos seus adeptos o autossustento e maior bem-estar, acabando, de fato, com a cisão ideológica corrosiva entre vencedores e perdedores – que tende a se perpetuar na medida em que estes acumulam, respectivamente, vantagens e desvantagens para competições futuras.[16]

Uma das ferramentas para promoção da economia solidária é o microcrédito[17], que surgiu na década de 1970, por meio de empreitada liderada por Muhammad Yunus, em Bangladesh. Como aponta Singer, a ideia de Yunus surgiu da constatação de que a maior parte dos miseráveis da população não era atendida pelos bancos comerciais, que exigiam garantias consideráveis em face do 'risco' apresentado por estas pessoas, de modo que a alternativa que lhes restava seria aceitar as condições usurárias de agiotas.[18]<sup>e[19]</sup> Diante deste cenário e da verificação de que tais pessoas necessitavam de quantia ínfima – o que aumentava o valor da dívida era os juros -, Yunus fundou o Banco da Aldeia – *Grameen Bank* -, que atuou inicialmente a nível local e experimental, mas logo em seguida se estendeu por toda Bangladesh, concedendo crédito a pessoas pobres mediante juros baixíssimos.[20]

O sucesso do Banco da Aldeia se deve sobretudo às suas premissas metodológicas. Os empréstimos são realizados exclusivamente a mulheres, mediante o pressuposto de que, no âmbito familiar, as mulheres tendem a fazer escolhas mais conscientes e em prol da família, diferentemente dos homens que seriam mais individualistas. Tendo em vista a opressão de gênero vivenciada em Bangladesh, tal abordagem também auxiliou na emancipação feminina.[21]

Além disso, a garantia dada pelos beneficiários do microcrédito consiste no aval solidário, isto é, o empréstimo ocorre mediante a formação de grupos de 3 a 5 mulheres

que se responsabilizam coletivamente pelo empréstimo realizado por cada uma, havendo reuniões regulares – em média, a frequência é semanal - para analisar as condições dos empréstimos e das participantes em geral. Ademais, os agentes de crédito - empregados do Banco -, não atuam de forma passiva à espera de clientes, mas, ao revés, vão até as pessoas com necessidade para convencê-las a contrair o microcrédito. Demais disso, os agentes monitoram o reembolso dos grupos de aval solidário, sendo auxiliados pela circunstância de serem pessoas conhecidas e respeitadas da própria aldeia.[22]

É interessante notar o baixíssimo grau de inadimplência, verificado em Bangladesh, dos empréstimos contraídos a título de microcrédito: aproximadamente 2%.[23] Estudos apontam, ao contrário do que uma visão estereotipada poderia presumir, que os miseráveis já tinham o hábito de honrar as suas dívidas com mais frequência do que os ricos.[24] Porém, tal tendência se potencializa na sistemática de aval solidário do microcrédito - de empoderamento do coletivo, do desenvolvimento de laços de confiança mútua e da fixação de exemplos de conduta.[25] O papel do coletivo é tão eficaz ao que se propõe que vem gerando efeitos inesperados e indesejados: algumas mulheres têm recorrido aos juros extorsivos de agiotas, pois não querem se submeter à pressão e à vergonha social de não adimplirem o empréstimo do microcrédito, visto que este pressupõe encontros e pagamentos rígidos e semanais.[26]

Há evidências de que o microcrédito funciona. Na Índia, verificou-se que os bairros beneficiados pelo microcrédito tinham maior quantidade de novos negócios e aquecimento no mercado de produtos duráveis. Aqueles que não iniciaram novas empreitadas passaram a consumir mais, ao passo que os novos entrantes no mercado reduziram e racionalizaram seu consumo com o intuito de aproveitar ao máximo a oportunidade empresarial que lhe foi aberta com o microcrédito.[27] Em outras palavras, ao contrário do senso de comum de que o pobre não daria valor ao dinheiro recebido,[28] os beneficiários do microcrédito que iniciam atividades econômicas próprias tornam-se mais racionais no gasto do seu dinheiro, traçando metas em prol de realizações pessoais antes inalcançáveis pela restrição ao crédito.

Enfim, Singer considera a experiência de Yunus um retorno ao cooperativismo de crédito, na medida em que as mulheres que contraem o microcrédito se tornam sócias do banco, ganhando *status* de corresponsáveis pela sua gestão. Na verdade, o Banco da Aldeia seria uma espécie de '*antibanco*', dado que o público-alvo é a parcela mais pobre da população, cujos interesses não são instrumentalizados em prol da busca desenfreada pelo lucro. A experiência de Bangladesh foi exportada para o resto do mundo, inobstante nem sempre tenha guardado seus traços de gestão democrática e de emancipação dos mais pobres.[29]

No Brasil, o contato com o microcrédito veio sobretudo associado à forte regulação e incentivos estatais.[30] Embora Singer critique a forma pela qual o microcrédito foi

incorporado ao contexto brasileiro, em razão de suposto sacrifício à priorização dos miseráveis,[31] fato é que o marco regulatório existente até recentemente evitava desnaturações ainda piores de mercantilização da atividade[32]. A título exemplificativo, cita-se o caso do México, em que o Banco Compartamos realizou polêmico IPO e adota taxas de juros altíssimas ao ponto de Yunus classificá-los como os novos usurários.[33]

À guisa de conclusão, cumpre reiterar o papel do microcrédito no cenário brasileiro para a redução das desigualdades. Como visto anteriormente, a mobilidade social no Brasil basicamente inexistente, com os 10% mais pobres levando 9 gerações para alcançar a classe média. Nada obstante, há estudos que demonstram que o Crediamigo – política de microcrédito mais antiga[34] e mais bem-sucedida, desenvolvida pelo Banco do Nordeste – vem contribuindo para maior dinamicidade na mobilidade social, mormente nas classes mais pobres.[35] É dizer: o microcrédito, decerto, não constitui a chave para a saída da pobreza, nem muito menos para a redução das desigualdades, mas deve constar da caixa de ferramentas de promoção da liberdade e da igualdade, uma vez que empodera os indivíduos mais desprovidos de condições materiais e, em alguns arranjos, pode contribuir para a construção de uma cidadania econômica na própria forma de gestão do crédito.

### **3. As bases constitucionais do microcrédito – a promoção do desenvolvimento nacional, regional e social**

Feitos estes esclarecimentos no tocante ao histórico e aos princípios estruturantes do microcrédito, cumpre-nos seguir para tratar de alguns preceitos constitucionais relevantes que vão ao encontro da sua finalidade.

Como destaca Scaff,[36] a Constituição da República estabelece um mandamento constitucional ao Estado de discriminação, ou melhor, de promoção da igualdade material nas relações econômicas para empresas de pequeno porte e para microempresas – art. 170, IX e 179 CF -, o que revela uma ponderação feita *ex ante* pela Constituição com o valor da livre iniciativa.

Além disso, a Constituição prevê expressamente a atuação do Estado na promoção do desenvolvimento nacional, regional, econômico e social – art. 3º, 21, IX, 24 IX, 48, IV e 174, §1º. Há várias formas de se compreender e mensurar desenvolvimento. No entanto, a formulação mais importante foi traçada por Amartya Sen, que negou os critérios tradicionais de aferição, como crescimento do Produto Nacional Bruto, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social.[37] Ao revés, para Sen, a promoção da liberdade é o meio e o fim do desenvolvimento, vejamos:

**“A análise apresentada neste capítulo desenvolve a ideia básica de que a expansão da liberdade humana é tanto o principal fim**

**como o principal meio do desenvolvimento.** O objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. **As capacidades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas.** Ao se instituírem **disposições institucionais apropriadas**, os papéis instrumentais de tipos distintos de liberdade precisam ser levados em conta, indo-se muito além da importância fundamental da liberdade global dos indivíduos".[38] Grifos nossos

Neste sentido, Sarmiento destaca que o *approach* capacitário de Sen possui o mérito de conferir substância empírica à liberdade, de sorte que assimetrias reais e materiais de poder importam para avaliação das capacidades e, conseqüentemente, da liberdade do indivíduo em determinada sociedade.[39]

Tal giro antropocêntrico do desenvolvimento permite ampliar o eixo normativo de fundamentação da atuação do Estado no domínio econômico, devendo o avanço do desenvolvimento estar vinculado à dignidade da pessoa humana[40] - art. 1º, III CF - e, decerto, à promoção da liberdade – art. 5º, *caput* CF.

No que se refere à promoção do desenvolvimento na prática, não há um modelo único pré-concebido que sirva para cada realidade específica de determinado país, devendo ser priorizados, à luz do conhecimento acumulado e do contexto sociocultural, experimentos institucionais inovadores.[41]

Quanto ao ponto, cumpre rememorar a proposta da economia solidária trazida na seção anterior e que muito se adéqua à ideia de desenvolvimento como liberdade, na medida em que busca a promoção da cidadania econômica e da autogestão, garantindo um rol de liberdades maior do que a perspectiva do indivíduo como mero consumidor.

A nossa Constituição não foi insensível a esta abordagem. Ao revés, o art. 174, §2º traz comando expreso de estímulo ao cooperativismo – forma clássica de realização da economia solidária -, nos termos da Lei – *in casu*, o marco normativo principal consiste na Lei federal nº 5.764/61, que trata da Política Nacional do Cooperativismo. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 146, III, 'c', que atribui à Lei Complementar a tarefa de conferir tratamento adequado ao ato cooperativo. No âmbito rural, a Constituição foi ainda mais incisiva na promoção do cooperativismo, sendo este prioritário para atividades garimpeiras – art. 174, §4º - e um dos princípios norteadores da política agrícola – art. 187, VI.

A respeito do liame entre a economia solidária e a promoção do cooperativismo, cumpre trazer as lições de Aragão ao comentar o art. 174 da Constituição da República:

“Os §§2º e 3º do art. 174 consagram constitucionalmente as cooperativas para determinar o seu fomento e proteção.

O §2º do art. 174 estabelece a norma programática de apoio e fomento estatal, inclusive de natureza fiscal (art. 146, III, 'c', CF) nos termos da Lei (não se trata de imunidade constitucional), às formas associativas e solidárias de exercício de atividades econômicas, das quais as cooperativas constituem um dos mais relevantes exemplos.

Trata-se da economia solidária (*économie de don*), que, em bora não incompatível com a de mercado, tem características próprias. Pode ser definida negativamente, ou seja, como uma **economia não voltada à realização do lucro privado, mas para a otimização dos resultados da cooperação em uma dada sociedade. Nesse sentido, teríamos a 'economia solidária', baseada em instrumentos como o microcrédito, as cooperativas, o associativismo, serviços de assistência social, etc.,** dentre outras formas de inclusão de parcelas normalmente afastadas dos eixos dinâmicos da economia de mercado'.<sup>[42]</sup> Grifos nossos

Diante do mandamento expresso da Constituição e da dificuldade de tais práticas alcançarem sustentabilidade por conta própria, cumpre avançar para tratar das formas pelas quais o arcabouço jurídico infraconstitucional buscou concretizar tal estado ideal por meio da política pública de microcrédito.

#### **4. O arcabouço institucional do microcrédito no Brasil e as lições para o futuro**

O Crediamigo – maior política de microcrédito brasileira e da América Latina -, criado em 1998, foi institucionalizado em 2005 por meio da Lei federal nº 11.110/05, que criou o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO. Tal política pública foi ampliada em 2011 por meio do Programa Crescer, cuja Medida Provisória instituidora foi convertida na Lei federal nº 12.666/12. O Programa Crescer autorizou a subvenção da União às instituições inseridas no PNMPO – art. 4º-A da Lei federal nº 11.110/05 -, com o intuito de reduzir a taxa de juros cobrada nas operações de microcrédito, de tal sorte que estas pudessem cumprir sua finalidade de serem efetivamente acessíveis aos mais pobres. Demais disso, o Programa Crescer acentuou a finalidade do PNMPO de direcionamento do crédito para empreitadas produtivas, desincentivando seu uso para aquisição de bens de consumo.<sup>[43]</sup>

Dentre os programas de microcrédito inseridos no PNMPO, frisam-se três de maior relevância: o BNDES Microcrédito, em que o BNDES transfere crédito a OSCIPs –



operadoras do microcrédito - para sua concessão a microempreendedores que se encaixem nas regras de elegibilidade e com a finalidade única de financiamento de capital de giro e de investimento em produtos fixos; o Crescer Caixa, que pode ser operado diretamente por agências da CEF ou por prefeituras e agências de microcrédito, em que o crédito se destina à compra de equipamentos e matéria-prima ou à melhora física da empresa; e o Crediamigo, que se volta sobretudo ao pequeno comércio urbano da região nordeste, adotando a clássica metodologia do aval solidário para garantir a baixa inadimplência e a sua autossustentabilidade financeira.[44]

Além disso, cumpre destacar, no âmbito rural, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF -, que visa ao financiamento da implantação, ampliação ou modernização da estrutura de produção rural. De acordo com Singer, o PRONAF consiste em política de microcrédito que vem obtendo sucesso em atender à população mais pobre do campo, mediante juros de 2% ao ano e abatimento de até 25% do produto financiado, o que só é possível por meio dos subsídios estatais concedidos ao programa.[45]

Como se percebe, as políticas de microcrédito no Brasil se desenvolveram sobretudo com apoio financeiro – subsídios - e direcionamento estratégico estatal visando ao aprofundamento da democratização sustentável do crédito e à inclusão fiscal.[46] Tal formatação traz balizas para que esta prática não se torne alvo de empreitadas oportunistas que busquem tirar proveito da fragilidade dos mais pobres. Decerto, a Lei federal nº 11.110/05 trazia, em seu art. 1º, §3º, metodologia para concessão do microcrédito, a qual deveria se pautar pelo relacionamento direto dos agentes da instituição de crédito e os empreendedores, guiando-se pela orientação educativa sobre o planejamento do negócio, para definição das necessidades e da gestão voltadas para o seu desenvolvimento – inciso I -; pelo contato contínuo entre o tomador e os agentes da instituição concedente do crédito durante a vigência do contrato – inciso II -; e pela definição dos valores e condições do crédito a partir da apuração da capacidade de endividamento do tomador final dos recursos – inciso III. Os princípios operativos do art. 1º, §3º cumpriam importante papel de controlar artesanalmente as necessidades de cada beneficiário, evitando a mercantilização da política de microcrédito verificada alhures.[47] Mais: a orientação dada pelos agentes de crédito, alicerçada no mandamento legal, conferia sofisticação à política de microcrédito pouco vista mundo afora, na medida em que havia direcionamento do beneficiário para seções mais produtivas da informalidade, garantindo a eficácia econômica e social da política pública.[48]

Além disso, a atividade era supervisionada pelo Conselho Monetário Nacional – CMN e pelo CODEFAT, que estabeleciam as condições de repasse do crédito e os requisitos de habilitação das instituições financeiras aptas a operar no âmbito do PNMPO – art. 3º.



Por fim, o BACEN deveria fiscalizar as operações de microcrédito subsidiadas pelo Programa Crescer – art. 4º-C.

Sucedee, todavia, que a Lei federal nº 13.636/18 revogou a maior parte da Lei federal nº 11.110/05 e mudou o modelo do PNMPO. Houve exclusão expressa dos requisitos metodológicos de concessão do microcrédito – anteriormente estampados no art. 1º, §3º da Lei federal nº 11.110/05 -, que serviam como lastro legal mínimo contra potenciais abusos das instituições concedentes. No novo arcabouço normativo, a orientação e obtenção do crédito pelo beneficiário pode ocorrer de maneira exclusivamente virtual, sem necessidade de contato físico, tendo sido delegada ao CMN a atribuição para definição da metodologia subjacente à concessão do crédito – art. 1º, §3º. Ademais, o rol de operadores aumentou consideravelmente – art. 2º -, sem que todos estejam sob as mesmas exigências regulatórias – a título exemplificativo, menciona-se a figura do ‘agente de crédito’,[49] prevista no inciso XI, e do ‘correspondente no país’ do inciso XIV.

Destarte, a aplicação dos princípios constitutivos do microcrédito – vistos na seção 2 – e a axiologia constitucional subjacente – abordados na seção 3 – conduzem à elevada suspeita a respeito de propostas de ampliação de programas do microcrédito que buscam abrir as portas para instituições com o escopo claramente lucrativo – não se inserindo, portanto, na premissa cooperativa -, sob o argumento de suposto barateamento do crédito em razão da sua maior oferta e da maior fonte de recursos para o programa. Com efeito, ao se atentar às assimetrias reais de poder,[50] o *approach* adequado ao microcrédito deve visar a um equilíbrio entre o crédito barato e acessível e a formação de redes de dependência. Aliás, o ciclo de superendividamento - em que as pessoas tomam empréstimo para quitar outro microcrédito - vem sendo observado na Colômbia, no México e no Peru, todos países da América Latina com um mercado de ampla oferta e forte *lobby* dos bancos para ampliar o produto.[51]

Sob o manto amplo do microcrédito, verifica-se a existência de iniciativas específicas não menos importantes, tais como o Cartão BNDES e os bancos comunitários. De acordo com Singer, os bancos comunitários possuem por finalidade, diferentemente do banco comercial, o fomento do desenvolvimento econômico da comunidade que o fundou, sendo de propriedade da própria comunidade de moradores que vive em determinada localidade, tal como no paradigma da economia solidária.[52] O Banco Palmas – maior e mais antigo banco comunitário brasileiro, fundado em 1998 – promove o treinamento profissional dos associados, garantindo-lhes crédito barato para o exercício da sua atividade produtiva, e emite moeda social própria – o ‘Palmas’.[53] A moeda social possui relevante papel de descentralizar a produção e o trabalho no território, de modo a promover maior uniformidade e evitar a concentração de riqueza, que poderia surgir com a formação de regiões excessivamente mais prósperas.[54] Por sua vez, o Estado atua

sobretudo mediante a constituição de um fundo de crédito pelo BNDES destinado aos bancos comunitários e oferecendo assistência técnica para a manutenção de sua autossustentabilidade financeira. Assim, trata-se de importante política pública que garante o treinamento e o sustento de pessoas mais pobres, que vivem em setores informais da economia.[55]

Com efeito, como aponta Nogueira, há uma miríade de políticas de fomento para micro e pequenas empresas que levam em consideração apenas o seu porte,[56] desconsiderando que estas são extremamente heterogêneas entre si.[57] A maior parte das pequenas empresas brasileiras atua em setores de baixa tecnologia, intensivas em mão de obra, de modo que o fomento baseado em instrumentos '*tradicionais*', tais como créditos subsidiados e benefícios fiscais, típicos para setores intensivos em capital, devem ser substituídos por ferramentas mais heterodoxas que busquem o aumento de produtividade, mediante assistência técnica, Cartão BNDES,[58] microcrédito e arranjos produtivos locais.[59] A seu turno, as pequenas empresas em setores de alta tecnologia devem ter à sua disposição ferramentas de fomento que garantam recursos para investimento e aprimoramento do '*estado da arte*' de seus processos produtivos, reduzindo os custos para inovação.[60]

Tais ferramentas de fomento voltadas às micro e pequena empresas, que estão fora do cardápio tradicional das políticas públicas, possuem potencial promissor no cenário brasileiro permeado pela existência de muitas empresas na informalidade. Quanto ao ponto, cumpre transcrever as valiosas considerações lançadas por Nogueira, em estudo voltado aos diferentes tipos de micro e pequenas empresas no Brasil:

Nossa hipótese é de que a mesma dinâmica que engendrou o "jeitinho" como prática para a resolução das contradições impostas pelo nosso processo de desenvolvimento socioeconômico tenha "**invertido**" a **lógica da competição como elemento motivador do desenvolvimento nas sociedades weberianas**. Nesse contexto, **a colaboração teria se estabelecido como um dos instrumentos fundamentais para, através de constructos coletivos, buscarem-se caminhos e alternativas para a superação dos obstáculos impostos àqueles que ocupam posições marginais no tecido social**. Assim, a colaboração, que desempenharia papel complementar àquele desempenhado pelo jeitinho, ocuparia posição de relevo no conjunto de valores sociais do povo brasileiro. Dessa maneira, seria ela também um elemento constitutivo do substrato cultural que conforma a informalidade.

(...) Assim, entendemos que **é essencial compreender a gênese desse processo no âmbito geral da cultura brasileira e utilizá-lo**

**como elemento fundador de políticas públicas focadas em coletivos de empresas e voltadas para fomentar ações cooperativas e colaborativas. Em outras palavras, incorporar uma perspectiva antropológica nas ações de modo a identificar como a construção da cooperação se desenvolve ou não, qual o potencial de interação entre os agentes envolvidos e quais as suas barreiras talvez seja uma trajetória capaz de replicar eventos como esses em outros aglomerados produtivos**<sup>[61]</sup> Grifos nossos

Em outras palavras, a colaboração – traço constitutivo destas políticas alternativas de fomento – teria rápida assimilação no contexto brasileiro para micro e pequena empresas, o que levaria a resultados mais consistentes e tornaria oportuna, por conseguinte, a replicação de políticas públicas que se valham da mesma premissa operativa.

Ora, tal abordagem parece promover duplamente os fins constitucionais, uma vez que visa à emancipação econômica daquelas pessoas que se encontram à margem da sociedade, além de fazê-lo por meio de técnicas que conduzem à maior solidariedade social na comunidade política, reforçando os laços de interesses comum.

Caminhando para o final, podemos elaborar o seguinte critério normativo para exame de políticas públicas de microcrédito: trata-se da preferência *ex ante* por medidas que se voltam aos setores, regiões e pessoas mais destituídas de meios para sustento de seu empreendimento, de modo a expandir sua autonomia financeira, provendo-lhes condições para atingir a independência econômica. Para tal fim, deve-se atentar às ferramentas que de fato funcionam para tal segmento, sendo certo que os mecanismos colaborativos e fortalecedores de redes solidárias vêm se mostrando mais eficazes.<sup>[62]</sup>

## 5 - Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao art. 174. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011

BAZZI, Samuel; MUENDLER, Marc-Andreas; RAUCH, James. Firm Entry Barriers, Growth Constraints, and Job Creation. *PEDL Research Note ERG project #3738*. 2017. Disponível em: Research Note - Firm Entry Barriers, Growth Constraints, and Job Creation.pdf (cepr.org)

- COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013
- DAGGER Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics, Philosophy & Economics*. 5(2), 2006
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Editora Rocco. Rio de Janeiro. 1997
- FEIL, Fernanda; SLIVNIK, Andrej. Brazil: Latin America's unsung hero. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019
- MUNEVAR, Daniel. Colombia: a critical look. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019
- NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Volume 37, 1994, 253-277
- NOGUEIRA, Mauro Oddo. *Um Pirlampo no Porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país*. 2ª ed. rev. ampl. Brasília: IPEA, 2019
- OECD. *A Broken Social Elevator? How to Promote Social Mobility*, OECD Publishing. Paris, 2018.
- OLIVEIRA, Paulo de Salles. Economia solidária [Entrevista]: Entrevista com Paul Singer. In: *Estudos Avançados*. São Paulo; 22( 62): 289-314, 2008
- OXFAM. *A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras*. Oxfam, 2017.
- SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020
- SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Comentários ao art. 170, IX. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Editora Companhia de bolso, 2018
- SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002

SINGER, Paul. O banco comunitário de desenvolvimento como política pública de economia solidária. In: NESOL-USP (Org.). *Banco Palmas 15 anos: resistindo e inovando*. São Paulo: A9 Editora, 2013.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. *Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos: 1926-2013*. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 6, ano 4, 2007

WATKINS, David, Republicanism at Work: Strategies for Supporting Resistance to Domination in the Workplace. *Political Science Faculty Publications*. 52, 2015

#### NOTAS:

---

[1] SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. *Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos: 1926-2013*. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018. p. 371

[2] *Ibid.* p. 372

[3] *Ibid.* 379-380.

[4] OECD. *A Broken Social Elevator? How to Promote Social Mobility*, OECD Publishing. Paris, 2018. p. 26

[5] *Ibid.* pp. 27-32

[6] OXFAM. *A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras*. Oxfam, 2017. pp. 23-30

[7] OXFAM. *Nós e as Desigualdades: Percepções sobre a desigualdade no Brasil*. Oxfam, 2019. pp. 26-31

[8] VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 6, ano 4, 2007. pp. 42-48.

[9] NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Volume 37, 1994 253-277. pp. 260-261.

[10] DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Editora Rocco. Rio de Janeiro. 1997. pp. 218-248.

[11] DAGGER Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics, Philosophy & Economics*. 5(2), 2006. pp. 161-164

[12] SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts pp. 201-249

[13] WATKINS, David, Republicanism at Work: Strategies for Supporting Resistance to Domination in the Workplace. *Political Science Faculty Publications*. 52, 2015. pp. 6-7

[14] SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. pp. 16, 20 e 23. Para frisar os traços distintivos do cooperativismo, cumpre enunciar dois dos seus oito princípios universais: o primeiro consiste na ideia de uma pessoa-um voto, independentemente do respectivo investimento na cooperativa, o que garante a democracia e a primazia do trabalho sobre o capital; e o segundo – que, na ordem dos princípios tal como elaborados, seria o sétimo – preceitua obrigação da cooperativa em se empenhar na educação cooperativa, isto é, na emancipação do trabalhador da mentalidade consumista e orientada ao lucro. *Ibid.* pp. 39-40.

[15] *Ibid.* p. 23

[16] *Ibid.* pp. 7-11 e 120-121. Uma das estratégias para garantir a sustentabilidade deste modo de organização seria o consumo solidário, que reside na preferência por bens e serviços em função da forma de sua produção, em vez do proveito individual medido apenas pelas variáveis de preço e qualidade. *Ibid.* pp. 117-118.

[17] Em termos jurídicos, o microcrédito seria uma forma de fomento creditício

[18] *Ibid.* p. 76

[19] Para uma explicação econômica dos juros elevadíssimos de agiotas e do desinteresse dos bancos comerciais em apoiar os microempreendimentos, cf. BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. pp. 161-166

[20] SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. pp. 77-78

[21] *Ibid.* p. 79

[22] *Ibid.* pp. 79-81

[23] *Ibid.* p. 80



[24] BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. pp. 157-158

[25] SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 80

[26] BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. pp. 167 e 173-178.

[27] *Ibid.* p. 171

[28] *Ibid.* Como apontam Banerjee e Dufflo, o próprio pai da economia moderna e prêmio Nobel da Economia, Gary Becker, afirmava que a acumulação de riqueza torna a pessoa mais paciente em investir, o que, *a contrario sensu*, poderia levar à conclusão – afastada, a princípio, pelas evidências do microcrédito – de que a pobreza torna as pessoas permanentemente impacientes. *Ibid.* p. 185.

[29] SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. pp. 80-83

[30] Retornaremos ao ponto na seção 4

[31] *Ibid.* p. 83

[32] FEIL, Fernanda; SLIVNIK, Andrej. Brazil: Latin America's unsung hero. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019. pp. 94 e 101.

[33] BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. p. 166. De acordo com Banerjee e Dufflo, o Compartamos adota taxas de juros de mais 100% ao ano, ao passo que, no Brasil, o microcrédito chega a uma taxa média 60% de juros ao ano. Cf. *Ibid.* pp. 166 e 168

[34] Na verdade, o Crediamigo é a iniciativa mais antiga dentre aquelas do período recente – desde meados da década de 1990 – que permanecem pujantes até os dias de hoje. Por outro lado, a primeira política brasileira de microcrédito precedeu até mesmo o experimento de Yunus, tendo ocorrido em 1973 por meio do *Projecto Uno*, apoiado por organizações internacionais e realizado em Recife. Cf. FEIL, Fernanda; SLIVNIK, Andrej. Brazil: Latin America's unsung hero. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019. p. 93.

[35] *Ibid.* p. 104

[36] SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Comentários ao art. 170, IX. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. pp. 1822-1823

[37] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Editora Companhia de bolso, 2018. p. 32

[38] *Ibid.* p. 95

[39] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 172-173

[40] De acordo com Sarmento, um dos componentes da dignidade da pessoa humana é a autonomia ou liberdade. Cf: *Ibid.* pp. 151-209

[41] COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

[42] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao art. 174. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1836

[43] FEIL, Fernanda; SLIVNIK, Andrej. Brazil: Latin America's unsung hero. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019. pp. 100-102

[44] *Ibid.* pp. 96-97 e 107. NOGUEIRA, Mauro Oddo. *Um Pirlampo no Porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país*. 2ª ed. rev. ampl. Brasília: IPEA, 2019. pp. 86-89

[45] OLIVEIRA, Paulo de Salles. Economia solidária [Entrevista]: Entrevista com Paul Singer. In: *Estudos Avançados*. São Paulo; 22( 62): 289-314, 2008. pp. 303-304. Para outro estudo que aponta o sucesso do PRONAF, cf. FEIL, Fernanda; SLIVNIK, Andrej. Brazil: Latin America's unsung hero. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019. p. 104

[46] *Ibid.* pp. 93-94 e 99; 100-101

[47] *Ibid.* p. 101

[48] *Ibid.* p. 106

[49] Na legislação anterior, o agente de crédito atuava como funcionário da instituição de crédito autorizada a operar no PNMPO, na forma da Lei federal nº 11.110/05. Atualmente, o agente de crédito pode se constituir como pessoa jurídica, na forma do art. 3º, §4º da Lei federal nº 13.636/18

[50] Além da assimetria de poder, as pessoas, principalmente as mais pobres, se pautam mais pela necessidade do que pela racionalidade ao contrair empréstimos. Cf. BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. pp. 169-170

[51] MUNEVAR, Daniel. Colombia: a critical look. In: BATEMAN, Milford *et al* (ed). *The rise and fall of global microcredit: development, debt and disillusion*. Routledge: New York, 2019. pp. 120-121

[52] SINGER, Paul. O banco comunitário de desenvolvimento como política pública de economia solidária. In: NESOL-USP (Org.). *Banco Palmas 15 anos: resistindo e inovando*. São Paulo: A9 Editora, 2013. pp. 35-36.

[53] *Ibid.* pp. 36-37

[54] *Ibid.* p. 37

[55] *Ibid.* pp. 38 e 39

[56] A classificação de micro e pequenas empresas por porte decorre de previsão legal, conforme se verifica do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06.

[57] NOGUEIRA, Mauro Oddo. *Um Pírilampo no Porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país*. 2ª ed. rev. ampl. Brasília: IPEA, 2019. pp. 147 e 243-247.

[58] O Cartão BNDES funciona como cartão crédito para micro e pequenas empresas, podendo ser utilizado apenas para aquisição de produtos constantes do Portal de Operação do Cartão, tratando-se, em geral, de bens de capital para os mais diversos setores econômicos. Em estudo realizado Bazzi, Muendler e Rauch, verificou-se o impacto desta ferramenta de fomento, na medida em que oxigenou a competitividade mediante a entrada de novas micro e pequenas empresas que não teriam condições de sobreviver no mercado sem a alavancagem inicial conferida pelo Cartão, ainda que se tratasse de empresas produtivas. Cf. BAZZI, Samuel; MUENDLER, Marc-Andreas; RAUCH, James. Firm Entry Barriers, Growth Constraints, and Job Creation. *PEDL Research Note ERG project #3738*. 2017. pp. 3-4. Disponível em: Research Note - Firm Entry Barriers, Growth Constraints, and Job Creation.pdf (cepr.org)

[59] NOGUEIRA, Mauro Oddo. *Um Pirilampo no Porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país*. 2ª ed. rev. ampl. Brasília: IPEA, 2019. pp. 102 a 104.

[60] *Ibid.* pp. 120-121 e 262-264.

[61] NOGUEIRA, Mauro Oddo. *Um Pirilampo no Porão: um pouco de luz nos dilemas da produtividade das pequenas empresas e da informalidade no país*. 2ª ed. rev. ampl. Brasília: IPEA, 2019. pp. 279 e 282

[62] É importante distinguir este *standard* da política adotada em países como a Índia em que existem marcos regulatórios que obrigam os bancos a possuírem um portfólio direcionando ao menos 40% de recursos a 'setores prioritários' – como agricultura, microcrédito e pequenas e médias empresas. Isto porque a mera eleição de setores prioritários não garante a eficácia da política pública, que pode ter bastante recurso ocioso ou desperdiçado. Sobre a política de 'setores prioritários', cf. BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Poor economics: a radical rethinking of the way to fight global poverty*. Public Affairs: New York, 2011. 160-161 e 180-181

## **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA EM EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE MONTANTE QUE SE ENQUADRA COMO REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV)**

**FERNANDO GOMES DA SILVA:**

Graduado do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)<sup>6</sup>.

**MAÍRA BOGO BRUNO**<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho aborda a temática dos Honorários advocatícios de sucumbência em execução contra a Fazenda Pública de montante que se enquadra como requisição de pequeno valor. O principal objetivo dessa pesquisa é verificar se na hipótese em tela os juízes e tribunais devem ou não fixar os honorários sucumbenciais em favor do advogado da parte vencedora mesmo que no polo passivo da execução figure a Fazenda Pública. Para lograr êxito nessa incumbência, a pesquisa utiliza a metodologia jurídica dedutiva, a qual vale-se da coleta de dados exploratória e documental, como a legislação e a jurisprudência pertinentes, além da parte bibliográfica, extraída da doutrina, pretende-se chegar ao resultado da pesquisa, por meio de análise qualitativa de dados. Assim sendo, este artigo vem demonstrar por meio da fundamentação legal e principiológica atinente ao tema, que são devidas as referidas verbas na hipótese em que o atual trabalho se propõe a analisar. Concluindo, portanto, haver a incidência de honorários sucumbenciais quando o valor da execução não ultrapassa o limite das requisições de pequeno valor, diante da demonstração da constitucionalidade do art. 1º - D da Lei 9494/97, e sua inaplicabilidade as requisições de pequeno valor, além da orientação jurisprudencial referente as decisões relativas a essa matéria no sentido da atenção a interpretação sistemática e teleológica do art. 85 § 3º e 7º do CPC e da observância do princípio da causalidade, favoráveis a inferência de que os juízos e tribunais devem fixar honorários sucumbenciais em desfavor da Fazenda Pública quando esta segue o rito das requisições de pequeno valor.

**Palavras-chave:** Honorários; Sucumbência; Requisições de Pequeno Valor, Fazenda Pública.

**ABSTRACT:** This paper addresses the issue of attorney's fees in execution against the Public Treasury for amounts that qualify as a petty cash requisition. The main objective of this research is to verify whether or not judges and courts should fix the default fees in

<sup>6</sup> E-mail: [fegoomes1@gmail.com](mailto:fegoomes1@gmail.com)

favor of the winning party's lawyer, even if the Public Treasury is the defendant in the execution. To succeed in this task, the research uses the deductive legal methodology, which makes use of exploratory and documentary data collection, such as the relevant legislation and case law, in addition to the bibliographical part, extracted from the doctrine, and intends to reach the result of the research, through qualitative data analysis. Therefore, this article demonstrates, by means of the legal and principiological basis pertaining to the theme, that the aforementioned sums are due in the hypothesis that the current work proposes to analyze. Therefore, it concludes that there is an incidence of defeat fees when the value of the execution does not exceed the limit of the small value requisitions, in view of the demonstration of the constitutionality of article 1 - D of Law 9494/97, and its inapplicability to small value requisitions, in addition to the jurisprudential orientation regarding the decisions related to this matter in the sense of attention to the systematic and teleological interpretation of art. 85 § 3º and 7º of the CPC and the observance of the principle of causality, favorable to the inference that the courts and tribunals must establish fees of support in disfavor of the Public Treasury when it follows the small value requisitions rite.

**Keyword:** Fees; Judgment; Small Claims, Public Treasury.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática dos honorários sucumbenciais que são valores de natureza alimentar, devidos ao advogado por imposição legal do Novo Código de Processo Civil (NCPC) e do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), com foco nos honorários advocatícios sucumbenciais em processos de execução contra a Fazenda Pública de quantias, que se enquadram como Requisição de Pequeno Valor (RPV), que é a espécie de pagamento realizada pela Fazenda Pública quando esta é condenada em processo judicial, cujo valor total seja de até 60 salários-mínimos por beneficiário, conforme dispõe o art. 17, § 1º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

No âmbito jurídico, no momento que se constitui uma nova regra, conjuntamente com esta, surgem também exceções. Ao analisar o art. 17, § 1º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, partindo dessa premissa, manifesta-se então, a controvérsia do tema abordado. Os juízos e tribunais devem fixar honorários advocatícios de sucumbência em execução contra a Fazenda Pública de montante que se enquadra como Requisição de Pequeno Valor (RPV)?

Para chegar a uma possível resposta a esse questionamento, far-se-á uma avaliação sobre quais são os motivos fáticos e embasamentos jurídicos utilizados na fundamentação das divergentes decisões que denegam honorários advocatícios sucumbenciais, em processos de execução contra a Fazenda Pública em RPV. Isto porque, essa fixação acontece justamente por esse procedimento de execução ser a exceção à regra



utilizada para a negar honorários sucumbenciais em processo de execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, que está disposta no art. 85, §7º, do NCPC.

A presente pesquisa visa realizar o estudo dos impactos sociais e da insegurança jurídica que as supracitadas decisões denegatórias causam, sobretudo à classe de profissionais que exercem a advocacia. Visto que estas decisões ofendem diretamente matéria já regulamentada em lei e se opõem a jurisprudência pacificada nos tribunais superiores, coadunados à grave violação de princípios constitucionais e processuais.

O objetivo principal da investigação que se apresenta é demonstrar que os juízos e tribunais devem, em respeito à lei e a jurisprudência majoritária, fixar honorários advocatícios em casos de RPV. Para isso, esta pesquisa tem como objetivos específicos: (i) esclarecer as principais diferenças legais entre os procedimentos de pagamento utilizados pela Fazenda Pública quando demandada em execução; (ii) apontar em quais dos instrumentos de pagamentos utilizados pela Fazenda Pública caberiam o pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora; e (iii) estudar os fundamentos da jurisprudência pacificada nos tribunais superiores que demonstram as hipóteses passíveis de denegação dos honorários sucumbenciais mesmo nos casos de RPV e precatórios, as quais excetuam-se da regra de fixação.

A pesquisa em tela será organizada em três capítulos. O primeiro abordará sobre as prerrogativas principiológicas e processuais da fazenda pública que impactam na fixação dos honorários de sucumbência nas requisições de pequeno valor e a tipificação da contraprestação dos serviços advocatícios e sua fixação.

No segundo, será estudado quanto a constitucionalidade do art. 1-D da LEI Nº 9.494/97, com foco na ausência de vedação à fixação dos honorários sucumbenciais em montante que se enquadra como RPV, conjuntamente com avaliação do art. 100, § 3º da CF/88, bem como, do ponto de vista técnico, o princípio da causalidade no julgamento do RE 420,816, que permite a exigibilidade da verba honorária na fase executiva, ainda que a parte executada não pugne a pretensão exequenda sendo mais limitada a livre interpretação do julgador nessa matéria.

No terceiro, será tratado sobre a fixação de honorários no cumprimento de sentença que geram RPV'S, com observância ao art. 85, § 3º do NCPC, bem como a interpretação gramatical do artigo 85 § 7º, como permissiva à fixação dos honorários sucumbenciais no cumprimento se sentença que envolva o pagamento por RPV.

Para lograr êxito nessa incumbência, a pesquisa utiliza da metodologia jurídica, com método dedutivo, a qual será efetivada por meio da técnica de coleta de dados exploratória documental (legislação e jurisprudência) e bibliográfica (doutrina) e da técnica

de análise de dados qualitativa. A fim de entender a motivação das divergências nas decisões de primeiro grau denegatórias a respeito da fixação dos honorários de sucumbência nos processos de execução de Requisições de Pequenos Valores e suas consequências.

## **2. AS PRERROGATIVAS PRINCIPOLÓGICAS E PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA QUE IMPACTAM NA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR E A TIPIIFICAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E SUA FIXAÇÃO**

Neste capítulo serão apresentadas noções básicas sobre as prerrogativas principiológicas e processuais da Fazenda Pública, requisições de pequeno valor RPV e sobre a tipificação das verbas honorários com atenção especial as de sucumbenciais.

A Fazenda Pública detém certas prerrogativas processuais quando demandada judicialmente, tendo em vista o fato dela, nestas hipóteses, comparecer a juízo em defesa do interesse público primário, quando alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular.

São muitos os princípios que norteiam a execução, porém o trabalho em tela aborda dois dos considerados principais princípios correlatos a execução, quais sejam: princípio da máxima efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade ao executado, veremos a seguir que ambos os princípios se complementam e derivam uma das prerrogativas processuais das quais a União faz jus (MOREIRA, 2016).

No processo de execução o princípio da máxima efetividade destina-se a garantir o direito fundamental da tutela executiva, ou seja, objetiva a satisfação do direito merecedor da tutela vindicada, ligado a este princípio está o princípio da menor onerosidade ao executado, o qual se presta a conferir ao credor meios menos onerosos, porém aptos a promover a tutela de forma adequada e eficaz do crédito, visando coibir uma execução abusiva (MOREIRA, 2016).

Diante da necessidade da União em pagar o crédito devido pela mesma e de buscar meios menos onerosos e mais adequados para adimplir esses valores em processos de execuções, ressalta-se que a União detém impossibilidade de penhora ou expropriação para alienação judícia de bens surge a inviabilidade da execução da técnica mais comum nas execuções que é a expropriação, tendo em vista a que os bens públicos ao contrário dos particulares não se sujeitam a alienação. Por esse motivo a União não se sujeita as regras gerais de execução baseadas na técnica da expropriação de bens devedor para satisfação do credor (MOREIRA, 2016).

Considerando a impossibilidade de adimplemento da execução contra a União por vias genéricas surge a necessidade do pagamento dessas obrigações de alguma outra forma. Emerge então certas prerrogativas processuais da Fazenda Pública inerentes aos títulos de pagamento quando esta se encontra no polo passivo de execuções.

São dois os títulos utilizados pela Fazenda Pública para efetuar os pagamentos quando executada, o precatório e a requisição de pequeno valor. Em síntese, o precatório é uma requisição de pagamento expedida pela Justiça para determinar que um órgão ou entidade pública pague determinada dívida, resultante de uma ação judicial para a qual não cabe mais recurso (ALVARENGA, 2021). Na mesma definição, se enquadra a Requisição de Pequeno Valor (RPV), no entanto, o precatório é emitido no caso de condenações envolvendo valores acima de 60 (sessenta) salários-mínimos, e, as RPV's, abaixo desse limite (ALVARENGA, 2021).

A emissão de RPV ou precatório quando a Fazenda Pública se encontra no polo passivo de execuções impacta diretamente na fixação dos honorários de sucumbência, e este é o enfoque principal da pesquisa atual, distinguir os requisitos que diferem ambos os procedimentos e que possibilitam ou não a fixação de honorários sucumbenciais ao patrono da parte vencedora a depender do instrumento de pagamento utilizado pela executada para adimplir o crédito devido.

Dito isso, é necessário realizar uma breve conceituação do que são os honorários advocatícios, nas palavras do professor Elcias Ferreira da Costa, os honorários correspondem "A justa remuneração pelo serviço prestado, no cumprimento do dever profissional, qualquer que seja a dignidade da função é uma questão de justiça". (COSTA, 2002, p. 207).

No mesmo sentido, ensina o professor Luiz Lima Langaro, que conceitua de forma mais restritiva os honorários advocatícios como "os estipêndios pagos em retribuição de serviços que se reputam imateriais e nobres". (FREITAS, 1983, p. 106, *apud* LANGARO, 1996, p. 68).

O art. 22 da Lei 8.906/1994, aduz que a "prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência", corrobora com a doutrina retro citada no sentido de que é assegurado o direito ao pagamento de honorários aos inscritos na OAB.

Assim, pode-se concluir que, independentemente de qualquer que seja sua espécie, valor ou procedimento de pagamento, são devidos ao advogado como direito legal, visto que esses numerários correspondem a contraprestação de seus serviços e são vitais para o sustento do causídico e sua família.

No tocante ao destinatário das verbas sucumbenciais fixadas em sede de sentença, o Novo Código de Processo Civil não deixou dúvidas quanto ao direito do advogado da parte vencedora em receber tais numerários, é o que descreve o caput do artigo 85. Acontece que no § 1º do referido artigo, o legislador explicita o direito a verbas honorárias no cumprimento de sentença e em outros procedimentos, porém, a presente pesquisa se atém restritivamente ao cabimento de honorários de sucumbência nas execuções, especialmente naquelas que figura no polo passivo a Fazenda Pública, que segundo o § 3º do referido artigo também é passível de pagamento de sucumbência mesmo em sede de execução.

Alberto Nogueira Júnior explica que, entende-se como honorários advocatícios sucumbenciais aqueles estipulados, por motivo da sentença, em razão do acolhimento, total ou parcial, porém em proporção maior que o reconhecido ao adversário, por conseguinte, não decorrem do direito próprio da parte, mas sim, da vitória desta na causa, graças ao trabalho prestado pelo advogado. Em suma, é um direito que surge através da sentença proferida pelo juiz e que condena a parte vencida a pagar os honorários ao advogado da parte contrária, vencedora. (NOGUEIRA JÚNIOR, 2007). Assim, os honorários advocatícios sucumbenciais correspondem ao valor fixado pelo juiz para o advogado da parte vencedora da demanda.

Explicitado os princípios que derivam os instrumentos de pagamento expostos anteriormente e a origem e conceptualização dos honorários que podem ser fixados em decorrência desses instrumentos de pagamento a presente pesquisa adentra no mérito da problemática levando em consideração que frequentemente quando se trata dos honorários de sucumbência no cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública nas RPV's, os juízos e tribunais vêm denegando a fixação dessas verbas mesmo se que se enquadre como requisição de pequeno valor, com fundamentação equivocada em disposições legais que vedam a fixação de honorários em títulos executados por meio de precatórios.

No item subsequente será abordada Constitucionalidade do art. 1º-D da Lei Nº 9.494/97 e a aplicação do princípio da causalidade como fundamentação para o cabimento de honorários sucumbenciais em execuções feitas por meio de títulos de RPV's e as exceções do cabimento da verba honorária nesse procedimento.

### **3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-D DA LEI Nº 9.494/97 E SUA INAPLICABILIDADE QUANTO À FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA HIPÓTESE DE CRÉDITO DE RPV COM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E AS EXCEÇÕES DESSA REGRA**

O debate referente a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em sede de execução contra a Fazenda foi abordado no RE 420.816, no qual o STF analisou a

questão sob a ótica da constitucionalidade do art. 1º - D da Lei 9.494, no texto que lhe foi dada pela MP 2.180-35/2001, que versa sobre a afastamento de aplicabilidade de honorários sucumbenciais na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Veja-se a ementa do Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal do RE 420816:

I. Recurso extraordinário: alínea b: devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º). (BRASIL, 2004, não paginado)

Na ocasião o STF decidiu que a disposição do art. 1º - D da Lei 9.494 é constitucional, porém, não é aplicável às obrigações que se enquadram como requisição de pequeno valor tendo em vista que tão somente no regime constitucional dos precatórios a Fazenda faz jus a aplicação do referido artigo tendo em vista que em tal procedimento a Fazenda não possui a faculdade de pagar espontaneamente o o crédito judicialmente a ela imposto, sendo obrigatório a instauração do procedimento de precatório para adimplir crédito imposto contra a Fazenda Pública em quantias acima de 60 salários mínimos, devido a isso a aplicabilidade do art. 1º D se dá apenas ao título de pagamento executado por meio de precatório onde só serão devidos honorários se impugnada a execução pela Fazenda caso contrário não há que se falar em honorários nesse procedimento (BRASIL, 2011).



Os professores Guilherme Pupe Nobrega e Jorge Amaury Maia Nunes ao fazerem uma breve incursão a respeito dos honorários advocatícios sucumbenciais abordam de forma clara a interpretação que o STF deu ao analisar a constitucionalidade do art. 1º D da Lei 9.494, veja-se:

Mais bem explicando, no REExt 420.186, o STF adotou interpretação conforme a Constituição para declarar a constitucionalidade do artigo 1º-D da lei 9.494/97, afastando, contudo, a isenção de honorários da Fazenda Pública em execução não embargada em que se perseguisse débito definido em lei como pequeno valor. O raciocínio é o de que o artigo 1º-D da 9.494/97 se justificaria em razão da ausência de causalidade. A Fazenda Pública, por força do regime constitucional de precatórios, não teria a opção de efetuar, sponte sua, o pagamento de crédito contra ela imposto por decisão judicial transitada em julgado. É dizer, a execução era passo necessário, e eventual causalidade a atrair honorários sucumbenciais somente nasceria supervenientemente em virtual oposição de embargos à execução, no bojo dos quais a verba haveria de ser fixada. (NOBREGA; NUNES, 2021, não paginado)

A jurisprudência do STF [MBB1] na análise do RE 420.816[MBB1] ainda elencou as hipóteses de não incidência das verbas honorárias mesmo que a execução seja realizada por meio de RPV, tais como: (I) quando o credor renuncia o valor excedente ao previsto no art. 87 do ADCT, após a propositura da demanda executiva de acordo com a sistemática do precatório, viabilizando, assim, a quitação do débito por meio da requisição de pequeno valor; (II) na hipótese da "execução invertida", que se entende como aquela em que a Fazenda Pública apresenta os cálculos do débito e se antecipa no cumprimento da obrigação de pagar, promovendo, espontaneamente, os atos necessários à expedição da Requisição de Pequeno Valor; e, (III) a parte promove a demanda executiva sem que a Fazenda Pública tivesse antes a oportunidade para apuração e pagamento espontâneo do débito, por meio da requisição de pequeno valor – RPV. (BRASIL, 2011).

Sobre a primeira hipótese exposta pelo STF, referente à renúncia do credor do valor excedente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial, tomou a seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PROCESSAMENTO INICIAL SOB O RITO DO PRECATÓRIO. RENÚNCIA SUPERVENIENTE DO EXCEDENTE AO LIMITE. RPV. HONORÁRIOS. NÃO CABIMENTO. 1. A controvérsia



consiste em verificar o cabimento da fixação de honorários advocatícios em Execução promovida sob o rito do art. 730 do CPC, não embargada contra a Fazenda Pública, na hipótese em que a parte renuncia posteriormente ao excedente previsto no art. 87 do ADCT, para fins de expedição de Requisição de Pequeno Valor (RPV). 2. Nos moldes da interpretação conforme a Constituição estabelecida pelo STF no RE 420.816/PR (Relator Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10.12.2006), a Execução contra a Fazenda Pública, processada inicialmente sob o rito do precatório (art. 730 do CPC), sofre a incidência do art. 1º-D da Lei 9.494/1997 ("Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas"). No mesmo sentido as seguintes decisões da Corte Suprema: RE 679.164 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-042 de 4.3.2013; RE 649.274, AgR-segundo, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-022 de 31.1.2013; RE 599.260 ED, Relator Ministro Celso de Mello (decisão monocrática), DJe-105 de 4.6.2013; RE 724.774, Relator: Min. Ricardo Lewandowski (decisão monocrática), DJe-123 de 26.6.2013; RE 668.983, Relatora Ministra Cármen Lúcia (decisão monocrática), DJe-102 de 29.5.2013; RE 729.674, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe-193 de 1º.10.2013. 3. O STJ realinhou sua jurisprudência à posição do STF no julgamento do REsp 1.298.986/RS (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 5.12.2013). 4. A renúncia ao valor excedente ao previsto no art. 87 do ADCT, manifestada após a propositura da demanda executiva, não autoriza o arbitramento dos honorários, porquanto, à luz do princípio da causalidade, a Fazenda Pública não provocou a instauração da Execução, uma vez que se revelava inicialmente impositiva a observância do art. 730 CPC, segundo a sistemática do pagamento de precatórios. Como não foram opostos Embargos à Execução, tem, portanto, plena aplicação o art. 1º-D da Lei 9.494/1997. No mesmo sentido: REsp 1.386.888/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 18.9.2013; REsp 1.406.732/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 7.2.2014; AgRg no REsp 1.411.180/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.12.2013. 5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (BRASIL, 2014, não paginado)

Já no tocante à segunda hipótese esposada pelo STF, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pacificou entendimento a respeito do descabimento de honorários advocatícios nos casos de execução invertida, como aduz o subsequente jugado do referido tribunal:

TRF04 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. "EXECUÇÃO INVERTIDA". PAGAMENTO POR RPV. DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Em princípio, são devidos honorários advocatícios em execução/cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública envolvendo crédito sob o regime da RPV. 2. Todavia, na hipótese da chamada "execução invertida", em que o devedor apresenta cálculos, com os quais concorda a parte credora, resta afastada a sua sucumbência (princípio da causalidade). 3. In casu, consta que os valores devidos foram apresentados pelo INSS, que, diante da manifestação da exequente, concordou com o montante por ela indicado, sendo caso de expedição de RPV. Logo, não há como desconsiderar que houve a "execução invertida", a qual exime o devedor do pagamento de honorários executivos sucumbenciais. (BRASIL, 2019, não paginado)

Por fim, quanto à terceira hipótese apresentada pelo STF, referente à ausência de oportunidade para apuração e pagamento espontâneo do débito por parte da Fazenda Pública, o STJ decidiu que:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA NÃO EMBARGADA. RPV. QUITAÇÃO NO PRAZO LEGAL. EXECUÇÃO PROMOVIDA ANTES DA INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA DECISÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVIABILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se é cabível o arbitramento de honorários advocatícios em Execução contra a Fazenda Pública não embargada, na hipótese em que há processo executivo, sem, no entanto, haver intimação do INSS para cumprir espontaneamente a determinação judicial, sendo quitada no prazo legal a RPV. 2. No caso dos autos, a Execução foi ajuizada sob a sistemática da Requisição de Pequeno Valor, não tendo sofrido resistência pela Fazenda Pública. A parte exequente promoveu execução antes mesmo da devolução dos autos, não dando oportunidade para o INSS promover o pagamento espontâneo do débito, logo, tal qual concluíram as instâncias de origem, inviável pleitear a fixação da verba sucumbencial. 3. Essa é, de fato, a

orientação que merece prevalecer, sobretudo porque, à luz do princípio da causalidade, a Fazenda Pública, no específico contexto dos autos, não deu causa à instauração do rito executivo. 4. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2015, não paginado).

Portanto, todas as demais demandas executórias realizadas contra a Fazenda Pública, por meio de requisições de pequeno valor que não se enquadrem nessas três hipóteses arroladas anteriormente, são plenamente passíveis de fixação dos honorários sucumbenciais pelos juízes e tribunais competentes.

São diversas as decisões fundamentadas no julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 420.816/PR, que declarou incidentalmente a constitucionalidade do art. 1º-D da Lei 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MP 2.180-35/2001, decisões que em sua maioria, salvo as embasadas nas três hipóteses trazidas anteriormente, condenam a Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais em execução de RPV, mas, para que fique mais cristalino o referido entendimento, veja-se um julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual determinou o pagamento dos honorários em questão:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. REGRA GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RE 420816. De acordo com a jurisprudência consolidada pela Corte do STF no julgamento do RE 420816, em interpretação conforme o art. 100 da CF/88, o art. 1º-D da LEI 9.494/97 (que não admite a fixação de honorários advocatícios se não embargada a execução contra a Fazenda Pública), constitui regra de exceção, aplicável apenas aos processos em que a via do precatório é obrigatória para que a Fazenda Pública possa saldar suas dívidas. Atualmente, essa norma corresponde ao § 7º do art. 85 do CPC, que trouxe a necessária clareza em sua redação. Portanto, tratando-se de cumprimento de sentença de obrigação de pequeno valor, independentemente da existência de impugnação, sempre serão devidos honorários advocatícios, nos termos da jurisprudência e da regra geral do § 2º do art. 85 do CPC. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL, 2021, não paginado)

Em última análise à jurisprudência do STF, a qual decidiu em sede do julgamento do RE 420.816/PR, que declarou incidentalmente a constitucionalidade do art. 1º-D da Lei 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MP 2.180-35/2001, entende-se que a conclusão a respeito da fixação ou não das referidas verbas honorárias em casos de RPs não resultam

apenas do que o STF decidiu, verificou-se que para haver uma conclusão acertada referente a matéria, deve-se ir para além do entendimento do julgado e considerar dispositivos da lei constitucional e processual, os quais possibilitam de maneira sistemática a incidência dos honorários em sede de execução não embargada, mesmo que deflagrada contra a Fazenda Pública.

Tendo em vista o dever legal da fixação dessas verbas, o subtítulo posterior abordará o dever legal dos juízos e tribunais em fixar os numerários sucumbenciais nas requisições de pequeno valor, com observância da interpretação sistemática e teleológica da legislação processual e a aplicação do princípio da causalidade nessa hipótese de execução.

#### **4. A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA NAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR – RPV'S COM OBSERVÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA LEI PROCESSUAL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE**

Este capítulo se destina a demonstrar que é dever legal do magistrado, ao prolatar a sentença, condenar o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, mesmo em se tratando de Requisições de Pequeno Valor quando o vencido é a Fazenda Pública, desde que não houver incidência das hipóteses excepcionais tratadas no item anterior.

Para tanto, a princípio será tratado sobre o direito do advogado aos honorários de sucumbência e o dever do magistrado em fixá-los mesmo quando se tratar de requisições de pequeno valor (RPV) contra a da Fazenda Pública.

Em seguida, será evidenciado o dever legal da Fazenda em fixar os numerários sucumbenciais com observância da interpretação sistemática do artigo 85, §3º e § 7º do Código de Processo Civil, como determinante da fixação de honorários sucumbenciais, no cumprimento de sentença que envolve pagamento por RPV.

##### **4.1 A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE GERAM RPV'S COMO OBSERVÂNCIA DO ART. 85, § 3º DO CPC**

O artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 traz o instituto dos honorários de sucumbência e deixa claro no seu caput a quem será destinada essa verba, que é nesse caso o advogado da parte vencedora. No mesmo sentido vem o § 3º do artigo 85 do CPC, visando também garantir o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado nas causas em que a Fazenda Pública for parte vencida, o referido artigo remete ainda aos incisos I e IV do § 2º, os quais estabelecem critérios para tal fixação, *in verbis* os supracitados dispositivos legais:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: [...] (BRASIL, 2021, não paginado).

Desse modo, o artigo 85 e parágrafos subsequentes além estipular o cabimento das verbas honorárias sucumbenciais também aduziu a quem especificadamente estas são devidas, ademais possibilitou a participação da Fazenda Pública na execução como ente passível de pagamento das referidas verbas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu, no tocante a fixação de honorários advocatícios de sucumbência contra a Fazenda Pública, com observância da interpretação teleológica e sistemática.

A interpretação sistemática da norma visa analisar normas jurídicas entre si. Partindo da premissa que o ordenamento jurídico é um todo unitário sem incompatibilidades, possibilitando a escolha do significado da norma que seja coerente com o conjunto, o método sistemático e teleológico impede que as normas sejam interpretadas de modo isolado essa interpretação é feita em conjunto com a teleológica que busca alcançar os fins da norma legal de acordo com as exigências sociais (FERREIRA, 2021). Veja-se um julgado do STJ nesse sentido:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE FIXOU A VERBA SUCUMBENCIAL COM BASE NA EQUIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REDIMENSIONAMENTO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

4. O novo estatuto processual estabeleceu, nas causas em que for parte a Fazenda Pública, os critérios objetivos para a fixação dos honorários de sucumbência, com base no valor da condenação ou do proveito econômico obtido na demanda, prevendo cinco faixas progressivas e escalonadas como parâmetro para essa apuração (art. 85, § 3º, I a V, do CPC/2015).

5. A nova regulamentação dos honorários advocatícios comporta interpretação teleológica e sistemática, notadamente para atingir os postulados constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje expressamente positivados no âmbito do direito instrumental, consoante o que dispõe o art. 8º do CPC.

6. O caso dos autos está em consonância com as hipóteses em que as Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm admitido a fixação de honorários por equidade; é certo que eventual alteração do julgado, a fim de afastar a incidência do art. 85, § 8º, do CPC, exigiria o reexame dos elementos de convicção postos no processo, o que atrai a incidência do óbice contido na Súmula 7/STJ.

7. Agravo interno não provido. (BRASIL, 2020, não paginado)

A simples interpretação sistemática e teleológica do texto legal retro citado deixa claro o dever e não a faculdade da Fazenda Pública em cumprir com a obrigação de pagar honorários sucumbenciais no processo de cumprimento de sentença, pois diante da análise do referido diploma legal é possível afirmar que esses numerários são de fato devidos, mesmo que no § 3º nada conste com relação ao título de pagamento a que se refere, portanto, diante da generalização do texto, fica implícito que independente do procedimento, será possível a fixação da verba sucumbencial no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Essa linha de interpretação sistemática e teleológica do § 3º, como permissiva a fixação de honorários sucumbenciais no processo de execução contra a Fazenda Pública, fica mais clara no momento que o legislador apresenta no § 7º do mesmo artigo a hipótese em que não incidirá tal verba, visto que o referido parágrafo aduz "não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada" (BRASIL, [2021], não paginado).



Diante disso, fica evidente a vedação legal da incidência da verba honorária no cumprimento de sentença que incida a expedição de precatório, nada dispondo o artigo referente a RPV, por consequência disso, é inequívoco o direito do causídico a percepção dessas verbas na hipótese ante exposta.

A tese abordada torna-se ainda mais robusta, quando é feita uma leitura interpretativa sistemática do § 7º do art. 85, do CPC, tendo em vista que tal forma de interpretação busca extrair o conteúdo normativo por meio da análise sistemática do ordenamento jurídico na qual o sentido lógico da norma sempre se dá por meio da interpretação gramatical, analisando-se vários dispositivos legais até chegar a uma conclusão interpretativa visto que o ordenamento jurídico não é lógico (FERREIRA, 2021).

Dito isso, será feita a partir do parágrafo subsequente tal análise com relação ao próprio texto do art. 85, § 7º, do CPC, a fim de revelar através do caráter geral da lei o sentido tecnológico-jurídico com que certas palavras são empregadas no diploma, como permissiva à fixação de honorários sucumbenciais no cumprimento de sentença que envolve pagamento por RPV além da aplicação do princípio da causalidade que corrobora com a tese favorável a fixação dos honorários.

#### 4.2 DA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL DO ART. 85, § 7º DO CPC E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE COMO PERMISSIVOS À FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE ENVOLVE PAGAMENTO POR RPV

O Novo Código de Processo Civil de 2015 estabelece no art. 85 § 7º que "não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada" (BRASIL, [2021], não paginado), portanto a ausência da fixação de honorários advocatícios da fase de cumprimento de sentença denota a falta de observância ao artigo retro citado.

Levando isso em consideração, quando a Fazenda Pública não impugna o cumprimento de sentença, não há que se falar em condenação em honorários, resumindo, se houver impugnação da Fazenda Pública, há condenação em honorários e se não houver impugnação da Fazenda Pública, não há condenação em honorários. Contudo, é explícito no texto do próprio artigo a hipótese a qual procedimento de pagamento a regra do artigo 85, § 7º, do CPC, é direcionada, nesse caso o precatório, abstendo-se totalmente o referido artigo ao procedimento de RPV.

Sendo assim, quando o processo de execução não for realizado por meio de precatório deve a Fazenda Pública pagar os honorários advocatícios referentes ao cumprimento de sentença, por se tratar de cumprimento que gerará expedição de RPV e

não precatório para quitar a obrigação de pagar quantia certa. Outro não é o entendimento jurisprudencial, consoante se verifica da ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÕES NO JULGADO. ALEGAÇÕES DEFICIENTES. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CRÉDITOS DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DE VERBA IDÊNTICA NESSA NOVA FASE. POSSIBILIDADE. QUANTIA SUJEITA AO REGIME DA REQUISÃO DE PEQUENO VALOR-RPV. 1. É deficiente a alegação genérica de violação do art. 535, I e II, do CPCP/1973, configurada quando o jurisdicionado não expõe objetivamente os pontos supostamente omitidos pelo Tribunal local e não comprova ter questionado as apontadas falhas nos embargos de declaração. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Não é possível o arbitramento do advogado da mesma parte, dentro da mesma fase processual, contudo, admite-se a fixação da verba em execução de sentença que tenha por objeto crédito da mesma natureza, estabelecido em processo de conhecimento, porquanto não configurada a hipótese de bis in idem. Precedentes. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, são devidos honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não embargadas, quando o crédito está sujeito ao regime da Requisição de Pequeno Valor – RPV. 4. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (BRASIL, 2018, não paginado)

Essa questão está pacificada no STJ no sentido de que serão devidos honorários sucumbências quando o pagamento for realizado por meio de RPV, vejamos mais uma decisão do referido tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 85, § 1º, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. PAGAMENTO POR RPV. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que são devidos honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não embargadas, quando o crédito está sujeito ao regime da Requisição de Pequeno Valor – RPV.

Agravo Interno não provido. (BRASIL, 2019, não paginado)

Corroborando com o precedente do STJ o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4) decidiu no sentido de que serão devidos honorários sucumbências quando o pagamento for realizado por meio de RPV, obedecendo a regra da interpretação sistemática do texto do artigo 85 do CPC, veja-se:

Com efeito, a interpretação sistemática dos parágrafos 1º, 3º e 7º do art. 85 do CPC permite inferir que, com ou sem impugnação, são devidos honorários advocatícios quando o cumprimento de sentença envolver valor a ser pago por RPV.

Outrossim, a jurisprudência assentou no sentido de que não configura bis in idem a fixação de honorários na execução de honorários da fase cognitiva.

No caso, os honorários fixados na fase de conhecimento que serão pagos por meio de RPV (evento 72).

Logo, o INSS deve ser condenado ao pagamento de honorários executivos no importe de 10% do valor a ser pago por RPV, a teor do inc. I do § 3º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento.

(BRASIL,2019, não paginado)

Consequentemente, nota-se que, em caso de RPV, não se aplica a regra do parágrafo 7º do art. 85, considerando que o mesmo nada dispõe acerca dos valores que serão pagos via RPV. Diante dessa omissão do legislador, no tocante a vedação de sucumbência em processo execução contra a Fazenda Pública por RPV, é correto afirmar que deverá haver condenação em honorários sucumbenciais, em caso de precatório apenas quando a execução for impugnada pela Fazenda Pública, porém na RPV a sucumbência é do advogado, tenha a Fazenda Pública impugnado ou não, diante do fato da execução ser realizada através do procedimento de pagamento de quantia que se enquadre como Requisição de Pequeno Valor o qual não suporta pelo Código de Processo Civil vigente vedação ao pagamento destas verbas, mesmo que figure como executada a Fazenda Pública.

Que o Novo Código de Processo Civil no bojo de seu artigo 85, caput assegura a sucumbência ao patrono do vencedor já é sabido, todavia o CPC apresenta no §10 do referido artigo o princípio da causalidade, expressando que nos casos de extinção do processo por perda do objeto do processo, os honorários de sucumbência serão devidos

a parte autora, mas sim por aquele que deu causa ao processo, *in verbis*: “Art. 85 [...] §10 Nos casos de perda do objeto do processo, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo” (BRASIL, [2021], não paginado).

Nesse sentido vejamos o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito das características de tal princípio, a saber:

Pelo Princípio da Causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isso porque, às vezes, o Princípio da Sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. (NERY JUNIOR; NERY, 2019. p. 472)

Trazendo para o contexto das RPV's, os professores Guilherme Pupe Nobrega e Jorge Amaury Maia Nunes trazem entendimento coeso no tocante a aplicabilidade do princípio da causalidade nas requisições de pequeno que, por consequência, geram numerários advocatícios, diferentemente do que ocorre nos precatórios:

Diversamente, créditos definidos como de pequeno valor foram postos a salvo do regime de precatórios, na forma do artigo 100, § 3º, da Constituição - com redação inicialmente dada pela EC 20/98 e posteriormente alterada pela EC 62/09 -, e poderiam ser pagos espontaneamente, de sorte que a cobrança forçada pelo exequente derivaria de resistência injustificada da Fazenda, fazendo-se presente a causalidade ensejadora de honorários, independentemente do aviamento de embargos. (NOBREGA; NUNES, 2021, não paginado)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF/3) ao abordar o tema em debate, em sede de análise a agravo de instrumento, invocou o princípio da causalidade como um dos fundamentos para a fixação de honorários sucumbenciais, leia-se:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 519 DO STJ. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ART 85 DO CPC. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE OS CÁLCULOS HOMOLOGADOS E AQUELES APONTADOS COMO DEVIDOS. - Decisão agravada que determinou a intimação do INSS para, no prazo de 30 dias, impugnar a execução, nos termos do art. 535, do CPC, sob pena de expedição de precatório/RPV, fixando, outrossim, os honorários da fase de cumprimento de sentença, em 10% sobre o valor do débito. - A Súmula 519 do STJ é anterior à entrada em vigor

do Novo Código de Processo Civil, que, em seu art. 85, §1º, do CPC, expressamente prevê a obrigatoriedade de condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença. - Em atenção ao princípio da causalidade, bem como ao disposto na legislação processual em referência, prospera a condenação do vencido ao ônus de sucumbência, eis que a exequente precisou recorrer aos serviços de seu patrono para obter o reconhecimento dos valores que pretende executar, sobretudo diante da resistência oferecida pela impugnante - Os honorários de sucumbência fixados no cumprimento de sentença devem observar as regras previstas no CPC em vigor. - Agravo parcialmente provido para reformar em parte a decisão agravada, na parte em que fixa a condenação em honorários sobre o débito e determinar que a condenação em honorários advocatícios tenha por base de cálculo a diferença entre o valor apresentado como devido pelo INSS e o valor fixado na condenação. - Agravo de instrumento parcialmente provido. (BRASIL, 2021, não paginado)

Elucida-se então a questão, tendo como fundamentação para a fixação dos honorários nas execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública nas requisições de pequeno valor, o fato de nesse procedimento a Fazenda ter a faculdade de adimplir o crédito sem que seja imposta a execução e por consequência se a mesma queda-se inerte no tocante a esse adimplemento surge a necessidade da parte autora recorrer ao causídico para propor ação executória (cumprimento de sentença com oferecimento de cálculos), onde surge a causalidade que resulta o cabimento da fixação das verbas honorarias visto que nesse caso podia a Fazenda Pública pagar seu credor espontaneamente (apresentar cálculos e pedir expedição de RPV) e não o fez.

## 5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

Ao iniciar o trabalho de pesquisa notou-se que havia divergências no tocante as decisões dos juízos de primeiro grau e dos tribunais quanto a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais em execuções contra a Fazenda Pública de montante que se enquadra como Requisições de Pequeno Valor, por isso a presente pesquisa mostrou-se importante, para esclarecer as motivações de tais decisões e quando estas estariam corretas ou em desacordo com o ordenamento jurídico vigente.

Diante disso a pesquisa teve como objetivo geral verificar o embasamento legal sob os quais os juízos e tribunais se apoiam para proferir as decisões denegatórias dos honorários sucumbenciais e constatar se de fato tais fundamentações caberiam ou não na

hipótese concreta objeto de tema da pesquisa em tela. Dessa forma constatou-se que o objetivo geral foi atendido porque efetivamente o trabalho conseguiu verificar que salvo nas restritas hipóteses de exceções arroladas na pesquisa, em regra os honorários sucumbenciais devidos ao advogado nas execuções que tramitam por meio de RPV's, ainda que a Fazenda Pública não tenha embargado tal execução.

O objetivo específico inicial era o esclarecer as principais diferenças legais entre os procedimentos de pagamento utilizados pela Fazenda Pública quando esta se encontra no polo passivo de execuções por quantia certa, objetivo este que foi alcançado uma vez que restou demonstrado os principais pontos entre as Requisições de Pequeno Valor e os Precatórios.

O segundo objetivo específico era atestar quando e em qual instrumento de pagamento utilizado pela Fazenda Pública incidiriam os honorários sucumbenciais em favor do patrono da parte vencedora da demanda, este objetivo também fora alcançado ao passo que a presente pesquisa demonstrou a hipótese de cabimento dessa verba quando o meio de pagamento for a RPV.

Já o terceiro objetivo específico era a análise do fundamento jurisprudencial das hipóteses que legalmente são passíveis de denegação das verbas sucumbenciais mesmo quando se trata de execuções de valores que se enquadram como RPV's além da análise também da hipótese de cabimento de sucumbência nos precatórios, esse objetivo foi atingido tendo em vista que o trabalho abordou as principais hipóteses legais mais comuns utilizadas pelos juízos e tribunais de forma acertada como fundamento para denegar honorários sucumbenciais, mesmo se tratando de execução por RPV e também a explanação de forma sucinta da hipótese de vedação desse pagamento no caso dos Precatórios.

A problemática trazida como foco principal da pesquisa em tela pautou-se no questionamento se os juízes e tribunais deveriam ou não fixar honorários ao advogado da parte vencedora ainda que em face da Fazenda Pública, questionamento este que fora respondido por meio das demonstrações das hipóteses de cabimento dessas verbas e de suas restritas exceções de pagamento.

Essa hipótese foi confirmada pela demonstração da constitucionalidade do art. 1º-d da lei nº 9.494/97 e da inaplicabilidade dessa regra quanto à fixação de honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de crédito de RPV, visto que o STF decidiu que mesmo o referido artigo sendo constitucional o mesmo não é aplicável tão somente aos precatórios e não as RPV's com observância do princípio da causalidade. Ficou demonstrado também, que a fixação de honorários de sucumbência no cumprimento de sentença que geram RPV'S é devida em observância do art. 85, § 3º DO CPC e do art. 85, § 7º do CPC; através da interpretação sistemática e teleológica dessas normas



conjuntamente com a observância do princípio da causalidade, restando demonstrada a confirmação da hipótese.

Para realização deste trabalho foi utilizada a metodologia jurídica, com método dedutivo, a qual buscou validação por meio técnico de coleta de dados com foco na exploração documental da legislação e jurisprudência além da pesquisa bibliográfica feita na doutrina e de uma análise qualitativa destes dados.

Diante da metodologia proposta percebeu-se que o trabalho poderia ter sido realizado com uma pesquisa mais ampla na doutrina e jurisprudência, a fim de analisar mais vertentes discursivas que poderiam possibilitar novos entendimentos acerca do tema, mas por uma limitação de tempo e de escassez de conteúdo referente ao tema, visto que se trata de uma problemática muito específica e pouco abordada em artigos científicos, revistas jurídicas e afins. Devido isso, o trabalho concentrou-se prioritariamente na resolução da hipótese, não dando muito enfoque aos possíveis questionamentos doutrinários com relação a interpretações diferentes do tema.

Por fim, recomenda-se o estudo da doutrina pertinente ao referido trabalho, uma vez que existem discussões se o mérito da presente pesquisa é constitucional ou não e se a devem ou não ser fixados honorários sucumbenciais nas RPV's e nos precatórios ou se Fazenda seria isenta de pagamento de honorários em ambas as hipóteses, mesmo existindo entendimento da Suprema Corte do Brasil no sentido que sim, são devidos os honorários advocatícios sucumbenciais nas hipóteses abordadas nesta pesquisa. Como é de conhecimento geral o direito está em constante evolução e conseqüentemente em contínuo debate doutrinário, o qual segue inúmeras vertentes diferentes. Com o presente tema não poderia ser diferente, portanto, ele pode ser objeto de mudança posterior de acordo com o desenvolvimento social, principiológico e normativo que norteiam nossa sociedade e estão em constante mutação.

## **REFERÊNCIAS[MBB2] BIBLIOGRÁFICAS**

ALVARENGA, Matheus. **RPV e precatório: entenda diferenças quando são pagos**. Precato. Disponível em: <https://precato.com.br/rpv-precatorio-diferencas-pagamento/>. Acesso em: 07 de outubro de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF 4 julho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. STF - **RE: 420816 PR**, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/09/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740732/recurso-extraordinario-re-420816-pr>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 27 de outubro de 2021.

BRASIL. STJ - **REsp: 1406296 RS 2013/0326790-4**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/02/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/03/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24999394/recurso-especial-resp-1406296-rs-2013-0326790-4-stj/inteiro-teor-24999395>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

BRASIL. TRF4, **AG 5020714-77.2019.4.04.0000**, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 28/10/2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738326065/agravo-de-instrumento-ag-50207147720194040000-5020714-7720194040000>. Acesso em 14 de outubro de 2021.

BRASIL. STJ - **REsp: 1532486 SC 2015/0107173-0**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 09/06/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/08/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863989498/recurso-especial-resp-1532486-sc-2015-0107173-0>. Acesso em: 14 de outubro de 2021.

BRASIL. STJ - **AgInt nos EDcl no REsp: 1870490 RS 2019/0087782-8**, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 07/12/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206279817/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1870490-rs-2019-0087782-8/inteiro-teor-1206279827>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

BRASIL. STJ - **Resp: 1548485 RS 2015/0200039-3**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 20/02/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562922725/recurso-especial-resp-1548485-rs-2015-0200039-3/certidao-de-julgamento-562922749>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

BRASIL. STJ - **AgInt no AREsp: 1461383 PR 2019/0060882-2**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/09/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859828421/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-1461383-pr-2019-0060882-2/inteiro-teor-859828431?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

BRASIL. TRF04 - AG - **AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5008906-75.2019.4.04.0000**, Relator: ARTUR CÉSAR DE SOUZA, Data de Publicação: 27/06/2019. Disponível em: <https://previdenciaria.com/blog/honorarios-no-cumprimento-de-sentenca-contra-a-fazenda-publica/>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

BRASIL. TRF03 - AI - **AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5002168-30.2021.4.03.0000**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ DE LIMA STEFANINI, Data de Publicação: 02/06/2021. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/160541431>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia Jurídica. Ética das Profissões Jurídicas**. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2002, p. 207.

FERREIRA, Adriano. **Métodos e tipos de Interpretação**. Direito. Legal. Disponível em: <https://direito.legal/interpretacao-e-alicacao/51-metodos-e-tipos-de-interpretacao/>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica**. São Paulo (SP): Saraiva, 1996, p. 68.

MOREIRA, Vanessa. **A aplicação do princípio da efetividade nas execuções contra a união à luz do novo Código de Processo Civil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-aplicacao-do-principio-da-efetividade-nas-execucoes-contr-a-uniao-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação em Vigor**. 16ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 472.

NOGUEIRA JUNIOR, Alberto. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios e a Resolução nº 559/2007 do Conselho da Justiça Federal**. Jus.com.br. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10552/a-natureza-alimentar-dos-honorarios-advocaticios-e-a-resolucao-n-559-2007-do-conselho-da-justica-federal/2>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

NÓBREGA, Guilherme e NUNES, Jorge. **Breve incursão nos honorários advocatícios sucumbenciais e segunda parte do overruling ope legis (a superação da jurisprudência pelo CPC/15)**. Migalhas. Disponível <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/230123/breve-incursao-nos-honorarios-advocaticios-sucumbenciais-e-segunda-parte--do-overruling-ope-legis--a-superacao-da-jurisprudencia-pelo-cpc-15> Acesso em: 13 outubro de 2021.

## APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL MILITAR

**DANTESKAN SERRA SOARES:** Graduou-se em Direito pela Centro Universitário Una. É pós-graduando em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Major da Polícia Militar de Minas Gerais, tem especialização em segurança pública pela fundação Guimarães Rosa<sup>7</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva a discussão da aplicabilidade do Princípio da Insignificância no crime de furto previsto no Art. 240, do Código Penal Militar. Não se pretende com esse estudo esgotarmos o assunto, a literatura é escassa, o tema é controverso e até certo ponto polêmico, por se tratar em determinados casos, de colisão de princípios. O posicionamento do STF ainda é divergente nesse sentido. Nas turmas do STF, há precedentes favoráveis e contrários no que diz respeito aos julgamentos dos casos em concreto sobre a aplicação do Princípio da insignificância no crime de furto na seara militar. A proposta do estudo é responder a seguinte indagação: é possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de furto previsto no artigo 240 do CPM?

**Palavras-chave:** princípio, insignificância, direito penal, militar, furto.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the applicability of the principle of insignificance in the crime of theft provided for in article 240 of the Military Penal Code. This study does not intend to exhaust the subject, the subject is scarce, controversial and to some extent controversial, as it is, in certain cases, a collision of principles. The STF position is still divergent in this regard. In the STF groups, there are favorable and contrary precedents with regard to the judgment of specific cases on the application of the principle of insignificance in the crime of theft. The purpose of the study is to answer the following question: is it possible to apply the principle of insignificance to the crime of theft provided for in article 240 of the CPM?

**Keywords:** *principle, insignificance, criminal law, military, theft*

**Sumário:** Introdução. 1. Natureza Jurídica do Princípio da insignificância no Direito Penal. 1.1 Do conceito do Princípio da Insignificância, Princípios x Regras 2. Princípios norteadores basilares do princípio da insignificância. 2.1 Do Princípio da Intervenção Mínima 2.2 Do Princípio da Subsidiariedade 2.3 Do Princípio da Fragmentariedade 2.4 Do Princípio da Dignidade Humana 3. A Tipicidade Penal e o Princípio da insignificância. 4. O furto

---

<sup>7</sup> E-mail: danteskan15@gmail.com

praticado por autor militar 4.1 A definição de Crime Militar 4.2 O furto no Código Penal Militar 5. A jurisprudência dos tribunais superiores e o Princípio da Insignificância 6. Princípio da insignificância aplicado ao crime de furto do código penal militar 7. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo analisar o Princípio da Insignificância aplicado ao crime de furto na legislação penal militar. Tal crime é citado no Código Penal Militar (CPM) (Decreto Lei nº1001, de 21 de outubro de 1969) disciplina *in verbis* no art.240 "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel".

Observa-se que nas diversas áreas do Direito sejam elas, civil, administrativo, tributário, penal, dentre outras áreas, atuam de forma a proteger um bem tutelado. Essa proteção é amparada por lei, e encontra-se vinculada sob um ordenamento jurídico previsto na Constituição Federal de 1988.

Os princípios penais constitucionais integram a base jurídica do ordenamento jurídico-penal, e têm como finalidade precípua, a garantia de direitos fundamentais, exteriorizados pelo poder punitivo do Estado.

O Direito Penal é considerado a "*ultima ratio*", a última razão, o último recurso. Significa dizer que a legislação penal deve atingir os bens tutelados que não foram alcançados por outras áreas do Direito, como forma subsidiária de proteger os bens essenciais. Daí a abordagem do estudo sobre o Princípio da Insignificância que visa afastar as condutas típicas que não sejam relevantes ao Direito Penal, e que por este motivo não merecem uma adequação ao modelo legal punitivo.

Dessa forma, o Princípio da Insignificância será abordado como causa supralegal de excludente de tipicidade. O referido princípio é fundamentado por outros princípios do Direito Penal, como o da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e a da dignidade humana.

O estudo objetivou compreender a legislação especial do Código Penal Militar, a doutrina e a jurisprudência sob a ótica de apontar teses que poderiam ser aprofundadas para o debate no sentido de aplicabilidade do Princípio da Insignificância ao crime de furto previsto no Art. 240 do código penal militar.

A pesquisa será de natureza qualitativa, quanto aos objetivos exploratória, e com relação ao procedimento de coleta, a bibliográfica.

## **1. NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL**

Para a compreensão do tema do estudo, têm-se como critério a seleção de obras contemporâneas no sentido de realizar um debate sobre a questão e apresentar um enfoque atual sobre o tema. Por isso, inicialmente, seleciona-se para o embasamento teórico as obras de Gomes (2005), Pamplona (2008), Souza Nucci (2017), Reale (2006) e Almeida (2013).

### **1.1 Do conceito do Princípio da insignificância, Princípios x Regras**

O conceito do Princípio da Insignificância foi previsto por Claus Roxin em 1964, cujo intuito era afastar das figuras típicas penais, àquelas que ensejassem em insignificante ofensa ao bem jurídico.

No Brasil, o referido princípio foi empregado em 1988, em uma condenação de lesão corporal, cujo resultado do julgamento teria acarretado inexpressividade da lesão (BRASIL. STF. RHC 66.869/PR. Relator: Min Aldir Passarinho. Brasília, 06.12.88)

Também considerado um princípio jurídico-penal implícito, tem o respaldo constitucional, como cláusula de reserva, do texto constitucional prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Antes de adentrar ao tema da pesquisa sobre o princípio da Insignificância aplicado ao crime de furto previsto no Art. 240 Código Penal Militar ( CPM) é importante conceituar a definição de princípios e regras dentro do ordenamento jurídico.

O Direito é exteriorizado por meio das normas que são constituídas das regras e princípios. Deste modo, afirma GOMES (2005):

[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy),



sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Portanto, convém destacar que na colisão de princípios haverá um prevalente entre os princípios em conflito, devendo-se adotar no caso em concreto um juízo de ponderação, não há uma exclusão, como ocorre no conflito entre regras.

Isto posto, percebe-se que há uma distinção de princípio versus regras para a aplicação do Direito. No princípio, há uma abrangência maior do que as regras, que implicitamente detêm um caráter de obrigatoriedade e normatividade. Segundo Reale, citado por Almeida (2013):

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Logo, o contexto histórico do Princípio da Insignificância remonta ao direito romano, segundo o doutrinador Diomar Ackel Filho, com a máxima *minimis non curar praetor, ou seja*, o pretor não cuida de coisas pequenas. (PERISSOLI, 2015).

Introduzido por Claus Roxin no Direito Penal, embora não tendo previsão normativa, a doutrina entende que o Princípio da Insignificância procura afastar a tipicidade de condutas consideradas irrelevantes, e que por este motivo não merecem um enquadramento legal punitivo.

## **2. PRINCÍPIOS NORTEADORES BASILARES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Dentre os princípios que se adequam como basilares do Princípio da Insignificância para a efetivação do direito penal em um Estado Democrático de Direito, destacamos o princípio da Intervenção Mínima, o da Subsidiariedade, o da Fragmentariedade e o da Dignidade Humana, aplicados pela jurisprudência e doutrina para a caracterização do Princípio da Insignificância.

### **2.1 Do Princípio da Intervenção Mínima**

O princípio da intervenção mínima consiste em dizer que o Direito Penal em sua aplicação só poderá atuar quando as outras ramificações do direito se tornarem insuficientes, razão pela qual é o instituto penal chamado a última *“ratio”*.

**Corroborar nesse sentido Nucci, conforme citado por Andraus (2014):**

[...] A lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade, e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. O direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende por outra solução não pode haver senão a criação da lei penal incriminadora, impondo sanção ao infrator (ANDRAUS, 2014).

## 2.2 Do Princípio da Subsidiariedade

Conforme afirma Pamplona, citado por Ervilha Júnior (2014), explícita a natureza subsidiária do direito penal:

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (...) conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar (ERVILHA JUNIOR, 2014).

Dessa maneira, se revela o princípio da subsidiariedade do direito penal. Por ser a liberdade um bem tutelado prevalente sobre outros pretensos direitos de natureza cível, só pode valer-se desse ramo jurídico quando outros meios menos lesivos não bastarem à tutela dos bens jurídicos.

## 2.3 Do Princípio da Fragmentariedade

Correlato ao princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade rege que mesmo na esfera penal, somente pode recorrer a punição estatal quando os bens jurídicos tutelados, ou seja, os bens protegidos pela lei, foram ofendidos de forma gravosa. Não importa ao direito penal, a atuação em ofensas que de fato não são relevantes. Daí se abstrai o seu caráter fragmentário.

É o que afirma Bittencourt (2014), ao dizer que: "o direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário [...]".

## 2.4 Princípio da Dignidade Humana

É a dignidade da pessoa humana, o pilar para a concretude dos demais princípios relacionados ao da Insignificância previsto na constituição como cláusula pétrea, ou seja, direitos que não podem ser suprimidos. Alicerçados nas ideias iluministas, arcabouço da declaração universal dos direitos humanos de 1948. A aplicação prática do Princípio da Insignificância, perpassa os fundamentos da pessoa humana, como sujeito de direitos e constitui como essência dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

### 3. A Tipicidade Penal e o Princípio da Insignificância

Existem várias teorias sobre o crime, e uma delas refere-se ao seu conceito analítico. Esta visão tripartida do crime, somente existiria quando estivessem presentes seus três elementos fundamentais: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017, p.76):

*analítico*: é a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade). Justamente quanto ao conceito analítico é que se podem encontrar as maiores divergências doutrinárias. Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um *fato típico e antijurídico*, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (RENÉ ARIEL DOTTI, DAMÁSIO DE JESUS, JULIO FABBRINI MIRABETE, CELSO DELMANTO, FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS, entre outros); b) um *fato típico, antijurídico, culpável e punível* (BASILEU GARCIA, MUÑOZ CONDE, HASSEMER, BATTAGLINI, JIMENEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA, GIMBERNAT ORDEIG, GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI, entre outros); c) um *fato típico e culpável*, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (MIGUEL REALE JÚNIOR [...] (SOUZA NUCCI, 2017).

O fato típico por sua vez é composto pelos requisitos: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

Destarte, o Princípio da Insignificância constitui uma excludente do fato típico, na esfera da tipicidade. Neste sentido, Rogério Greco apud Severian Koniuchowicz afirma:

A tipicidade penal seria a resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade + atividades não fomentadas + tipicidade material). Elaborando um raciocínio lógico, chegaríamos à seguinte conclusão: se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; por conseguinte, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há o fato típico, não haverá crime (GRECO, 2013).

Neste contexto, a tipicidade formal seria a adequação da conduta à norma incriminadora. Já a concepção material da tipicidade, é considerada efetivamente à lesão ao bem jurídico tutelado. Isto posto, a natureza jurídica- penal da Insignificância é a exclusão da tipicidade material.

À vista disso, à luz do STF, o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, pois em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material (BRASIL. STF. HC 92.493/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16/10/2007).

Assim sendo, não obstante o fato típico, afastada a tipicidade material, é considerada atípica a conduta, se houver irrisória lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Por conseguinte, não há justa causa para abertura de inquérito penal ou processo, podendo tais discussões serem objeto de Habeas Corpus para eventual trancamento do Inquérito ou Processo.

#### **4. O furto praticado por autor militar**

O termo militar está amparado pelo artigo 144 da CF, compreendendo os integrantes das forças armadas:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (BRASIL, 1988).

É oportuno ressaltar que são também considerados militares, os integrantes das Polícias Militares, conforme previsão no Art. 42 da CF: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. ”

#### **4.1 A DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR**

Os crimes militares são os que estão tipificados no decreto- lei Nr 1.001, de 21 de Outubro de 1969. No artigo 9º, há a definição dos crimes militares em tempo de paz.

O crime militar, subdividem-se em crimes militares próprios e impróprios. Os próprios são aqueles que podem ser praticados apenas por militares, previstos exclusivamente no Código Penal Militar, excetuando o crime de insubmissão previsto no artigo 183 do CPM em que o agente é obrigatoriamente civil.

Já os crimes militares impróprios são aqueles cujas incidências podem ser aduzidas no código penal militar ou no código penal comum e podem ser praticados por militares ou civis.

#### **4.2 O furto no Código Penal Militar ( CPM ) :**

O furto no CPM tem a previsão contida no art. 240 do referido diploma “ Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, até seis anos.” No parágrafo § 1º, traz a previsão do furto atenuado mediante condições de primariedade, e sendo de pequeno valor a coisa furtada.

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. § 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal. ( BRASIL,1940).

#### **5. A jurisprudência dos tribunais superiores e o Princípio da Insignificância**

O tema da pesquisa encontra-se revestido de embasamento jurídico, pois as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, vêm entendendo que o princípio da Insignificância seria aplicável em sede de crimes militares.

Ao relatar o recurso de *Habeas Corpus* n. 89.624-3/RS, a Ministra Carmen Lúcia (STF), decidiu em não dar provimento a uma propositura de ação penal militar de furto reconhecendo a incidência do Princípio da Insignificância.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da Insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há que subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido.

Ao corroborar com os requisitos do Princípio da Insignificância, outro Habeas Corpus, o de Nr 145.406 , cujo relator foi o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, afirma que é essencial a existência de vetores para a incidência do princípio da Insignificância, cuja constatação mostra-se essencial à *descaracterização material* da tipicidade penal da conduta imputada ao agente, de tal maneira que a ausência *de qualquer* desses vetores *tornará inaplicável* o postulado da Insignificância.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL– O princípio da Insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação



teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (HC 145.506).

De forma geral, a suprema corte indica 04 (quatro) características para a aferição do referido princípio:

- a) Mínima ofensividade da conduta do agente,
- b) Nenhuma periculosidade social da ação
- c) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento
- d) Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ao contrário, nos julgados onde se constatou a habitualidade delitiva, o furto qualificado, os crimes de drogas e a reincidência específica foram circunstâncias judiciais que ensejaram a inaplicabilidade do Princípio da Insignificância.

## **6. O Princípio da Insignificância aplicado ao crime de furto do Código Penal Militar**

Segundo narra o histórico de uma ocorrência policial, conforme reportagem abaixo , em um quartel da PMMG, um policial militar foi preso por ter bebido refrigerante de um colega. A conduta resultou em sua prisão pelo crime de furto.

Um policial militar foi preso após beber o refrigerante de uma colega de trabalho na 9ª Região Integrada de Segurança Pública, em Uberlândia. Segundo a Polícia Militar, a vítima chegou para trabalhar e guardou a bebida na geladeira da cozinha de uso comum. Ela almoçou, tomou o refrigerante e o que restou deixou para tomar mais tarde com um lanche que havia levado. Quando retornou para o horário de lanche, alguém havia bebido o refrigerante e jogado a embalagem no lixo. Ela, então, avisou ao superior responsável pelo videomonitoramento da unidade. O policial foi questionado pelos superiores e ele informou que sempre deixa comidas e bebidas também na geladeira e nunca se importou de que outros bebessem. Disse ainda que antes de folgar na quinta e sexta, deixou um refrigerante igual ao da colega na geladeira e que acredita ter tomado o da vítima achando que seria o dele. Ao militar foi dada a ordem de prisão em flagrante delito. Os fatos foram apurados e confirmados por uma câmera de monitoramento instalada na cozinha. ( Estado de Minas, 2018)

Conforme explicitado na ocorrência acima que resultou na prisão do policial militar, poderia no caso concreto, ter sido aplicado o princípio da Insignificância?

O que se percebe, é que cada fato ensejará uma análise ao caso concreto, e a questão ainda é controversa junto aos tribunais superiores.

É o que afirma a ementa:

EM SE TRATANDO DE CRIME DE FURTO, A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DEVE SER CASUÍSTICA, INCUMBINDO AO JUÍZO DE ORIGEM AVALIAR, NO CASO CONCRETO, A MELHOR FORMA DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, EXAMINANDO A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ARTIGO 155, & 2º, DO CÓDIGO PENAL, OU DO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA BAGATELA ( HC 123.734) . ( BRASIL. STF. HC 119844 AgR/G. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 29.06.2018) .

No caso acima descrito, embora de pequeno valor o bem, não ensejou na insignificância, pois afrontou os pilares da disciplina inerente à atividade policial militar. Portanto, o crime ocorrido no interior do aquartelamento, foi considerado como alto grau de reprovabilidade, contrariando um dos vetores elencados pelo STF para a incidência do Princípio da Insignificância.

Ementa: Furto de celular de militar por colega no interior do alojamento de batalhão.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. O elevado grau de reprovabilidade de conduta criminoso praticada por militar no interior de organização militar impede a aplicação do princípio da insignificância. (BRASIL. STF. HC 135674/PE. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27.09.16)

Peculato-furto de gêneros alimentícios, avaliados em R\$215,22, dentro de unidade de organização militar: aplicabilidade do princípio da insignificância.

CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ÚLTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE

ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. [...] O Supremo Tribunal admite a aplicação dos Princípios da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes. (BRASIL. STF.HC 108168/PE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13.05.14).

É importante destacar que os pilares das instituições militares são a hierarquia e a disciplina. Esses fundamentos são o que permeiam a ética, a moral e a vida castrense que são levados em consideração quando do julgamento do delito.

É entendimento ainda não expressamente consolidado na Jurisprudência, que para o crime de furto aplicado no interior das Organizações Militares Estaduais, não se aplica o Princípio da Insignificância.

### **6.1 o furto atenuado no CPM:**

Por outro lado, há condutas que podem incidir na aplicação do Princípio da Insignificância, conforme previsão legal no Art. 240, &1 do CPM:

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário-mínimo do país.

É o que corrobora o julgado do STF:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna

atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há que se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido". (RHC 89624 RS, Min Cármen Lúcia, julgado em 09 Out 06).

Dessa maneira, se o magistrado entende que a infração pode ser considerada como disciplinar, incidirá na atuação do Princípio da Fragmentariedade, ou seja, outros ramos do direito, no caso o administrativo irá adotar as providências decorrentes daquela conduta. Não obstante, em termos penais, a conduta será considerada atípica, caracterizando assim no Princípio da Insignificância.

Neste sentido, dentro de uma interpretação normativa, os crimes de furto ocorridos fora do ambiente castrense, cujas características incidam na :

- a) Mínima ofensividade da conduta do agente,
- b) Nenhuma periculosidade social da ação
- c) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento
- d) Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim sendo, devem ser submetidos sob a apreciação do Princípio da Insignificância, pois ainda que haja a incidência do referido princípio, não significa que ocorrerá a impunidade da conduta, pois atendendo ao princípio da fragmentariedade, a conduta será considerada atípica para o Direito Penal, contudo subsistirá a infração disciplinar norteadas por outro ramo do Direito, nesse caso, o Direito Administrativo.

## **CONCLUSÃO**

O princípio da insignificância tem os seus fundamentos alicerçados em princípios constitucionais, dentre os quais destacamos, o princípio da dignidade humana.

A proposta do artigo era responder a seguinte indagação: se era possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de furto previsto no Art. 240 do Código Penal Militar.

O militar é um ser sujeito de direitos e deveres perante a sociedade, que não obstante cumprir um juramento de defesa da Pátria ou da sociedade, não se pode imaginar em pleno Estado de Direito, o desrespeito a sua dignidade humana.

Todos devemos ser iguais perante a lei, essa é uma premissa constitucional que não pode ser ignorada. Neste sentido, ao militar no cometimento do crime de furto também deve ser aplicada a incidência do Princípio da Insignificância.

Embora a aplicabilidade do princípio da insignificância na seara militar junto aos tribunais superiores ainda seja controversa, tem sido pacífico o entendimento de que o crime cometido no interior do aquartelamento enseja em elevado grau de reprovabilidade. Destarte, posto que viola um dos requisitos analisados pela suprema corte, enseja a inaplicabilidade do referido instituto.

Contudo, os delitos de furtos que forem cometidos extramuros, ou seja, fora do ambiente castrense, que tiverem os requisitos previstos pela jurisprudência do STF, devem ser aplicados atendidos ao requisitos do princípio da insignificância.

Isso não significa dizer que a conduta cometida pelo militar não terá consequências. É possível que na esfera militar haja a atipicidade da conduta em razão da aplicabilidade do princípio da insignificância, tendo-se em vista que o direito penal é a última "*ratio*". Porém, atendendo ao princípio da fragmentariedade, na esfera administrativa, a conduta será apurada através de procedimento disciplinar que poderá acarretar até a demissão do militar das fileiras da corporação.

Assim sendo, atendendo aos requisitos elencados pelo STF, há a possibilidade de incidência do Princípio da Insignificância no crime de furto, desde que avaliado o caso em concreto, e não ofendam aos pilares da hierarquia e da disciplina.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Larissa de Moura Guerra. **Princípios e Valores: breves e relevantes considerações sobre a influência do pensamento filosófico no desenvolvimento da ciência jurídica**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/principios-e-valores-breves-e-relevantes-consideracoes-sobre-a-influencia-do-pensamento-filosofico-no-desenvolvimento-da-ciencia-juridica/>. Acesso em: 07 set. 2021.

ANDRAUS, Daniel Bombarda. **A decisão judicial em face da violação aos princípios constitucionais penais pelo crime previsto no artigo 273, do Código Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4042, 26 jul. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30496>. Acesso em: 7 set. 2021.

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

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2014, v.1, p.55, do livro de Napoleão Bernardes.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Militar**. decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

PERISSOLI, Diogo de Oliveira. **Análise detalhada do princípio da Insignificância**. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-detalhada-do-principios-da-insignificancia/>. Acesso em: 07 set. 2021.

ERVILHA JÚNIOR, José Davi. **O princípio da insignificância no Direito Penal e os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para sua aplicação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3942, 17 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27541>. Acesso em: 7 set. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, **Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios> >. Acesso em: 07Set2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral.15.ed. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2013.

KONIUCHOWICZ, Severian. **O princípio da Insignificância no direito penal militar**. Curitiba. 2013, p.30.

NEGRISOLI, Lucas. **PM é preso por furto porque bebeu refrigerante de colega no batalhão**. 2018. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/07/26/interna\\_gerais,975905/pm-e-preso-por-furto-porque-bebeu-refrigerante-de-colega-no-batalhao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/07/26/interna_gerais,975905/pm-e-preso-por-furto-porque-bebeu-refrigerante-de-colega-no-batalhao.shtml). Acesso em: 28 set. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**, 17ª Edição. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS E A RELAÇÃO COM CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA CONCESSÃO DE CRÉDITO**

**GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA PIERRE:**

Graduado do Curso de Direito do Centro  
Universitário do Norte<sup>8</sup>.

**RESUMO:** Diante da necessidade de o Estado intervir e regular as relações de consumo, surgiram os direitos do consumidor e sua defesa, pois, com o crescimento populacional, o desenvolvimento do capitalismo e a revolução industrial, a produção aumentou substancialmente, o que também requer mais agilidade para atender a demanda e, finalmente, e se concentrar nas características quantitativas da produção. O sistema bancário é responsável por quase todas as atividades financeiras do país, de vários tipos de financiamento, que se realizam através da movimentação dos montantes, pelo que desempenha um papel relacionado nos fluxos de capitais e é propício ao desenvolvimento econômico do país. A responsabilidade civil reside na noção de reparação em que surge a organização de indenizar os danos morais ou patrimoniais causados pela conduta ilícita do agente, pelo comportamento do seu responsável, pelos fatos das coisas ou animais sob sua custódia, ou ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil passou por várias revisões até chegar ao conceito atual usado pelos aplicadores do direito e trazer números de indenização se a outra parte foi a culpada ou a intenção. No entanto, considerando que a ocorrência deste problema pode ser causada pelos próprios cidadãos, nem todos os casos em que os cidadãos sofram algum tipo de lesão necessitam de indenização.

**PALAVRAS-CHAVES:** Responsabilidade Civil, Defesa do Consumidor, Sistema Bancário.

### 1. INTRODUÇÃO

O âmbito das instituições de responsabilidade civil é muito amplo, abrangendo qualquer situação de fato decorrente da relação mútua entre os sujeitos jurídicos no atual panorama. A complexidade do mundo moderno confere-lhe uma dimensão especial e única. Inserida no domínio da responsabilidade civil, a responsabilidade bancária apresenta algumas particularidades, que com a transferência de capitais, a procura do crédito, a aplicação de títulos, a procura da segurança e a proteção da segurança monetária, têm-se tornado cada vez mais proeminentes.

Nenhuma classe social resolve esta questão, recolhendo suas economias ou levantando capitais. A vida moderna, seja para empresas, seja para pessoas físicas, não

---

<sup>8</sup> E-mail: gustavo.pierre@icloud.com

abandonará o uso de serviços bancários, mas estudará as práticas contratuais que surgem quando essas relações jurídicas se desenvolvem entre a organização prestadora e seus consumidores. Todas essas operações bancárias podem ser consideradas como contratos, porque existe um acordo entre as duas partes que cria obrigações (GONÇALVES, 2017). Nesse caso, as diversas atividades que os bancos oferecem à comunidade ampliaram o escopo de atuação dessas instituições (PIVA, 2017).

Segundo Cavalieri Filho (2012) deve-se notar que a responsabilidade civil das instituições bancárias tem sido tratada de forma mais rigorosa e implacável devido ao uso de recursos financeiros de terceiros e contratos adicionais com seus termos estipulados, porque a posição da pessoa jurídica é sempre mais forte e dominante. Dessa forma temos a seguinte problemática: Qual a relação da responsabilidade civil das instituições financeiras com o Código de Defesa do Consumidor?

Esta pesquisa justificativa-se, devido à relação entre bancos e clientes e a responsabilidade civil das instituições financeiras pela sua atividade consumerista, a investigar os riscos de algumas dessas atividades de maneira a defini-los dentro dos parâmetros da responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva.

Cada vez mais, a intenção de explorar a situação de forma injusta é vista nas relações contratuais. O direito como instrumento de apaziguamento da sociedade parece como mecanismo de resolução de conflito no atual momento da sociedade. Dessa maneira, foram criadas há algum tempo condições no ordenamento jurídico para evitar situações contratuais desarrazoadas e turbulentas, como a que presencia-se no mundo jurídico a cada dia, formulando prazos e teorias para maior contratualização[1] segurança legal (NUNES, 2017).

Portanto, embora as regras estabelecidas pelo Código Civil (CC) e pela própria legislação bancária sejam a responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras, a base legal para a aplicação dessa responsabilidade pode variar em função da concepção do intérprete. Agora as responsabilidades das atividades bancárias de responsabilidade de acordo com a doutrina e jurisprudência, às vezes com base na CC, às vezes com base CDC.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a responsabilidade civil dos bancos e a relação com Código de Defesa do Consumidor na concessão de crédito. Os objetivos específicos traçados são: apresentar os aspectos doutrinários sobre a responsabilidade civil, demonstrar as características essenciais do direito do consumidor, identificar a responsabilidade civil das instituições financeiras no ordenamento jurídico brasileiro na relação consumerista.

Esse trabalho é uma revisão de literatura com uma abordagem qualitativa, elaborado a partir de levantamento bibliográfico, utilizando-se livros, teses dissertações e

artigos científicos. Após levantamento bibliográfico, realiza-se a revisão de literatura, onde são analisados resultados com a finalidade de compreensão de um determinado fenômeno apontado pelos doutrinadores.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil foi originado como fator ligado à vingança privada, forma considerável, no entanto sobre o olhar para com o indivíduo, sendo considerada uma forma pessoal descoberta como reação ao mal padecido, nesse contexto o, Direito Romano partiu desta concepção, essa reação espontânea e natural, regulamentada anos depois, propiciando que o indivíduo lesado o seu direito de reagir ao mal sofrido, ou não, quando não havia motivo para tanto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Segundo Diniz (2015), em uma segunda análise, a criação da civilização humana preponderava à vingança coletiva, ou seja, ocorria uma reação coletiva contra o ofensor. Ao longo dos anos esta visão sofre modificações, e a vingança individual tomou caráter prevalente. Nesse contexto os homens faziam justiça com suas próprias mãos, com a devida fundamentação na Lei de Talião, onde os conceitos de “olho por olho, dente por dente” eram predominantemente usados contra o ofensor.

Para Nader (2010), tendo em vista esses aspectos, nasce o termo “responsabilidade civil” possuindo o termo técnico delimitado, para correlacionar à situação jurídica do indivíduo que não cumpriu determinado dever jurídico, do qual resultou o dano material ou moral a ser reparado.

Dessa forma, a responsabilidade civil tem como conceito fundamental a obrigação de reparar o prejuízo que ocasionou a outra pessoa, por fato próprio, ou por fato de terceiros ou coisas que dela.

Em outras palavras, o termo responsabilidade civil se refere a várias situações que possuem reflexos no campo jurídico, porém, o que aqui interessa é o ato que desencadeia a obrigação de indenizar. Dessa forma, a responsabilidade pode ser direta ou indireta, onde a primeira se refere ao próprio causador do dano, enquanto que a segunda está ligada a uma conduta de terceiro, que, de uma maneira ou outra, possui um vínculo com o ofensor, vínculo este regrado pelo ordenamento (CAVALIERI FILHO, 2012, p.78).

Dentro desta ótica, o termo responsabilidade pode ser destinado a várias ocorrências na alçada do jurídico, no que se refere ao dever jurídico destinado a uma

pessoa, jurídico ou física, pelo acontecimento de um fato ou sobre um ato punível, que violou o direito alheio, ocasionando reações jurídicas para com a reparabilidade do dano (VENOSA, 2011).

A responsabilidade civil é demonstra-se no ato ilícito indenização do CC, que assim dispõem.

Art.186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art.927 - Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse prisma, a responsabilidade civil é uma obrigatoriedade para com a reparação do dano moral ou material, ocasionado a outrem em decorrência da prática de um ato ilegal. Nesse contexto, para Gonçalves (2017, p.76), a responsabilidade civil tem, pois, como suas conjecturas a violação para com o dever jurídico e o dano, no qual há um dever jurídico criado, onde a sua violação desenvolve um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o chamado direito de indenizar o prejuízo.

Vários autores delinearão o conceito de responsabilidade civil, ou seja, alguém é garantidor de algo, e este é um ato dirigido contra outra pessoa. Na maioria dos casos, essa garantia inclui a obrigação de indenizar. Diniz (2005) conceituou-o neste sentido: a palavra "responsabilidade" originou-se do latim *respondere*, que significa que alguém pode ser o fiador de algo. Portanto, o termo inclui a raiz latina *spondeo*, que é uma fórmula do direito romano em que o devedor está vinculado por um contrato oral.

Com base nessas considerações, a responsabilidade civil pode ser definida como a tomada de medidas para obrigar alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros pelo comportamento.

Em linhas gerais, Venosa (2017) expôs sua visão sobre o conceito de responsabilidade civil, afirmando especificamente: a responsabilidade civil em sentido amplo inclui o conceito de atribuir obrigações ao sujeito, as consequências do evento ou ação. Ainda de acordo com autora, quando se trata da obrigação de indenizar, a conduta do agente é avaliada sob a ótica da responsabilidade, ou seja, uma faz gerar pro agente a ato de obrigação de compensação.

Ao descrever o impacto da responsabilidade civil, Diniz (2015) afirmou que, se a responsabilidade for caracterizada, o agente deve indenizar a vítima pelo dano sofrido. Portanto, não é difícil perceber que a principal função da responsabilidade civil é a reparação do dano, que é imposta ao agente pelo ordenamento jurídico. A responsabilidade civil tem essencialmente uma função restaurativa ou compensatória. A compensação tem a finalidade de compensar o dano ocorrido pela vítima.

De acordo com o entendimento de Bittar (2017), quando ocorrer dano, o lesado receberá indenização às custas do lesado, em nome da restauração do equilíbrio social rompido. Se houver dano precisa de compensação, como uma imposição natural da vida social (para ser mais preciso: para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada entidade individualizada. Isso ocorre porque os ataques ilegais ou antilegais no ciclo das mercadorias ou valores de outras pessoas perturbam o fluxo regular das relações sociais. Entretanto as leis são necessárias para gerar e formular respostas para restaurar o equilíbrio quebrado.

Na definição de responsabilidade civil, a relação correspondente entre as ideias alternativas, a equivalência anti-entrega, ou as ações de terceiros e a compensação que lhes é imposta, a fim de restabelecer o equilíbrio social que é afetado em face do conflito. Comportamento prejudicial pode ser visto.

Do ponto de vista de Facchini Neto (2010, p.98) diz que a responsabilidade é o dever de indenizar o dano, estando no cerne do cumprimento obrigacional, onde o devedor deixa de cumprir um acordo preestabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida.

Dano decorre do fato do ser humano, indireta ou diretamente, causar um por meio da atuação pessoal direta do autor do dano, ou de um fato alheio, cujos efeitos jurídicos recaem sobre outrem.

Para Diniz (2015) responsabilidade civil divide-se em três grandes categorias e suas subdivisões, a saber: seu fato gerador, relativos ao seu fundamento e relativos ao agente, ver abaixo.

## **2.1 Espécies de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva**

Essa classificação pode ser a parte mais importante da responsabilidade, ou seja, lidar com a necessidade ou não da prova de culpa para configurar a responsabilidade pela reparação do dano. Portanto, a classificação traz responsabilidades objetivas e subjetivas. (GONÇALVES, 2017).

A responsabilidade objetiva é um fator opcional de culpabilidade. Para configurar a necessidade de indenização, basta que tenha ocorrido o ato ilícito e haja relação causal entre o ato e o dano. Este tipo de responsabilidade é também caracterizado quando a própria atividade do autor do dano implique risco para outras pessoas, isentando assim a vítima de provar a culpabilidade (VENOSA, 2011).

A responsabilidade civil objetiva só pode ocorrer em circunstâncias claramente estipuladas por lei. Portanto, define Código Civil Brasileiro; em seu artigo 927, parágrafo único: quando se referir a: parágrafo único. Nas circunstâncias estipuladas por lei, ou quando as atividades normalmente desempenhadas pelo autor do dano impliquem em risco os direitos de outrem por sua natureza, ele é obrigado a reparar o dano independentemente da culpa (PEREIRA 1999, p.176).

No entendimento de Venosa (2017, p.231), “na responsabilidade civil objetiva, via de regra, danos causados por dolo ou culpa, o dano e a causalidade são suficientes para a responsabilidade de compensação, e nenhuma prova de culpa é necessária”.

As regras gerais da legislação brasileira, especialmente as regras estipuladas no artigo 927 do Código Civil, são de responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade subjetiva, é uma espécie de obrigação que gera a indenização pelo agente ao lesado, e nesta responsabilidade, além dos elementos, ilegalidade, causalidade, nexos, dano há também análise da culpa. Portanto, a responsabilidade entra na regra geral “caput” do art. 927, pela qual haverá a análise da culpa do agente para a impetração da responsabilidade.

Nesse sentido, Venosa (2017) diz que a responsabilidade extracontratual no CC é a responsabilidade subjetiva, ou seja, a responsabilidade por culpa, porque esta também é a regra traduzida no CC, no *caput* do artigo 927.

Segundo Diniz (1998), da mesma forma, a regra geral em nosso ordenamento jurídico é que a obrigação de indenizar a prática de comportamento ilegal decorre da culpa, ou seja, da reprodutibilidade ou revisão do comportamento do agente.

Dessa forma, de acordo com CC brasileiro, a responsabilidade subjetiva é a regra geral utilizada em nosso ordenamento jurídico, ou seja, se não houver previsão legal anterior em contrário. Se as partes não tiverem acordo diferente no contrato. Para arcar com a responsabilidade indenizatória não é dispensada análise culpa. Não só a infração, a causalidade e o dano importam, mas se o agente agiu com dolo ou culpa. Dessa maneira, neste tipo de responsabilidade, o ato de causar dano deve ser decorrente de dolo ou culpa ou prevaricação, os três elementos básicos da culpa.



## **2.2 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual**

A responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou extracontratual em função da natureza do dever jurídico violado pelo autor do dano. Em primeiro lugar, configure o dano causado pela execução ou execução do contrato. A violação de obrigações decorre de contratos ou transações jurídicas unilaterais. Se duas pessoas assinam um contrato, são responsáveis pelo cumprimento das obrigações acordadas (GONÇALVES, 2020).

Ainda segundo o autor, as responsabilidades por atos de vontade unilaterais, como a promessa de recompensas, também são contratuais. Pelo mesmo motivo, porque atos unilaterais só produzem efeitos, após a bilateralização, a responsabilidade é devolvida se uma pessoa promete pagar suas recompensas documentos perdidos, apenas quando alguém encontra e devolve os documentos, ou seja, após a promessa de bilateralização, eles serão efetivamente responsáveis (GONÇALVES, 2020).

Já a responsabilidade propriamente dita, a extracontratual, é também denominado aquiliano e tem como fonte a responsabilidade jurídica decorrente da lei ou do ordenamento jurídico considerado no seu conjunto. Nenhum contrato prevê o descumprimento de obrigação legal, e não existe relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima; o exemplo mais comum nesta doutrina é o caso clássico da obrigação de reparar o dano causado pelo acidente entre veículos (CAVALIERI FILHO, 2012).

## **2.3 Pressupostos da responsabilidade civil**

De acordo com o art. 186, do CC de 2002, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito 26. Já o art. 927 trata das consequências do ato ilícito, que gera a obrigação de indenizar o dano, prevendo que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Segundo Rizzardo (2011), a responsabilidade civil subjetiva segue uma trajetória de quatro passos até o resultado da responsabilização. Primeiramente, o agente através de uma ação ou omissão causa um dano a alguém, investindo contra o seu direito ou patrimônio. Essa ação ou omissão deve ser culposa dolo ou culpa propriamente dita, sendo necessário também o nexa causal entre a conduta do agente e o dano. O resultado será o dano que atinge a pessoa ou seu patrimônio, ressaltando-se que para surgir o dever de indenizar, deve haver prejuízo.

### **2.3.1 Conduta**

A condição primária de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é uma conduta humana. Dessa maneira, compreende-se a conduta o comportamento humano voluntário, que é apresentada em uma ação ou omissão, determinando resultados jurídicos. Na concepção de Diniz (2015) a conduta é a ação, onde o elemento específico, da responsabilidade, é o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e categoricamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

### **2.3.2 Dano**

A responsabilidade civil decorre da obrigação de indenizar os danos causados a terceiros. Dessa forma, para sintetizar o pensamento do dano, apresentando as características trazidas doutrina civilista como seu conceito e espécie. Para Schreiber (2013), o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, não depende do comportamento do ofensor e atualmente está mudando do paradigma da imputabilidade moral para um sistema de compensação que pode proteger efetivamente a vítima de comportamento fatos lesivos.

### **2.3.3 Nexo causalidade**

Segundo Gonçalves (2017), o nexa de causalidade é a causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. A responsabilidade civil de um agente, não basta que o agente tenha cometido um ato ilícito e a vítima tenha sofrido um dano. O dano é causado por ações ilegais do agente, e existe uma certa relação causal entre os dois, o que é muito importante.

### **2.3.4 Culpa**

No entendimento de Gonçalves (2020, p.321), "a culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo".

Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa stricto sensu não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia (GONÇALVES, 2020, p.321).

No Brasil, a questão da proteção ao consumidor surgiu por volta da década de 1970, quando foram constituídas associações civis e entidades governamentais para tratar do tema. Em 1974, foi criada a Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON), em 1976, foi criada a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), a Associação de Defesa do Consumidor, e a adoção do Decreto nº 7.890, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o atual Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) (RIOS, 1998).

Segundo Nunes (2017), o consumidor e fornecedor são completamente desiguais frente ao fornecedor, tornando-se vulnerável técnica, fática e juridicamente. O objetivo do direito do consumidor nesta ótica, é eliminar essa desigualdade injusta entre fornecedores e consumidores e restabelecer o equilíbrio entre as partes na relação de consumo.

Para Cavalieri Filho (2010), o consumidor é o elo mais fraco da relação econômica. A condição necessária para a aplicação do direito de defesa do consumidor é que os consumidores sejam um grupo vulnerável e haja uma relação desigual entre as partes. Se as partes estiverem em igualdade de condições, não há como gozar dos privilégios de uma delas.

Segundo Bessa (2018) o CDC é um conjunto sistemático e ordenado de normas, guiado por uma ideia elementar. Onde é priorizado a proteção de um grupo determinado, ou de coletivo, dos consumidores e agentes econômicos na sociedade. Nesse prisma, a defesa do consumidor é norteada na condição de sujeito-vítima, sujeito contratante e agente econômico nas conjunturas de pré e pós contratual.

Segundo o CDC em seu art 2. (Lei 8.078/90) explana:

“consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Os consumidores são a pilar que sustenta a tutela especial, que agora é concedida aos consumidores. Essa afirmação, permitir que o simples ato de retirar um produto ou serviço do mercado tornou-se uma característica de proteção ao direito do consumidor, independentemente de seu destino. Por outro lado, quando pessoas físicas ou jurídicas adquirem produtos ou serviços para dar-lhes novos fins econômicos (ALMEIDA, 2017).

Há uma terceira tendência, denominada “finalismo profundo”, desenvolvida pela jurisprudência brasileira, que parte do pressuposto de que o consumidor equivalente é uma exceção e para que exista para essa expansão do conceito de consumidor é preciso reconhecer a vulnerabilidade. Aqueles que querem ser consumidores semelhantes.

Os critérios acima podem excluir a aplicação do CDC, quando os consumidores não apresentam vulnerabilidades técnicas, econômicas ou legais em teoria, tais como consumidores com força financeira ou econômica significativa.

Segundo Khouri (2013), torna-se útil identificar ou não identificar vulnerabilidades. Em circunstâncias especiais, as pessoas jurídicas são classificadas como consumidoras, ou excluídas, embora não sejam os destinatários finais dos fatos e da economia. Quando os compradores ou usuários têm condições especiais, a aplicação das regras de proteção ao consumidor os coloca em uma posição vantajosa em relação aos vendedores ou prestadores de serviços. Nos mesmos termos Miragem (2019), a dependência de uma parte em relação interempresarial, dependendo das circunstâncias específicas, pode caracterizar sua vulnerabilidade para aplicação específica das regras do CDC, ou aplicá-la em conjunto com outras regras neste caso.

O CDC (Lei 8.079/90), especificamente em seu art. 3º, estabelece o conceito de fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Segundo Almeida (2021), todos os intermediários (stakeholders, processadores, distribuidores) e comerciantes, desde que os considerem a sua principal atividade ou profissão, serão tratados como fornecedores por lei. É muito importante lembrar que a relação jurídica estabelecida entre não profissionais, acidental não constitui uma característica das relações de consumo, mas isso não os exime de suas obrigações de lealdade, integridade e honestidade. Um contrato objetivado em equilíbrio substantivo e econômico deve cumprir sua função social.

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

### 4.1 Responsabilidade civil das instituições bancárias no código civil

O atual panorama da economia, os bancos são uma instituição que prestam diversos serviços à população, e estão ampliando a sua carteira de produtos e serviços, correspondendo há um deles é a concessão de crédito. Que atualmente é uns serviços prestados através de tecnologia da informação que abre margem para erros e exigem soluções jurídicas. Os tribunais e suas decisões estão adotados uma postura rígida sobre os bancos, visto que suas atividades estão relacionadas aos recursos financeiros de toda população (NETO, 2020).

Na maioria dos casos, as características das atividades bancárias são contratos por volume e contratos de adesão. Os bancos realizam atividades básicas e específicas no setor financeiro, como depósitos, empréstimos, descontos, etc. Atendendo ao mercado e à concorrência, complementa as atividades secundárias dos seus serviços, como a fornecimento de informações, recebimento de contas, serviços de caixas eletrônicos, comunicação por correio eletrônico etc.

Para Bessa (2017), a responsabilidade aplicável à atividade bancária é uma responsabilidade civil objetiva, esta condição assenta no risco, independentemente de culpa. De acordo com a teoria do risco profissional, esse passivo se aplica às instituições bancárias brasileiras. Na prática, o risco de que isso aconteça é que o banco que desenvolve atividades com fins lucrativos venha a sofrer prejuízos, ou seja, a responsabilidade e a consequente indenização cabem às pessoas que lucram com as atividades exploradas.

Também deve ser observado que o CDC não reconhece cláusulas de não indenização. O contrato não pode excluir a indenização decorrente do fato do produto ou serviço. O art. 51, acredita que os termos do contrato são abusivos e, portanto, invalidam os termos do contrato que tornam os defeitos de qualquer natureza impossíveis, isentam ou aliviam a responsabilidade civil do fornecedor.

Bessa (2017), no que se refere ao ônus da prova, cabe destacar que, de maneira geral, as mudanças no regime de responsabilidade, prescindindo do elemento culpa e adotando a teoria objetiva, não desobriga o lesado da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. Quando por exemplo o cofre bancário é alugado a um particular, o ônus da prova do conteúdo do cofre violado será suportado pela parte lesada.

No entanto, de acordo com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, o juiz pode inverter o onus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o consumidor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência”.

## **4.2 Responsabilidade Civil na concessão de crédito**

O papel das instituições financeiras no desenvolvimento econômico é muito importante, envolvendo a prestação de serviços relacionados à emissão de empréstimos e financiamentos. No entanto, para que essas concessões sejam garantidas em termos de pagamento, mesmo que não prejudiquem a própria situação financeira da instituição, tendo em vista que os credores podem pleitear os recursos que ali estão depositados, o banco deve questionar a capacidade financeira do solicitante só a obrigação do banco, mesmo a obrigação, porque suas atividades são a base do desenvolvimento econômico e social.

As atividades dos bancos são críticas tanto para o consumo quanto para o desempenho nacional. Todas as necessidades modernas (em uma sociedade capitalista) são realizadas por meio de atividades bancárias entre aqueles que precisam de dinheiro e aqueles que têm excedentes econômicos.

Em suma, além de cumprir as diretrizes emanadas do Banco Central do Brasil, os bancos têm a responsabilidade de zelar pelo equilíbrio do sistema por meio de práticas e condutas que visem o normal funcionamento e melhor aplicação de seus recursos. responsabilidade das instituições financeiras. Avaliar a situação da empresa tomadora da forma mais eficaz, arriscar destruir a estabilidade do sistema de crédito e ter uma alta taxa de inadimplência.

Os bancos são responsáveis por avaliar cuidadosamente todos os critérios objetivos para a possibilidade de a empresa tomadora cumprir com suas obrigações, sem ignorar outros fatores econômicos e financeiros: como crises setoriais ou instabilidade econômica.

Segundo Dantas (2010) Determina algumas das etapas a serem seguidas na avaliação da concessão de crédito, a saber: Análise retrospectiva: para determinar os maiores riscos experimentados em atividades anteriores e como mitigar ou evitar esses riscos; análise de tendências: ser capaz de prever razoavelmente a situação financeira de o mutuário e seu passivo de suporte e status de crédito: analisar os riscos atuais e futuros das outras duas fases e apresentar o melhor plano dentro do fluxo de caixa para minimizar o risco de inadimplência; a perda do credor.

Os bancos são obrigados a analisar os tomadores de empréstimos com precisão, mas com base em critérios objetivos que visam a liquidez, segurança e rentabilidade operacional. Exceder esses padrões e aplicar outros padrões subjetivos pode constituir discriminação, violar dispositivos constitucionais e fazer com que as instituições financeiras assumam responsabilidade civil por violações de direitos (SOUTO, 2019).

No entendimento de Rizzardo (2011) se a pessoa atender a todos os requisitos para conceder financiamento, o banco não será considerado uma rejeição simples e irracional, pois o banco existe para conceder crédito. Para piorar a situação, este tipo de rejeição irracional é inteiramente devido à discriminação e particularidade e nada tem a ver com a capacidade de executar e fornecer garantias.

Assim, as instituições financeiras não podem se recusar a conceder crédito de forma irracional ou com base em qualquer forma de discriminação. Os bancos têm a responsabilidade de atuar no âmbito da legitimidade, da eficiência da atividade e da transparência da informação, e propor contribuir para o equilíbrio do sistema de crédito, fundamento do desenvolvimento econômico e social. É justamente com base neste



equilíbrio que dependem a manutenção a médio e longo prazo da atividade bancária e o desenvolvimento da atividade comercial.

Além disso, quanto melhor for a análise de crédito do banco com base em padrões objetivos, menor será o risco de inadimplência. Conforme mencionado anteriormente, uma análise cuidadosa e eficaz não é apenas uma obrigação do banco, mas também uma responsabilidade. A concessão de um bom crédito tem mais probabilidade de ser paga integralmente, especialmente porque o crédito tende a se tornar mais caro e escasso no caso de um default patológico.

O valor da indenização por danos causados por uma instituição financeira faz parte do custo de suas atividades, que obviamente estará incluso no preço de seus produtos ou serviços. Dessa forma, uma instituição financeira com menor índice de custo relacionado à remuneração paga é mais competitiva no mercado bancário, pois refletirá em maior eficiência nos serviços prestados e nos produtos comercializados.

#### **4.3 Responsabilidade objetiva e o código de defesa do consumidor**

A responsabilidade dos bancos deve ser objetiva, devendo eles responder pelos danos independentemente de suas faltas, no CC, em seu art. 932, III e art. 933 estipulam a responsabilidade objetiva dos empregadores pelas ações de seus empregados, empregados e prepostos, e compatibilizam plenamente essa responsabilidade com as atividades desenvolvidas pelo banco, cabendo ao banco como empregador a responsabilidade civil, independentemente de se é o culpado ou não (BESSA, 2018).

Ainda segundo Bessa (2018), o CDC e a consequente reafirmação dos tribunais no sentido de que a instituição deve ser aplicada aos bancos, a responsabilidade civil dessas instituições foi claramente classificada como objetiva, passando a ter como base o artigo 14 da Lei, que estipula : Independentemente de haver avaria, os prestadores de serviço repararão os danos aos consumidores causados por vícios relacionados com a prestação dos serviços, bem como informações insuficientes ou insuficientes sobre a sua fruição e riscos.

Na concepção de Nunes (2017), rejeitando qualquer diferença entre os tipos de transações bancárias, como norma de imposição de regras de consumo aos bancos, não permite fazer quaisquer interpretações restritivas dos dispositivos legais que constituem o CDC, porque se destina a tornar efetivas as garantias constitucionais. Expressando a natureza do crédito está incluído contida no § 2º do art. 3º, referir-se apenas a certos negócios de crédito ao consumidor não significa resoluto. Se o legislador quiser fazer isso, ele vai restringir explicitamente e, se houver, vai analisar seu rompimento com a Carta Magna nessa questão.

Cavaliere Filho (2010), ao tratar do problema da dualidade da prestação de serviços e da prestação de produtos no negócio bancário, destacou claramente que existe uma relação de consumo entre os dois, devendo ser destacado que seja qual for a perspectiva de estudo desse problema, seja como um produto ou como um produto Como um serviço, não há base legal para excluir a aplicação do CDC. Os bancos são empresas comerciais que captam recursos no mercado financeiro para redistribuir em operações de crédito.

A conclusão deve ser a responsabilidade civil do banco, que é objetiva nos termos da CDC. Além disso, deve prevalecer a responsabilidade objetiva relativa ao negócio bancário, que não é apenas o resultado da CDC, mas, é também o resultado da teoria do risco. Os bancos respondem independentemente de sua culpa.

Deste modo, sem exigir negligência, a responsabilidade objetiva do banco passa a ser regra, seja por força do Direito do Consumidor, da teoria do risco ocupacional e dos artigos, disposto nos art. 932, e art. 933 do CC.

Por conseguinte, independentemente da ordem que as pessoas pretendam usar ao buscar a responsabilidade do banco por um determinado negócio bancário, ou seja, usando a CC ou a CDC como parâmetros, cada uma tem seus próprios padrões e instituições. Em última análise, a responsabilidade objetiva será melhor do que o banco, portanto, independentemente de culpa ou não.

#### **4.4 Causas excludentes de responsabilidade**

Segundo Cavaliere Filho (2010), o princípio basilar estipulados pela referida lei nada mais são do que a inexistência de um raciocínio válido e ninguém pode responder se é subjetivo ou objetivo. Quando se trata da culpa pela exclusividade da vítima, o fato da exclusividade da vítima exclui a própria relação causal relacionada com a causa óbvia e direta do dano. Portanto, não se deve dizer que simples inocência, mas isenção de responsabilidade.

Desse modo, no caso de culpa exclusiva da vítima, será rompida a relação causal, de modo que o agente diretamente relacionado ao dano não seja, na verdade, a causa real, mas a própria vítima. Outra razão para excluir a causalidade pode vir de um terceiro, que não é a vítima nem o responsável.

A responsabilidade causada pelos fatos de um terceiro é semelhante a desastres naturais e força maior. À vista disso, segundo casos específicos, devido à inevitabilidade e imprevisibilidade dos fatos do terceiro, ainda existe o pressuposto de exclusão da responsabilidade do agente direto do incidente, pois na culpa exclusiva da vítima, é apenas uma efetivo manual de longo prazo para prejudicar o agente (GONÇALVES, 2020).

Por fim, tratando-se do caso fortuito e força maior, como causa excludente da responsabilidade civil, estabelece no art. 392 do CC que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. O CC não faz distinção entre caso fortuito e força maior, de modo que, nos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010) extraímos que a imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior.

Por fim, é também importante ressaltar o alerta de possíveis negligências e desastres naturais. “Os desastres naturais nunca podem ser atribuídos à negligência do devedor, pois a natureza inevitável do evento exclui essa suposição. Portanto, é importante observar que, Só diante de circunstâncias específicas podemos medir a situação real ali. Em suma, se for imprevisível ou inevitável e não houver culpa do responsável, a presunção de responsabilidade é incorreta. Por outro lado, se for previsível, evitável ou identificada como culpa do responsável, a responsabilidade pode ser assumida pela pessoa que evitou o dano.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os bancos têm um importante papel social, e muitas atividades econômicas essenciais ao dia a dia das pessoas são realizadas ou intermediárias por instituições bancárias. No entanto, tal como as entidades ou empresas de outros departamentos, os bancos são passível de erros e falhas na execução dos serviços que prestam, o que pode causar prejuízos aos correntistas e a terceiros.

A responsabilidade civil passou por várias revisões até chegar ao conceito atual usado pelos aplicadores do direito e trazer números de indenização se a outra parte foi a culpada ou a intenção. No entanto, considerando que a ocorrência deste problema pode ser causada pelos próprios cidadãos, nem todos os casos em que os cidadãos sofram algum tipo de lesão necessitam de indenização.

Atendendo aos consumidores de um mercado cada vez mais exigente e o mundo globalizado cada vez mais consciente dos seus direitos, as instituições bancárias procuram cada vez mais formar os seus colaboradores e prestadores de serviços para se adaptarem às necessidades do mercado de forma a reduzir a possibilidade de pressão entre clientes e usuários, por outro lado, instituições bancárias.

Além disso, se violarem quaisquer princípios básicos ou direitos dos consumidores, independentemente de serem ou não culpados, devem ser responsabilizados objetivamente. Tal deve-se ao reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores e à obrigação de garantia na emissão de empréstimos salariais aos

servidores, pois quando as instituições financeiras colocam os consumidores em contratos desequilibrados com o consumidor.

## 6 REFERENCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 9. ed. Saraiva Educação SA, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 20, n. 120, p. 20-43, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Saraiva Educação SA, 2017.

BRASIL. Código civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002). 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 34, 2012.

DANTAS, José Alves et al. Determinantes do grau de evidenciação de risco de crédito pelos bancos brasileiros. **Revista Contabilidade & Finanças**, v. 21, p. 1-27, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. ed. 32. Edição 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3-contratos e atos unilaterais**. Saraiva Educação SA, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2020.

KHOURI, Paulo R. Roque. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. **Revista CEJ**, v. 17, n. 60, 2013.

MAIA, Alneir Fernando Santos. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. **Meritum**, v. 7, n. 1, p. 389-427, 2012.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade civil contratual e extracontratual frente à responsabilidade civil ambiental: uma análise sob o direito pós-moderno. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 243-265, 2019.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO, Eduardo Salomão. **Direito bancário**. Trevisan Editora, 2020.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista Do Tribunal Superior do Trabalho**, v.76, n.1, p.17-63, 2010

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Saraiva Educação SA, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIVA, Cintia dos Santos. **Estratégias para ampliação da carteira de produtos e serviços com a utilização da matriz BCG: um estudo em uma cooperativa de crédito**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel no Curso de Ciências Contábeis) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Mauad Editora Ltda, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de crédito**. Gen, Editora Forense, 2011.

SALVATORI, Carlos Eduardo D.'Elia. **Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. Editora Atlas SA, 2013.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. Grupo Almedina, 2019.

SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 13, n. 1, p. 75-88, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, v. 10, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

[1] O termo é designado para nomear uma linha teórica e técnica da atuação do Estado em negociação.



## **OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO: UMA POLÍTICA DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

**ANDREZA ALBUQUERQUE AMORE:** Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Ocupa o cargo efetivo de técnico previdenciário (especialidade administrativa) da MANAUSPREV. Pós graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela FAEL - Faculdade Educacional da Lapa<sup>9</sup>.

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público a tarefa de preservação do meio ambiente. Por meio desta determinação, o Poder Judiciário, na busca por implantação de políticas que visam a proteção ambiental, cria o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, um espaço que proporciona a diversos participantes da sociedade civil o conhecimento em matéria ambiental, ampliando a educação ambiental e proporcionando a efetivação da democratização da informação ambiental. Desta forma, este grupo de estudos oportuniza à coletividade um maior controle social perante às políticas públicas, o que nos aproxima de um desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chaves:** Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário. Democratização da Informação Ambiental. Princípio da Participação. Educação Ambiental.

**Abstract:** The Federal Constitution of 1988 determined the task of preserving the environment to the public authorities. Through this determination, the Judiciary, in the search for the implementation of policies aimed at environmental protection, creates the Observatory of the Environment of the Judiciary, a space that provides several civil society participants with knowledge in environmental matters, expanding environmental education and providing the realization of the democratization of environmental information. . Thus, this group of studies allows the community one can control social control in the face of public policies, which brings us closer to sustainable development.

**Keywords:** Observatory of the Environment of the Judiciary. Democratization of Environmental Information. Principle of Participation. Environmental Education.

---

<sup>9</sup> E-mail: amoreandrea@hotmail.com

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Princípio da Participação: Informação e Educação Ambiental. 3. O Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário. 4. A contribuição do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário para o alcance dos ditames constitucionais da democratização da educação ambiental e concretização do princípio da informação ambiental. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tratou-se o meio ambiente como um direito difuso, nas palavras do constituinte, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”[1].

A partir deste ideário protecionista, coube principalmente ao Poder Público a posição de autor principal para instituição de medidas, políticas e gestões garantidoras da preservação do meio ambiente. Isso porque a política adotada, é aquela que se aproxima de forma necessária e impositiva ao desenvolvimento sustentável, devendo observância à ponderação entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Deveras então, o Estado atuar de forma equilibrada entre os dois polos aparentemente opostos.

Neste diapasão, a gestão pública ambiental deve ser foco em todas as esferas da atuação estatal, devendo estar presente na tomada de decisões de todos os Poderes, Judiciário, Executivo e Legislativo. Um dos enfoques da gestão pública é o enfoque na educação ambiental e na necessidade de disseminação das informações ambientais. É através desses dois institutos inter-relacionados que, não só o poder público, mas também a sociedade civil, aumentam suas capacidades de observar de maneira mais tangível as necessidades protecionistas do meio ambiente. Do lado estatal, a criação de políticas capazes de garantir e ampliar a preservação, do lado da sociedade civil, a possibilidade do acesso aos dados e informações sobre as políticas e atuações do Poder Público em matéria ambiental, tornando possível a fiscalização das políticas públicas adotadas pelos governantes.

Percebe-se, então, uma maneira de efetivar a determinação constitucional de defesa e proteção do meio ambiente que se desdobra perante o Poder Público e a coletividade.

A Lei. 6.938/1981 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente aborda a temática da educação ambiental como um de seus princípios[2], bem como a “divulgação de dados e informações e a formação de uma necessidade consciência pública sobre a de preservação da qualidade ambiental e equilíbrio ecológico” [3] como um de seus objetivos.

Abarca também como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.[4]

Corroborando com o tema a Lei 9.795/1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental.

É certo que o acesso às informações ambientais, propiciam a educação ambiental, pois é capaz de gerar conhecimento, despertando na coletividade ideais de conscientização ambiental, atuando de forma mais ativa para combater atos de degradação. Tal medida pode ser observada através de políticas governamentais de divulgação de dados, cursos e propagandas de conteúdo ambiental, capaz de gerar o aprimoramento da gestão, alcançando, cada vez mais, uma gestão econômica em harmonia com a proteção do meio ambiente, sendo responsabilidade de todos os Poderes a busca por esse equilíbrio.

Em 10 de novembro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário” com o objetivo de traçar estudo, monitoramento, pesquisas, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas, formulação de políticas e iniciativas para a tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal pela atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça. Com essa inovação, torna-se possível a criação de um ambiente composto por membros do Poder Judiciário (Conselheiros do CNJ), representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Com esta política adotada no Poder Judiciário, tem-se um espaço para discussão de temas, análise de dados, entre outros métodos a serem analisados no estudo capazes de efetivar a democratização do acesso à informação na temática ambiental. Compreendendo também a ampliação da educação ambiental.

A importância da escolha do tema, dentro do contexto social atual, revela-se pela constante necessidade às discussões ambientais, apresentando-se de forma palpitante a criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, abordando o meio ambiente de forma destacável às políticas do Poder Judiciário. Possibilitando abordagens, projetos, estudos, entre outras formas de trazer para o centro a temática.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho objetiva analisar a contribuição do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário para a democratização da educação ambiental e acesso às informações ambientais.

Especificamente, objetiva-se conceituar os princípios da participação social ambiental, destacando-se as premissas da educação ambiental e informação ambiental.

Abordando assim, importantes princípios do direito ambiental que são capazes de proporcionar a democratização da proteção ambiental.

Objetiva-se ainda descrever a criação, objetivos e políticas do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, buscando, por fim, identificar a interseção entre tal Grupo de Trabalho do CNJ e a busca pelo cumprimento dos ditames constitucionais de preservar e defender o meio ambiente por meio da atuação da coletividade e do Estado.

Isto posto, será analisado no trabalho a contribuição da criação desta política pelo CNJ para o alcance da disseminação de estudos e discussões na seara ambiental através do arcabouço teórico, bibliográfico, bem como consultas ao sítio virtual do CNJ. Isto tudo, visando o alcance de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

## **2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO: INFORMAÇÃO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

A Constituição Federal de 1988 tratou o meio ambiente como um direito fundamental. Nos seus ditames, determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo a fim de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações[5]. Foi proposto uma visão intergeracional de proteção que, para ser cumprido, todos devem assumir uma postura protecionista dos recursos ambientais, capaz de proporcionar a presente e a futura geração um meio ambiente propício à vida saudável e ao desenvolvimento de forma sustentável.

Édis Milaré contribui (2018, p.166) no entendimento:

[...] ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela reconhecido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art.225, *caput*), instituiu, entre nós, verdadeiro “estado de direito ambiental” fundado em bases constitucionais.

Complementa ainda José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 14):

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, *caput*, e art. 5º, §2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um de seus objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito Ambiental brasileiro.

O Princípio democrático, ou de Participação, que se desdobra nos Princípios da informação ambiental e educação ambiental traz a ideia de proporcionar à coletividade

meios para agir de forma efetiva na busca por essa atuação garantista de um meio ambiente sadio. Na visão de Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 358) “[...] o meio ambiente constitui um direito difuso, portanto de titularidade indeterminável, [...] a participação se torna mais do que legítima, posto que é o titular cuidando de seu próprio direito.”

A participação ativa da coletividade na proteção do meio ambiente, incluindo também os decisórios políticos, nos aproxima dos ditames constitucionais de preservação e desenvolvimento sustentável. O aumento do conhecimento (informação e educação ambiental) é capaz de qualificar esse controle público sobre as medidas adotadas, gerando um ambiente propício à harmonização entre desenvolvimento econômico e medidas ambientais protetivas.

Acrescenta ainda em referência ao Princípio democrático:

Trata-se, assim, de um princípio empenhado na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática. Por meio dele, a sociedade civil deve atuar ativamente, paralelamente ao Estado, para definir os rumos a serem seguidos na política ambiental. (RODRIGUES, 2021, p. 357)

Complementa Paulo de Bessa Antunes (2021, p. 37):

O princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamento, participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente [...].

Com este ideal de participação social, se torna cada vez mais importante e necessário que o Estado atue de forma a propiciar à sociedade civil o acesso à informação e garantir a educação em matéria ambiental. Vale ressaltar que é essencial que a informação e a educação aconteçam de maneira capaz de tornar efetiva a atuação social.

No momento em que a sociedade civil recebe de forma clara e tangível informações em matéria ambiental, transforma-se a forma de controle público para que alcance cada vez mais a sua eficácia. Dessa forma, a população consegue, de modo racional, entender, por exemplo, políticas que são adotadas ou que devem ser evitadas, compreendendo seus benefícios ou prejuízos, gerando uma ponderação entre as políticas e formando um juízo de valor, amparado nas informações fornecidas pelo Poder Público, aproximando, dessa forma, de um controle democrático das políticas públicas.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 49) “Sem informação adequada não há democracia e não há Estado de Direito”, corrobora ainda:

A qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar. (2018, p. 34)

Conforme o autor supracitado afirma, a qualidade da informação repassada à população interfere diretamente na intensidade do controle, bem como no nível de colaboração eficaz. Quanto maior, em quantidade e qualidade, as informações repassadas, maior será a possibilidade de colaboração da sociedade civil. Colabora ainda Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 360):

É certo que a participação da sociedade na implementação de políticas públicas de proteção ambiental só poderá ser alcançada com êxito caso a população tenha amplo acesso à efetiva informação de tudo o que diz respeito ao meio ambiente.

Com a aproximação da sociedade das informações, propicia-se um ambiente democrático onde se torna possível um acompanhamento e cobrança frente às políticas públicas executadas pelo Estado.

[...] percebe-se que o acesso efetivo à informação é elemento fundamental à democracia não só pelo princípio da publicidade, mas também porque a partir dessa “transparência” permite-se a possibilidade de participação e evita-se o autoritarismo, servindo, pois, como mecanismo de controle democrático dos atos públicos. (RODRIGUES, 2021, p. 361)

Paulo Affonso Leme Machado traduz a visão de Ulrich Beck:

A opinião pública “dispõe de um poder permanente de crítica e influência e de controle dos governantes. Os atores da sociedade civil que animam o debate público, como as associações e os movimentos, assim também os intelectuais e os jornalistas cumprem, desse ponto de vista, uma missão importante, na medida em que contribuem para informar e mobilizar a opinião, estruturar as tomadas de posição e, finalmente tornar audíveis, perante os



governantes, as reivindicações dos cidadãos.” (MACHADO, 2018, p. 35)

Em observância ao panorama do ordenamento jurídico brasileiro, observamos o direito à informação previsto na nossa Carta Magna no artigo 5º, nos seguintes incisos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Em matéria ambiental, destaca-se alguns importantes mecanismos assecuratórios de informação, como o Relatório de Impacto Ambiental (previsto na Resolução nº 001 do CONAMA), o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente a ser divulgado anualmente pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (previsto no art. 9º, X, da Lei 6.938/81) e a obrigatoriedade de publicação do pedido de licenciamento ambiental (previsto no art. 10, §1º da Lei 6.938/81). Além desses instrumentos, a Lei 6.938/81 que prevê a Política Nacional do Meio Ambiente prevê como um de seus objetivos a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. Ademais, traz como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.

Importante regulamentação está na Lei 10.650/2003 que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente). Com esta disposição legal, torna-se um dever dos órgãos e entidades da Administração Pública fornecer, por exemplo, informações ambientais relacionadas à qualidade do meio ambiente e políticas, planos e programas potencialmente causadores de impactos ambientais.

Em relação à educação ambiental, a CF/88 prevê no art. 225, §1º, VI que incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.” A definição legal da educação ambiental consta na Lei 9.795/99 que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental:

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A educação ambiental também foi tratada na Lei 6.938/81 como um princípio da Política Nacional do Meio Ambiente quando previu:

Art. 2º [...] X: educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

As previsões legais significam grande marco para concretização dos princípios que norteiam a participação da sociedade na proteção do meio ambiente. O acesso à informação e à educação positivados, imputa ao Poder Público o dever de criar políticas públicas que incorporem esta dimensão ambiental nos seus objetivos. Garantindo, dessa forma a democratização das informações ambientais.

### **3. O OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO**

Na busca por medidas e políticas que propiciam o acesso à informação e ampliação da educação ambiental é que surge o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, em 10 de novembro de 2020, através da Portaria nº 241. Não há dúvidas que se trata de uma política implementada para a análise de questões estratégicas em Direito Ambiental, capaz de disseminar informações em matéria ambiental, de forma mais transparente e inovadora.

Trata-se de um órgão de caráter consultivo e multidisciplinar, composto por membros do CNJ, profissionais do meio acadêmico, da sociedade civil ou entidades representativas, gerando, dessa forma, um ambiente multifacetado, com diversas parcelas da sociedade, promovendo discussões sob diferentes enfoques e pontos de vista. Sua composição nos traz um mostruário democrático da sociedade, tendo em vista sua composição diversificada.

Alguns de seus objetivos são: elaborar estudos e pareceres sobre demandas que envolvam questões estratégicas de proteção ao meio ambiente natural da Amazônia Legal; municiar a atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas, projetos e diretrizes destinados à tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal; – promover a articulação do Poder Judiciário com instituições nacionais ou internacionais com o objetivo de contribuir para aumentar as ferramentas de enfrentamento às violações do meio ambiente,

com foco no meio ambiente natural da Amazônia Legal, bem como parcerias para o intercâmbio de informações, de dados, de documentos ou de experiências.

O Observatório pretende tornar-se um núcleo de referência no acompanhamento e na disseminação de dados, informações, estudos comparados, análises prospectivas, debates e produção científica. Sob essa ótica, espera-se que o Observatório se torne influente *think tank* para o progresso do conhecimento e de diálogos críticos e construtivos ao tema<sup>[6]</sup>.

Em consulta o sítio eletrônico do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, destaca-se algumas ações que estão sendo realizadas. Uma delas é a denominada Balanço Socioambiental do Poder Judiciário, a qual apanha dados do Tribunais acerca das informações de consumo de água, papel, copos descartáveis. Outro projeto é o Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário, onde tem-se a criação de núcleos socioambientais e monitoramento do consumo e gastos com papel, energia elétrica, água, combustível, etc. Tais ações propiciam relatórios acerca do consumo que podem nortear a escolha de políticas públicas capazes de se aproximar da sustentabilidade. Projetos que incentivem a preservação do meio ambiente e redução do consumo, ou consumo de forma consciente são políticas que podem ser ampliadas através dos resultados estatísticos do observatório.

Percebe-se, desta forma, que o Observatório tem como uma de suas finalidades a criação de um espaço funcionando como uma espécie de laboratório de ideias, instituindo um grupo de especialistas com a missão de debater sobre assuntos relevantes em matéria ambiental. Com isto, cria-se um ambiente de concomitância da inclusão social, sustentabilidade e progresso econômico, capaz de influenciar potencialmente na construção de políticas públicas.

É o que se denomina “gestão ambiental”, Maria da Graça Orsatto Prestes contribui com este entendimento (2011, p. 304):

A gestão ambiental, desenvolvida pelas instituições, consiste na estruturação de responsabilidades, práticas, procedimentos, projetos e recursos da organização mobilizados para a implantação e manutenção de programas de proteção ao meio ambiente.

Com a criação do Observatório, nasce no Poder Judiciário um ambiente que possibilita a discussão em matéria ambiental e participação de diversos extratos da sociedade. Tal medida, promove e aproxima a coletividade da gestão pública, oportunizando a participação ativa, e, ao mesmo tempo, o compartilhamento de

informações, concretizando o princípio da informação e ampliando a educação na matéria ambiental.

#### **4. A CONTRIBUIÇÃO DO OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ALCANCE DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL**

A criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário gerou notória ampliação do acesso às informações em matéria ambiental à coletividade. Primeiramente, ressalta-se a sua composição na qual é possível perceber a presença de participantes de diversos extratos da sociedade, quais sejam: Conselheiros do CNJ, representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Outro grande marco é a publicidade que se tem através da publicação de temas, pesquisas e resultados através do sítio eletrônico, gerando para a sociedade um ambiente propício à participação social e de forma efetiva capaz de ampliar o controle social e influenciar a tomada de decisão do Poder Público. Além disso, podemos destacar que a divulgação desses resultados ao propiciar à sociedade a ampliação do acesso às informações em matéria ambiental, alavanca também a educação ambiental. Nesta diapasão gera à sociedade conhecimento, entendimento, compreensão da matéria ambiental.

A “Construção de rede de atuação na área de tutela do meio ambiente, congregando pesquisadores, instituições públicas e privadas, órgãos do terceiro setor e ativistas que possam contribuir para o tema” é um dos objetivos do Observatório no qual cria um ambiente composto de variadas opiniões e posições sociais. É evidente que a constituição deste espaço para discussão nos aproxima da concretude dos ditames constitucionais que determinam para a coletividade e para o Poder Público o dever de preservar o meio ambiente.

Ampliar o acesso à informação ambiental e gerar conhecimento à todos, dilatando a educação ambiental corrobora com o que podemos chamar de democratização da matéria. A participação da sociedade civil, estudantes, pesquisadores, entre outros, avulta o envolvimento e a influencia na tomada de decisão e controle social.

O alcance das informações a uma quantidade cada vez maior de pessoas ajuda ao atingimento da democratização do acesso à informação e educação ambiental, abrangendo e ampliando a rede de influências sobre a proteção ambiental, visando progressivamente uma maior proximidade do desenvolvimento sustentável, proteção e preservação do meio ambiente.

Observa-se também que o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário contribui de forma qualitativa para o desenvolvimento das políticas públicas do Poder Judiciário, de forma exemplificativa, podemos citar o estudo acerca da utilização de papel ou consumo de energia elétrica. Os resultados são capazes de guiar a tomada de decisões sobre métodos a serem implantados com o fito de adotar medidas de caráter sustentável, bem como nortear campanhas de economia, por exemplo.

Logo, é salutar que a implantação pelo CNJ do grupo de estudo colabora com a sociedade para o alcance do cumprimento dos princípios da informação e da educação ambiental. Através desse instrumento, o Poder Judiciário concretiza políticas que proporcionam um diálogo interinstitucional e internacional contribuindo para o enfrentamento às violações do meio ambiente, ampliando de forma considerativa a democratização da informação e educação ambiental.

## **5. CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de cuidar do meio ambiente com a finalidade de se buscar um ecossistema ecologicamente equilibrado. Através desta determinação, cabem a todos os Poderes a busca por políticas que os aproxime desta incumbência do legislador. Foi por meio da criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário que este poder se aproxima do cumprimento constitucional, gerando aos participantes deste grupo de estudos um espaço propício à discursão, debates, análises e ensinamentos acerca da proteção do meio ambiente e medidas sustentáveis de desenvolvimento que visam a preservação ambiental.

Em matéria de direito ambiental, possui grande importância social os princípios da informação e educação ambiental, extratos do grande princípio da participação. O conhecimento ambiental em linguagem acessível propicia à coletividade de forma efetiva um senso crítico capaz de controlar as políticas públicas a serem tomadas pelo Poder, além disso, a disseminação de informações qualifica este controle, podendo assim, elevar o nível de influência e percepção sobre o assunto.

Dessa forma, criação do Observatório é capaz de concretizar a democratização dos princípios supracitados impulsionando cada vez mais o busca pelo desenvolvimento sustentável e políticas que visam a proteção ambiental. Trazendo materialidade para a transmissão de conhecimento e desenvolvimento das políticas e criação da gestão ambiental de forma mais participativa e colaborativa da sociedade.

Não restam dúvidas de que a gestão ambiental adotada pelo Poder Judiciário na criação do Observatório do Meio Ambiente deu-se de forma assertiva, pois está sendo capaz de consubstanciar princípios ambientais como da informação e educação ambiental,

gerando a atuação dos mais diversos participantes da sociedade. Com isto, a adoção de medidas sustentáveis e práticas de proteção ambiental vem sendo o alvo das doutrinas adotadas pelo Poder Judiciário, o que nos leva à satisfatória observação do cumprimento dos ditames constitucionais que prezam tanto pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, buscando de forma eficaz alcançar a sustentabilidade intergeracional dos recursos ambientais.

Assim, em análise à implantação deste grupo de estudos, percebe-se que o Poder Judiciário vem se aproximando da gestão participativa, propondo aos integrantes da sociedade civil um espaço onde pode ser encontrado um arcabouço de pesquisas, debates e conhecimento em matéria ambiental, que gera e incentiva a educação desta seara e proporciona informações que corroboram com a influência sobre o controle social acerca da tomada de decisões das políticas públicas. Pode-se concluir que o processo de disseminação de informação é um meio de concretizar a democratização das informações em matéria ambiental, o que cumpre as determinações do princípio da participação ambiental.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Institui o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”**. Portaria 241, de 10 de novembro de 2020. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Portaria-CNJ-241\\_2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Portaria-CNJ-241_2020.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 17 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm)> Acesso em: 17 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. **Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm)>. Acesso em 18 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. **Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama**. Brasília, DF:



Presidência da República. Disponível em:  
< [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm) >. Acesso em 18 de junho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução 001 de 23 de janeiro de 1986. **CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA**, no uso das atribuições que lhe confere o Inciso I, do § 2º, do Art 8º do seu Regimento Interno, o Art 1º da Lei 7.804 de 15 de julho de 1989. Disponível em:  
< <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF> > Acesso em: 17 de junho de 2021.

LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica. 2014. Disponível em:  
< [www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20140517170251\\_1477.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf) >. Acesso em: 18 de junho de 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito a informação e meio ambiente**. 2 ed., ampl. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/> > Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

PRESTES, Maria da Graça Orsatto. **Gestão Ambiental no Poder Judiciário: Implementação de práticas administrativas eficientes**. In Direito Ambiental em Evolução – N° 5. Vladimir P. de Freitas (coord.). 1ª. ed. – Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha/coord. Pedro Lenza. **Direito Ambiental**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NOTAS:

---

[1] Art. 225, *caput*, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[2] Art. 2º da Lei 6.938/1981. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...] X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. [...].

[3] Art. 4º da Lei 6.938/1981 - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; [...].

[4] Art. 9º da Lei 6.938/1981 - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; [...].

[5] Art. 225, *caput*, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[6] OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/> > Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

## O DEVER DE INTEGRAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS E CONVENCIONAIS NO CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

**ELAINE CRISTINA MONTEIRO CAVALCANTE:**

Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no Programa de Pós-Graduação em Direito, Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Juíza de Direito Aposentada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>10</sup>.

**Resumo:** O presente estudo tem por escopo analisar as garantias processuais penais constitucionais e convencionais, no contexto das normas internacionais dos direitos humanos, a partir da abordagem individualizada de cada garantia constitucional no cotejo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O foco da investigação são os impactos jurídicos e a integração das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, no sentido de avaliar se os direitos enunciados nos diplomas mencionados coincidem com as garantias asseguradas pela Constituição Federal, as quais conjugadas, integram o bloco de constitucionalidade que constitui o pilar do processo penal garantista. Conclui-se que no âmbito do processo penal, as normas aplicáveis aos casos concretos devem ser adequadas à Constituição Federal e aos diplomas internacionais, no binômio constitucionalidade e convencionalidade.

**Palavras-chave:** Garantias constitucionais; Garantias convencionais; Processo penal; Direitos humanos; Integração.

**Abstract:** The scope of this study is to analyze the constitutional and conventional criminal procedural guarantees, in the context of the complexity of the international human rights norms, based on the individualized approach of each constitutional guarantee in comparison with the International Pact on Civil and Political Rights (IPCPR) and the American Convention on Human Rights (ACHR), focusing on the legal impact and integration of international human rights standards ratified by Brazil, in order to evaluate whether the rights stated in the above diplomas mentioned coincide with the guarantees provided by the Federal Constitution, which together, integrate the block of constitutionality that constitutes the pillar of the guaranteeing criminal procedure,

---

<sup>10</sup> E-mail: ecmcavalcante@uol.com.br

concluding that, within the scope of criminal procedure, the rules applicable to specific cases must be in accordance to the Federal Constitution and international diplomas, regarding both constitutionality and conventionality .

**Keywords:** Constitutional guarantees; Conventional guarantees; Criminal procedure; Human rights; Integration.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre o dever de integração das garantias processuais penais constitucionais e convencionais. 3. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. 4. As garantias processuais penais constitucionais e convencionais. 4.1 Garantia do devido processo legal. 4.2 Garantia do estado de inocência. 4.3 Garantias da ampla defesa e contraditório. 4.4 Garantia da igualdade processual. 4.5 Garantias de não autoincriminação e silêncio. 4.6 Garantia de imparcialidade. 4.7 Garantia do juiz natural. 4.8 Garantia da fundamentação das decisões. 4.9 Garantia da publicidade e sigilo. 4.10 Garantia do duplo grau de jurisdição. 4.11 Garantia da razoável duração do processo. 5 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

O presente estudo tem por objeto analisar as garantias processuais penais constitucionais e convencionais, no contexto da normatividade internacional dos direitos humanos, a partir de uma abordagem individualizada, de cada garantia constitucional, no cotejo com o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O foco é avaliar o impacto jurídico, acompanhado da integração entre o sistema doméstico e o internacional, sobretudo no que concerne à coincidência ou não das garantias asseguradas pela Constituição Federal com os diplomas internacionais mencionados, ratificados pelo Brasil.

O estudo aqui proposto utiliza os métodos de abordagem dedutivo e descritivo-argumentativo, e a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de fontes legislativas e doutrinárias.

Na seção 2, logo após a Introdução, são tecidas considerações sobre o dever de integração das garantias processuais penais constitucionais e convencionais, a partir da abordagem do processo penal humanitário e de sua relação com os diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, que formam um bloco de constitucionalidade, acenando para a necessidade do controle de convencionalidade que deve ocorrer entre as normas internas e a Constituição Federal. Conclui-se que no âmbito do processo penal, as normas aplicáveis aos casos concretos devem ser adequadas à Constituição Federal e aos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, no binômio constitucionalidade e convencionalidade.

Na seção 3, o estudo aborda a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, apresentando as posições doutrinárias sobre o tema e o emblemático julgado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343, que assentou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, acenando a importância do *status* hierárquico dos diplomas internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados antes da vigência do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, especialmente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Na seção 4, são analisadas, individualmente, as garantias processuais penais constitucionais e convencionais no cotejo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O objetivo é investigar o impacto jurídico e a integração das normas internacionais de direitos humanos, visando a avaliar se os direitos enunciados nos diplomas mencionados coincidem com as garantias asseguradas pela Constituição Federal.

## **2 Considerações gerais sobre o dever de integração das garantias processuais penais constitucionais e convencionais**

O contexto histórico do processo penal envolve a busca do equilíbrio entre aquilo que se entende como o ideal de segurança social e a necessidade de proteger o indivíduo em seus direitos fundamentais.

Em uma visão moderna, o ideal de segurança social, aqui compreendido como *eficiência*, e a preservação das garantias individuais, aqui compreendida como *garantismo*, não são antagônicos entre si, ao contrário, são convergentes.

De um lado, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo[1].

A Constituição Federal de 1988, de cunho garantista, estabeleceu a tutela penal dos direitos fundamentais e o procedimento penal para a aplicação do direito, por meio de diversos princípios-garantias, para a esmerada observância do devido processo penal constitucional. Segundo Gustavo Henrique Badaró, “as diversas garantias constitucionais, embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integradamente, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais”[2].

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana; em seu art. 4º, estabelece que é regida, nas suas relações internacionais, dentre vários princípios, pela prevalência dos direitos humanos.

Neste contexto, Jorge Miranda ressalta:

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que “tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que a “dignidade humana é sagrada” (art. 1º da Constituição alemã de 1949)[3].

Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas[4].

André de Carvalho Ramos, por sua vez, acrescenta: “o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas”[5].

Partindo dessa premissa, atualmente, a principal fonte de obrigação do direito internacional são os tratados internacionais, os quais só se aplicam aos Estados-partes.

Assim, considerando que a Constituição Federal se relaciona com os diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, independentemente da posição adotada em relação ao *status* hierárquico desses tratados, há um bloco de constitucionalidade



integrado pelas normas da Constituição Federal e pelas normas dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, além do controle de constitucionalidade entre as normas internas e a Constituição Federal, deve haver também um controle de convencionalidade de direitos humanos, que consiste em verificar a compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Em consequência, André de Carvalho Ramos adverte: “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário[6]”.

Portanto, no âmbito do processo penal, as normas aplicáveis aos casos concretos devem ser adequadas à Constituição Federal e aos diplomas internacionais, no binômio constitucionalidade e convencionalidade.

### **3 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos**

Em seu art. 5º, § 2º, a Constituição Federal de 1988 prevê que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, afirma-se que há direitos e garantias expressos no texto constitucional (art. 5º, I a LXXVIII) e implícitos, aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, assim como os direitos e garantias previstos nos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, os quais integram o “bloco de constitucionalidade”, constituindo-se fontes de proteção. Isto significa que há uma abertura do sistema doméstico ao sistema protetivo internacional, o que possibilita a hermenêutica assecuratória dos direitos e das liberdades, na perspectiva do devido processo[7].

Flávia Piovesan sempre sustentou que os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil tinham *status* constitucional, salientando que a conclusão era oriunda da interpretação sistemática e teleológica do texto, sobretudo, considerando-se os valores da dignidade humana e os direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos que orientavam a compreensão do fenômeno constitucional[8].

Muito se discutiu no Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais desde 1977, até que a Emenda Constitucional n. 45/2004 colocou fim à celeuma doutrinária e jurisprudencial, ao inserir o § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Malgrado o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, remanesce a importante questão de saber o *status* dos diplomas internacionais relativos aos direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.

No que diz respeito ao processo penal, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e seu Protocolo Facultativo; o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, de 1988; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica e seus protocolos adicionais.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foram ratificados em 1992 e introduzidos respectivamente pelo Decreto-Legislativo n. 226/1991 e Decreto Legislativo n. 27/1992, promulgados pelos Decretos-Executivos n. 592/1992 e n. 678/1992, nos termos do art. 84, VIII, da Constituição Federal, portanto, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004[9].

Digna de destaque a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil em 1998, como jurisdição obrigatória e vinculante.

Para o desenvolvimento deste estudo, importa saber se esses instrumentos internacionais, ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, conforme explica Flávia Piovesan:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar com os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro[10].

Importante mencionar, entretanto, o emblemático julgamento do RE 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal, em 3 de dezembro de 2008, que assentou, por maioria, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos[11].

Malgrado o posicionamento de Flávia Piovesan, “consagrou-se no STF a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: *supralegal* para os que não foram aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004, e *constitucional* para os aprovados de acordo com rito especial”[12].

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, embora não sejam equivalentes às emendas constitucionais, os direitos e garantias do devido processo integram o bloco de constitucionalidade com aplicação imediata. Assim, são inteiramente relevantes as decisões de suas respectivas Cortes.

Portanto, da análise do artigo 5º do Código Penal (“aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”) e do artigo 1º do Código de Processo Penal (“o processo penal reger-se-á em todo território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e as regras de direito internacional [...]”), que, no âmbito criminal, a convencionalidade deve ter primazia sobre as regras internas.

#### **4 As garantias processuais penais constitucionais e convencionais**

Neste estudo, com ênfase nas garantias processuais penais constitucionais e convencionais, revela-se pertinente avaliar o impacto jurídico e de integração das normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a argumentação de Flávia Piovesan:

Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno[13].

A seguir, serão analisadas as garantias processuais penais constitucionais e convencionais sob a perspectiva integradora ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

#### 4.1 Garantia do devido processo legal

A garantia do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, prevê: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do *due process of law* tem seu antecedente remoto na Magna Carta, de 1215. Foi esse o primeiro documento jurídico a fazer menção a esse princípio, quando, no seu art. 39, utilizou a locução *per legem terrae*, redigida em latim e mais tarde traduzida para *law of land*, ou seja, “lei da terra”. Essa expressão importava, antes de tudo, na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes fáticos e judiciais[14].

O termo *due process of law* apareceu em 1354, na Inglaterra, quando Eduardo III expediu uma lei, denominada, *Statute of Westminster of the Liberties of London*, substituindo a locução originária *per legem terrae*. Esse princípio foi adotado pelas emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana de 1787[15].

A garantia do devido processo legal visa evitar todos os excessos e arbitrariedades do Estado contra o indivíduo, assegurando direitos individuais e sociais. Observa-se um leque de garantias dela decorrentes.

Na evolução do *due process*, do aspecto formal, externo, procedimental, alcançou-se o aspecto material, ou seja, do justo processo, de racionalidade valorativa (*substantive due process*) e sua destinação aos três poderes do Estado, no momento da elaboração das leis, em sua interpretação e execução (funções legislativa, jurisdicional e executiva). O constituinte de 1988, conforme o art. 5º, LIV, exige que ninguém seja privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se de uma cláusula inserida em nosso ordenamento jurídico como guarda-chuva, sob a qual se abrigam direitos, garantias, princípios, regras, valores, deveres e proibições, catalogadas e implícitas, abarcando a esfera interna e internacional (art. 5º § 2º, da CF)[16].

No âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o devido processo está previsto nos arts. 8º a 25, cujos direitos e garantias integram a Magna Carta de 1988, independentemente da interpretação dada ao art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal[17].

## 4.2 Garantia do estado de inocência

A garantia do estado de inocência, prevista do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, rege que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Vale dizer que a garantia do estado de inocência ou presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade significam que o ser humano, em sua essência, nasce inocente e assim permanece até que, por meio do devido processo constitucional e convencional, venha a perder este estado natural e jurídico.

A partir daí, a doutrina afirma que pelo menos duas regras são impostas ao Estado em relação ao acusado: a primeira, de tratamento, no sentido de que durante a persecução penal não venha a sofrer restrições pessoais baseadas exclusivamente na possibilidade de condenação e outra, de caráter probatório, no sentido de que o ônus da prova quanto à existência do fato e sua autoria incumbem à acusação (art. 156, do Código de Processo Penal)[18].

Em consequência, se a acusação não se desincumbir do ônus de provar a culpa do imputado, a dúvida do juiz deve conduzir à absolvição do acusado com fundamento no princípio *in dubio pro reo*.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078, reconheceu que o estado de inocência deveria ser aplicado até que houvesse condenação transitada em julgado, impedindo, dessa forma, a execução provisória da pena, na pendência de qualquer recurso.

Ocorre que em 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, assentou a possibilidade do início da execução penal após o acórdão condenatório em segundo grau, sob o argumento de que naquele momento estaria encerrada a análise de fatos e provas que estabeleceram a culpa do sentenciado.

Posteriormente, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o posicionamento de 2009, para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011. Ademais, como corolário do estado de

inocência, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 11 sobre o uso de algemas[19].

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no seu art. 14.2, prevê: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.2: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

### **4.3 Garantias da ampla defesa e contraditório**

As garantias da ampla defesa e do contraditório constam do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No âmbito do tribunal do júri, a Constituição Federal assegura a plenitude de defesa, em seu art. 5º, XXXVIII, *a*. O binômio ampla defesa e contraditório é consequência intrínseca do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

A ampla defesa se concretiza através da defesa técnica, da autodefesa e da defesa efetiva. Observa-se que nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e dela decorrem outros direitos e garantias, como o direito de ser ouvido ou o direito à audiência (audiência de custódia); o direito de não produzir prova contra si mesmo; o direito ao silêncio; o direito à prova; o direito de acesso aos procedimentos, nos termos da Súmula Vinculante n. 14, do Supremo Tribunal Federal[20]; o direito de estar presente durante a prática de atos processuais; o direito de entrevista com o defensor; o direito à presença de intérprete; a legitimação recursal do próprio réu; o direito à última palavra; a obrigatoriedade e a efetividade da defesa técnica e a concessão de prazo suficiente para a preparação de defesa.

A garantia do contraditório tradicionalmente se consubstanciava tão somente na garantia de participação no processo, no direito à informação, nos termos do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal[21] e na ciência bilateral às partes de todos os atos processuais.

Segundo Eugênio Pacelli:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos



no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual[22].

Cada parte deve ter plena informação das estratégias da parte contrária, conhecimento e acesso ao conteúdo de todas as questões de fato e de direito para a construção da democracia processual.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu art. 14.1 e 14.3, *d*, estabelece a proteção às garantias da ampla defesa e contraditório[23]. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por sua vez, contempla várias garantias judiciais referentes à ampla defesa e o contraditório em seu art. 8º[24].

No Brasil, embora não haja determinação legal autorizando a autodefesa técnica, a menos que o imputado tenha capacidade postulatória, ele deve ser cientificado de que pode exercer a autodefesa durante o interrogatório – no entanto, trata-se de autodefesa facultativa. É obrigatória a defesa técnica por profissional habilitado, diversamente do disposto nos diplomas internacionais mencionados.

E, a reforçar o dever de integração dos diplomas internacionais ao sistema doméstico, oportuna a citação do julgamento da ADPF n. 347, pelo Supremo Tribunal Federal, no que concerne às audiências de custódia:

Nesse sentido, merece realce o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347, em 9 de setembro de 2015, em que a Suprema Corte, ao enfrentar a situação degradante das penitenciárias no Brasil, as condições desumanas de custódia e a violação massiva de direitos humanos, acolheu imediatamente o instituto do “estado de coisas inconstitucional” e determinou a realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão, tendo por fundamento o art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na visão da Corte, a Convenção Americana ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz”, legitima a denominada “audiência de custódia” no “marco do ‘direito convencional’, no qual o juiz apreciará a legalidade da prisão à vista do preso que lhe é apresentado, tendo a Convenção Americana “eficácia geral e efeito *erga omnes*”[25].

#### 4.4 Garantia da igualdade processual

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Eis o princípio da garantia-igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Trata-se de direito fundamental da pessoa humana, presente nos diplomas internacionais e nas Constituições.

Trata-se do exercício de uma função estatal junto à qual não se poderá fazer “distinção de qualquer natureza”. Tal expressão significa que os órgãos públicos não poderão fazer distinção quando da *aplicação* da lei ordinária. A igualdade, nesse contexto, é igualdade em sentido formal, pois implica proibição de distinção *pelo aplicador* do direito (Administração e Judiciário) que não esteja prevista *pela* ou *na* lei[26].

Entendido em seu sentido estritamente formal, o parâmetro constitucional da igualdade corresponde ao “princípio da legalidade” firmado no art. 5º, II, da CF, que fixa a necessidade de lei formal para a configuração de obrigações jurídicas gerais. Ambos os dispositivos não oferecem proteção contra o poder discricionário do legislador, contra a distinção ou desigualdade acarretada *pela* lei. Assim, a igualdade tal qual mencionada na primeira parte ou primeiro subperíodo do *caput* do art. 5º, seria um direito fundamental pleno como aqueles cuja inviolabilidade foi garantida aos “brasileiros e estrangeiros residentes” a partir da segunda parte (2º subperíodo) do *caput* do mesmo art. 5º, apenas se se tivesse por ela fixado a igualdade material oponível, especialmente, em face do legislador. Essa possibilidade é excluída pelas inequívocas expressões “perante a lei” (*caput*) e (obrigado) em virtude de lei” (inc. II)[27].

O princípio da igualdade, no entanto, não se restringe apenas ao seu aspecto formal, posto que a lei que violar direitos fundamentais necessariamente deverá estar em consonância com o parâmetro normativo constitucional. Assim, em alguns casos, poderá ou deverá realizar as distinções que se fizerem necessárias para a proteção do direito fundamental à igualdade material.

Dessa forma, no art. 5º da Constituição Federal, são garantidas duas modalidades do direito à igualdade: a igualdade *perante* a lei ou igualdade de aplicação da lei e igualdade em sentido amplo, que abarca a igualdade *na* lei ou *pela* lei, em outras palavras, a igualdade material.

No entanto, José Afonso da Silva ressalta:

no Direito estrangeiro faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade *na* lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade *perante* a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na* lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos[28].

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*[29].

Ao se transportar essas ideias para o processo penal, entende-se que a garantia da igualdade deve assegurar o tratamento paritário entre os acusados e as partes no processo e a exigência de outorga pelo legislador e pelo juiz da igualdade de armas para as partes, a fim de que o Ministério Público, o querelante e o acusado tenham as mesmas oportunidades no debate processual, mantendo, assim, o equilíbrio de forças.

Sobre este aspecto, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 14.3 dispõe: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]". Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), firma em seu art. 8.2: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]".

Verifica-se, portanto, que tanto os diplomas internacionais acima mencionados quanto a Constituição Federal do Brasil determinam a igualdade processual às partes.

#### **4.5 Garantias de não autoincriminação e silêncio**

A garantia do direito ao silêncio está prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". A garantia de não

autoincriminação, conhecida como *nemo tenetur se detegere* é o gênero, do qual o direito ao silêncio é a espécie.

No Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 186, parágrafo único[30], há disposição expressa nesse sentido.

Abrange, portanto, uma complexidade de comportamentos, condutas, circunstâncias autoincriminatórias, ou seja, tudo o que pode ser utilizado contra o sujeito, não só a exteriorização do pensamento mediante declaração [...]. O *nemo tenetur* e o direito ao silêncio não são absolutos, mas qualquer restrição há de estar prevista em uma lei adequada à convencionalidade e à constitucionalidade, ou seja, que não elimine ou afete o conteúdo essencial do direito restringido (coleta de material biológico para exame de DNA e dimensão essencial do direito à integridade corporal, *v.g.*) mediante as reservas legal e jurisdicional [...]. Nas situações da delação premiada da Lei 12.850/2013, a renúncia ao direito ao silêncio e sua sujeição a dizer a verdade somente encontra adequação constitucional quando sua situação for de testemunha e não de imputado (art. 4º, § 14)[31].

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) em seu art. 14.3, *g*[32] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.2, *g*[33] consagram a garantia à não autoincriminação e o direito ao silêncio.

Em síntese, a observância dessas garantias, tanto no plano nacional quanto internacional, preserva a dignidade da pessoa humana.

#### **4.6 Garantia da imparcialidade**

A Constituição Federal não prevê expressamente a garantia a um juiz imparcial, mas os diplomas internacionais de direitos humanos, em regra, a consagram. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu art. 14.1[34], e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.1[35], asseguram aos acusados o direito de serem julgados por um tribunal independente e imparcial. E, o fato desses diplomas terem sido ratificados pelo Brasil significa que integram nosso ordenamento jurídico, com *status superior à lei ordinária*.

Conquanto não haja disposição expressa sobre a independência e a imparcialidade do juiz, a Constituição Federal prevê uma série de prerrogativas que visam assegurar a independência dos juízes e vedações, com o fito de garantir o julgamento por um juiz imparcial (art. 95 e parágrafo único da Constituição Federal de 1988)[36].

A independência é condição imprescindível para a manifestação da garantia da imparcialidade, que objetiva evitar arbitrariedades ou influências subjetivas, para a prolação de um julgamento idôneo. Trata-se da hipótese mencionada por Flávia Piovesan de que a norma internacional vem integrar, complementar ou ampliar o universo de direitos constitucionais.

#### **4.7 Garantia do juiz natural**

A garantia do juiz natural está prevista no art. 5º, LIII, da Constituição Federal: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. E o artigo 5º, XXXVII, por sua vez, estabelece: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Ambos consistem em garantias do Estado Democrático de Direito e decorrem do princípio do devido processo legal.

A autoridade competente, para os fins explicitados, é aquela que deve ser oriunda de um órgão constitucional, pertencente ao Poder Judiciário. É a garantia de que o indivíduo não venha a ser processado ou condenado por um juízo ou tribunal de exceção. Assegura outros direitos importantes como a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), em seu art. 14.1[37] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.1[38] estabelecem que toda pessoa terá o direito de ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial.

#### **4.8 Garantia da fundamentação das decisões**

A garantia da fundamentação das decisões está prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões [...]”. Trata-se do corolário do princípio do devido processo legal.

Segundo Gustavo Henrique Badaró:

A motivação das decisões judiciais apresenta uma dupla finalidade. Sob uma ótica individualista, isto é, considerando a finalidade que a motivação desempenha no processo, levando-se em conta apenas o interesse das partes, a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e o ataque aos seus fundamentos pela via recursal. Trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando sua finalidade

técnico-processual. Por outro lado, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional[39].

Embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não tenha uma disposição expressa sobre a garantia da fundamentação das decisões, em vários artigos faz alusões das quais se infere o dever de fundamentar, por exemplo, no art. 2º[40], 7.3[41] e 8.1.[42]

A fundamentação adequada, do ponto de vista jurídico, há de passar pela dupla filtragem: constitucional e convencional, em uma compreensão inserida na complexidade dos fatos, regras e princípios. Uma decisão não encontra fundamentação adequada quando há uma simples escolha, uma eleição de sentido que convém ao órgão julgador, mas sim quando emerge o convencido como adequado, ou seja, o pertencente à realidade da vida, ao mundo jurídico, a partir da CF e dos diplomas internacionais[43].

#### **4.9 Garantia da publicidade e sigilo**

A garantia da publicidade e sigilo estão previstas nos artigos 5º, LX (“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”) e 93, IX, este último, com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 45/2004:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. No Código de Processo Penal a publicidade está prevista no artigo 792, § 1º[44].

No direito processual penal, a regra é a publicidade, uma das garantias mais importantes a integrar os principais diplomas internacionais, sobretudo do processo penal.

Não se trata de um direito absoluto, que comporta exceções, nas hipóteses legalmente previstas. Nada obstante, por força da nova redação dada ao art. 93, IX, da Constituição Federal, somente será restringida a publicidade com fundamento na preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo, quando não prejudicar o interesse público à informação.



O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 14.1[45] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.5[46], determinam a regra da publicidade e contemplam as exceções, como a moralidade, a ordem pública, a segurança nacional, a vida privada das partes e os interesses da justiça.

#### **4.10 Garantia do duplo grau de jurisdição**

A garantia ao duplo grau de jurisdição é imanente na Constituição Federal e se infere do artigo 5º, LV: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ademais, é uma garantia que pode ser extraída da estrutura recursal dos tribunais prevista na Constituição Federal nos arts. 102, II e III; 105, II e III; 108, II; 121, §§ 3º e 4º e 125, § 1º.

Consiste na possibilidade de revisão do juízo sobre a matéria de fato e de direito a ele submetida, observadas as limitações constitucionais e legais dos tribunais superiores e dos embargos infringentes.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 14.5, prevê: “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8.2, *h*, dispõe: “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

Assim, o direito ao duplo pronunciamento decorre da integração ao ordenamento jurídico brasileiro, dos diplomas internacionais mencionados, caracterizando a hipótese trazida por Flávia Piovesan, de que a norma internacional vem integrar, complementar ou ampliar o universo de direitos constitucionais.

#### **4.11 Garantia da razoável duração do processo**

A garantia da razoável duração do processo foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Antes disso, porém, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seus arts. 9.3 e 14.3, c[47] e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu arts. 8.1, 7.5 e 7.6,[48] já havia menção expressa ao prazo razoável.

Não há uma definição legal sobre prazo razoável, de forma que somente a análise do caso concreto com todas as suas circunstâncias poderá trazer critérios que justifiquem a dilação dentro da normalidade do procedimento.

A ausência de prazos específicos é criticada pela doutrina, que aponta a falta de parâmetros e de sanções ao descumprimento do prazo razoável, por acarretarem a não efetividade dessa garantia.

A tutela jurisdicional efetiva insere-se no interesse estatal e da cidadania, de que a resposta ao caso criminal seja emitida em um prazo razoável, sem dilações indevidas, para haver confiança nas instituições oficiais, integrantes do Estado de Direito[49].

## 5 Conclusão

Inicialmente, após o desenvolvimento das argumentações trazidas neste artigo, concluímos que a análise individualizada das garantias processuais penais constitucionais no cotejo com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) revelou que, ou as garantias coincidiam com o direito assegurado pelos diplomas internacionais ou eram por eles complementadas, de maneira a ampliar este universo, visto que nenhuma delas contrariou preceitos internacionais.

Tendo em vista que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, e que esse também é o escopo do direito internacional dos direitos humanos, a atuação integrada do sistema doméstico ao sistema internacional se mostra imprescindível à consecução do ideal de proteger o indivíduo em seus direitos fundamentais.

A partir do julgamento do RE 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 2008, que assentou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, podemos afirmar que as garantias processuais penais expressas no texto constitucional, assim como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, segundo o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, conjugados com os direitos e garantias previstos nos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, que foram objeto deste estudo, integram o bloco de constitucionalidade que constituem os pilares do processo penal garantista, devendo ser aplicado, em caso de conflito, o princípio interpretativo *pro homine*, que outorga maior proteção aos direitos fundamentais, na medida em que, segundo este princípio, sempre deve ser aplicada a norma mais ampliativa para garantir o pleno gozo dos direitos e liberdades do ser humano.

Nesse contexto, incumbe aos magistrados brasileiros o controle de convencionalidade em casos relacionados à sua competência, das normas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Este é o paradigma a ser perseguido para esmerada observância dos diplomas internacionais de direitos humanos e da jurisprudência de suas Cortes.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NOTAS:

---

[1] FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 19.

[2] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 43.

[3] MIRANDA, Jorge; SILVA Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 168.

[4] MIRANDA, Jorge; SILVA Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 170.

[5] RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: o "diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle". *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9.

[6] RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: o "diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle". *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

[7] RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: o "diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle". *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

[8] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 134.

[9] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 22.

[10] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 155.

[11] Em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º). Tal dispositivo proíbe a prisão civil por dívida,

salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia. Diversamente, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, embora estabeleça a proibição da prisão civil por dívida, excepciona as hipóteses do depositário infiel e do devedor de alimentos. O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. O Supremo firmou, assim, a orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiram, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 159.

[12] RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: o “diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 6.

[13] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 183.

[14] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 16.

[15] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 16.

[16] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

[17] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 107.

[18] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 52.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

[21] BRASIL. Constituição Federal (1988). "Art. 5º, LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

[22] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 47.

[23] Art. 14.1 do PIDCP: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...]. Art. 14.3, d. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

[24] Artigo 8º da CADH: Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de



sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

[25] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 187.

[26] CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 448.

[27] CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 448.

[28] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215.

[29] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215.

[30] BRASIL. Código de Processo Penal (1940). "Art. 186, parágrafo único. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

[31] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 234.

[32] Art. 14.3, g, do PIDCP: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias: [...] g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

[33] Art. 8.2, *g*, da CADH: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

[34] Art. 14.1 do PIDCP: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...]”.

[35] Art.8.1 da CADH: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

[36] BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. Parágrafo único. As juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária; IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V– exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

[37] Art. 14.1 do PIDCP: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...]”.

[38] Art. 8.1 da CADH: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[39] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 72.

[40] Art. 2º da CADH: “Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

[41] Art.7.3 da CADH: “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”.

[42] Art.8.1 da CADH: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

[43] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 256.

[44] BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 792, § 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

[45] Art. 14.1 do PIDCP: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida e que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

[46] Art.8.5 da CADH: "O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça".

[47] Art. 9.3 do PIDCP: "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade; Art. 14.3, c, do PIDCP: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) a ser julgada sem dilações indevidas.

[48] Art. 8.1 da CADH: "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]; Art. 7.5: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo; Art. 7.6: Toda pessoa privada de liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou detenção forem ilegais.

[49] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 381.

## PRINCÍPIOS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

**ARQUIMEDES TORRES DE MELO REVOREDO:** advogado, assessor e consultor jurídico previdenciarista com foco em empresas e beneficiários da seguridade social, sócio administrador da ARSIA, articulista, pós-graduado (lato sensu) em direito processual, direito da seguridade social, advocacia previdenciária, direito do consumidor, direito público, direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional<sup>11</sup>.

**AMANDA CABRAL FIDALGO**<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre princípios de direito previdenciário elencados no artigo 194, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Para tanto, comenta sobre o alicerce que é os princípios para o ordenamento jurídico brasileiro. Utilizou-se de material bibliográfico através de doutrinas jurídicas, jurisprudência, a Carta Magna e legislação específica. Com isso, proporciona uma maior compreensão dos princípios contidos na constituição que norteiam o direito previdenciário por parte dos operadores do direito.

**Palavras-chave:** Constituição. Direito Previdenciário. Princípios.

**ABSTRACT:** This article discusses the principles of social security law listed in article 194, sole paragraph, of the Constitution of the Republic of 1988. To this end, it comments on the foundation that is the principles for the Brazilian legal system. Bibliographic material was used through legal doctrines, jurisprudence, the Magna Carta and specific legislation. With this, it provides a greater understanding of the principles contained in the constitution that guide the social security law by the operators of the law.

**Keywords:** Constitution. Social Security Law. Principles.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO – 2. CONSTITUIÇÃO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO - 3. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO - 3.1. Princípio da Universalidade de Cobertura e do Atendimento - 3.2. Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios

---

11 E-mail: advocaciarevored@gmail.com

e Serviços às Populações Urbanas e Rurais - 3.3. Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços – 3.4. Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios – 3.5. Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio – 3.6. Princípio da Diversidade da Base de Financiamento – 3.7. Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração – 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

Os princípios relativos ao Direito Previdenciário são de importância capital para a Ciência do Direito, e, porque não dizer, também, para o sistema jurídico brasileiro, o que pode ser observado no presente artigo.

Esses princípios, intrínsecos ao Direito Previdenciário, constituem o alicerce do ordenamento jurídico do Brasil, protegendo os direitos que auxiliam na efetividade da justiça e, finalmente, servem como elemento integrador do Direito e de suas fontes supletivas.

Ao longo da laboração deste artigo, foram identificadas diversas mudanças, que necessitam de mais repercussão para que sejam aplicados de forma exemplar no sistema jurídico brasileiro, através do poder judiciário na emissão de suas decisões.

Além disso, os operadores do Direito de modo geral, também precisam contribuir para a aplicação desses princípios, haja vista que se constituem em instrumentos de interpretação das leis.

Dessa forma, os registros dos princípios do Direito Previdenciário no âmbito deste artigo, foi feito contando com a utilização de exemplos, por intermédio das concepções de estudiosos do assunto, como se vê na sequência, forma que se considerou mais pertinente no esclarecimento desses princípios.

## **2 CONSTITUIÇÃO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

A atual Constituição Federal, sancionada em 05 de outubro de 1988, contém os princípios de Direito Previdenciário no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II - Da Seguridade Social, no seu art. 194, parágrafo único.

Pode-se considerar que a Constituição se configura em um dos instrumentos jurídicos de maior importância, que auxiliam o operador de Direito Previdenciário para que este tenha um entendimento global sobre o Direito Previdenciário e seus princípios.

A esse respeito, Ribeiro<sup>[2]</sup> (2011, p.28) afirma que:



O Direito Constitucional engloba as normas jurídicas supremas na legislação pátria atinentes à formação e organização do Estado, ao regime político, à competência e função dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Complementando seu entendimento anterior, Ribeiro (2011), com base em seus estudos, afirma:

É este ramo o responsável pela fixação de princípios no tocante à concessão de benefícios de benefícios, no que tange ao custeio da Previdência Social, na fixação da competência dos entes federados para a criação de contribuições sociais, entre os outros.

### **3 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, parágrafo único, e art. 195, parágrafo 5º, estabelece os princípios constitucionais que norteiam a Seguridade Social, quais sejam:

Princípios norteadores do Art. 194 [...]

[...]

§ Parágrafo único, CF: {...}

I – Universalidade da cobertura e do atendimento;

II – Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III– Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV– Irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – Equidade na forma de participação no custeio;

VI – Diversidade da base de financiamento;

VII– Caráter democrático e descentralizado da administração.

...

Art. 195. [...]

§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (BRASIL<sup>[3]</sup>, 2019).

Doutrinadores há que defendem que as disposições do art. 195, § 5º, não constitui um princípio e sim uma regra conhecida como Regra da Contrapartida. No entanto, este princípio é pauta de valor, ou seja, da estabilidade financeiro-econômica da Seguridade Social.

Esses princípios são norteadores dos operadores do Direito e são bem fundamentados por Rocha; Savaris<sup>[4]</sup> (2019, p.35), como se pode verificar na sequência:

(...) nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem seja com guia para a compreensão de seu sentido (interpretação), sejam como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto.

Por seu turno, Dell'Amore Torres<sup>[5]</sup> (2012, p.7) considera que

(...) os princípios constituem os fundamentos de um sistema de conhecimento. Os princípios da seguridade social orientam que as regras da seguridade social devem observar o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social. Princípios estes, fixados no artigo 193 da Constituição. A lei maior do nosso Estado, a Constituição Federal, em seu artigo 193.

### **3.1 Princípio da Universalidade de Cobertura e do Atendimento**

Conceituando o princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, Ribeiro (2011, p.252), o divide em três partes, quais sejam:

Universalidade = igualdade isonômica (igualdade material e não formal), ou seja, igualar os desiguais e diferenciar os desiguais. Refere-se tanto aos sujeitos protegidos quanto ao elenco de prestações que serão fornecidas pelo sistema de seguridade social. Grande ofensa ao mencionado princípio é a inércia do nosso legislador em conceder cobertura para que os pais possam cuidar

de filhos enfermos por períodos previstos em lei. Em nosso país, não temos o benefício da licença-parental, de forma que a mãe ou o pai, possam se ausentar do trabalho para cuidar do filho e receber uma proteção previdenciária adequada.

Cobertura = a previdência será responsável por dar cobertura às situações amparadas, por lei, que gerem necessidade social. Assim, a cobertura refere-se a situações de vida que serão protegidas de uma forma isonômica.

Atendimento = o atendimento significa o fornecimento de serviços e benefícios a todos os segurados, titulares do direito à proteção social. O INSS vem frequentemente ofendendo este princípio constitucional quando criou a Alta programada. Vale ressaltar que a violação a este princípio poderá ser arguida nas ações de restabelecimento de auxílio-doença. Isto porque a lei que concede a adequada proteção previdenciária para aquele que está incapacitado para o trabalho ou para atos da vida cotidiana e o INSS, mesmo sem verificar esta característica cancela o auxílio, ofendendo desta forma o princípio do atendimento.

Manifestando-se sobre a questão, Morales<sup>[6]</sup> (2009, p.55) afirma que o princípio da universalidade de cobertura do atendimento significa:

(...) a extensão a todos os fatos e situações que geram as necessidades básicas das pessoas. Ex. Maternidade, velhice, doenças, acidente, invalidez, reclusão, morte etc. A universalidade subjetiva significa que deve albergar todas as pessoas indistintamente. Segundo as lições, o professor titular de Direito do Trabalho na Universidade de São Paulo, Juiz do Trabalho em São Paulo, Dr. Sergio Pinto Martins, significa a universalidade que todos no país farão jus às prestações do sistema, sejam nacionais ou estrangeiros. Faz referência o inciso I do parágrafo único do art. 194 da Constituição à universalidade de cobertura e do atendimento. Universalidade de cobertura quer dizer que o sistema irá atender às necessidades das pessoas que forem atingidas por uma contingência humana, como a impossibilidade de retorno ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às contingências que serão cobertas, não as pessoas envolvidas, ou seja, as adversidades

ou aos acontecimentos em que a pessoa não tenha condições próprias de renda ou de subsistência.

Corroborando esse entendimento, Barros Júnior<sup>[7]</sup> (2012, p.33) garante que o princípio da universalidade de cobertura e do atendimento,

se refere ao fato de que todos os residentes no país, nacionais ou estrangeiros, estarão passíveis de perceber as prestações do sistema previdenciário oficial.

A universalidade pode ser classificada em duas vertentes distintas e complementares:

Universalidade de cobertura: o sistema atenderá as necessidades das pessoas que forem atingidas por uma contingência humana taxativa e previamente prevista no ato legislativo, com a incapacidade laborativa, a idade avançada e a morte.

Universalidade do atendimento: refere-se às adversidades ou aos acontecimentos que serão cobertos pela legislação, em que a pessoa atingida não mantenha condições próprias de renda ou de subsistência.

Segundo Dell'Amore Torres (2012, p.8), o princípio da universalidade de cobertura e atendimento contém duas naturezas: objetiva e subjetiva. Assim, para melhor entendimento, registra-se o conceito do princípio em questão:

Universalidade de cobertura (natureza objetiva: refere-se às contingências) é objetivo da Seguridade Social atender todas as contingências sociais (todos os acontecimentos) que coloquem as pessoas em estado de necessidade. (...)

Universalidade de atendimento (natureza subjetiva, refere-se às pessoas) é objetivo da Seguridade Social o de que todas as pessoas necessitadas sejam resguardadas.

De tudo que foi registrado até aqui, entende-se que esse princípio garante a todo cidadão, saúde, o gozo dos benefícios oferecidos pela Previdência Social e o amparo da assistência social.

Assim, tem-se que o estudo do princípio da universalidade de cobertura e atendimento foi analisado sobre os aspectos da universalidade, da cobertura e do atendimento.

### **3.2 Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais**

Com relação a esse princípio, Morales (2009), argumenta que significa “a concessão dos mesmos benefícios de igual valor econômico e de serviços da mesma qualidade”.

Por sua vez, Barros Júnior (2012), entende que o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais,

são os pagamentos feitos aos segurados e aos seus dependentes.

Serviços são bens imateriais, postos à disposição dos segurados ou dependentes. São exemplos: o serviço social e a reabilitação profissional.

A uniformidade diz respeito aos aspectos objetivos, ou seja, descreve os eventos fáticos que deverão ser cobertos.

A equivalência, por sua vez, vai tomar por base o aspecto pecuniário ou o atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo de algumas variáveis legais (tempo de serviço, coeficiente de cálculo etc.).

Por pertinente, refere-se que a uniformidade que apregoa este princípio não beneficia os servidores civis, militares e congressistas, pois estes possuem um regime próprio.

### **3.3 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços**

O conceito do princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços é estudado por alguns autores, a partir da análise da seletividade e da distributividade de maneira separada.

Dessa forma, no que diz respeito a esses fatores envolvendo o princípio, Ribeiro (2011, p.27), preceitua:

Seletividade = é a escolha dos tipos dos benefícios feitos através de estudos sociológicos. O fim da seletividade se dá com a edição da

lei que fixa o rol das prestações que, em conjunto, concretizam as finalidades da Ordem social (identifica os benefícios).

Distributividade = definirá o grau de proteção devido a cada um, contemplando de modo mais abrangente os que demonstrem produzir maiores necessidades (identifica os segurados que terão direito ao benefício).

Entende-se, a partir do registro acima, que, pela seletividade alguns benefícios estarão direcionados para a população de baixa renda, e pela distributividade, este princípio tenta abranger um maior número de cidadãos.

Conforme Morales (2009, p.13), o princípio da seletividade e distributividade, compreende:

O atendimento distintivo e prioritário aos mais carentes: alguns benefícios são pagos somente aos de baixa renda. Podemos em síntese apertada que o princípio da equidade de participação no custeio sugere solidarismo, ou seja que os ativos contribuem para sustentar os inativos. O sistema é de caráter social, já que, objetiva distribuir a renda aos desprovidos.

De acordo com Barros Júnior (2012), o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, *“além da opção legislativa, a seleção das prestações será feita de acordo com as possibilidades econômicas e financeiras da Seguridade Social”*.

É essa possibilidade econômico-financeira do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que determina que nem todas as pessoas terão direito a perceber benefícios previdenciários, bem como nem toda contingência poderá ser coberta.

Deve haver seletividade dos benefícios e serviços, privilegiando as contingências prioritárias do ponto de vista político, dirigidas às pessoas consideradas pelo legislador como as mais necessitadas.

Dell’Amore Torres (2012), ao tratar sobre o princípio da seletividade e distributividade na prestação de serviços, divide o seu conceito em seletividade e distributividade: “seletividade, limitador da universalidade de cobertura; distributividade, limitador da universalidade de atendimento”.

Continuando o estudo do princípio da seletividade e distributividade na prestação de serviços, Dell’Amore Torres (2012), faz o seguinte questionamento:



[...] é possível que o estado brasileiro conceda o resguardo contra todas as contingências causadoras de necessidades, bem como proteja todas as pessoas em estado de necessidade? Certamente que não, na medida em que seus recursos financeiros são inferiores às necessidades advindas de acontecimentos que coloquem as pessoas em tal estado.

Daí que, o princípio da seletividade e distributividade, é a orientação para que o legislador, quando da elaboração da lei referente à área da seguridade social, tenha a sensibilidade de fazer resguardar o maior número de pessoas possível.

Assim o legislador deve “selecionar” as contingências sociais mais importantes e “distribuí-las” a um maior número possível de pessoas acometidas de necessidades.

A partir dos registros referidos acima, entende-se que este princípio tem sua aplicação condicionada à disposição econômico-financeira do sistema da seguridade social.

### **3.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios**

A respeito desse princípio, refere-se posicionamento de Ribeiro (2011, p. 23), cuja manifestação melhor esclarece a questão:

[...] os benefícios previdenciários não podem ter o seu valor reduzido pela inflação. A instituição nacional responsável pela administração previdenciária (INSS) calcula a renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos. O fundamento deste princípio está no artigo 201, § 4º da CF, que preceitua que é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o seu valor real.

Uma vez que, o salário é substituído pela aposentadoria, a sua função será a de manter o poder de compra do segurado – afinal, reduzir o valor do benefício é reduzir o padrão de vida do segurado. Lembremos que o benefício tem caráter alimentar.

O princípio da irredutibilidade conjugado ao art. 201, § 3º e § 4º da CF, é o fundamento das ações revisionais de benefícios. Este princípio é a base de qualquer revisão de benefício e deverá ser

objeto de prequestionamento em toda e qualquer ação que venha discutir a revisão de renda mensal inicial (RMI) de benefícios previdenciários e a aplicação de índices inflacionários.

Segundo concepção de Morales (2009), o princípio da irredutibilidade do valor do benefício, consiste em que *"as prestações de benefício de natureza previdenciária que constituem dívidas de valor não podem sofrer desvalorização; precisam manter seu valor de compra, trata-se de norma de eficácia limitada"*.

Barros Júnior (2012), considera que, pelo princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios *"os benefícios não podem ser reduzidos e devem ter preservado seu valor real de compra (§ 4º do art. 101 da CF/88, "revogado, grifo nosso")*, o que sempre será feito por meio de lei, que irá prever a forma de reposição anual".

Apesar deste princípio apregoar a irredutibilidade dos benefícios, o que se observa, na realidade, é que o poder aquisitivo dos benefícios diminui barbaramente com o decorrer dos anos, não oferecendo na maioria dos casos, uma aposentadoria digna para o cidadão brasileiro. Nesse sentido, Pozzoli; De Lima<sup>[8]</sup> (2009, p.8), afirmam que,

(...) entretanto, a legislação salarial, ou correção do salário mínimo, nunca implicou a preservação real dos benefícios previdenciários. Nem a atual lei de benefícios, Lei 8.213/91, irá proporcionar a manutenção do poder aquisitivo real dos benefícios, pois perdas salariais ocorrem costumeiramente.

### **3.5 Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio**

Este princípio estipula que, a participação no custeio será de acordo com os rendimentos do cidadão brasileiro. Assim, por exemplo, a contribuição dos trabalhadores, recai sobre a folha de pagamento, ou seja, quem ganha mais contribui mais.

A esse respeito, refere-se concepção de Ribeiro (2011, p. 22), sobre o princípio da equidade na forma de participação no custeio:

é corolário do princípio da isonomia e da capacidade contributiva dos contribuintes (art. 145, § 1º da CF/88).

Cada segurado terá a obrigatoriedade de efetuar contribuições para a manutenção do sistema, segundo a sua capacidade econômica. Entretanto, quanto maior for a capacidade econômica do contribuinte, maior será a contribuição que deverá proceder para o fundo de custeio da seguridade social.

A equidade no custeio significa igualdade material no financiamento, cuja finalidade é proporção entre as quotas com que cada um dos contribuintes irá contribuir para a satisfação da seguridade social.

Segundo Morales (2009), o princípio da equidade na forma de participação do custeio, define que,

quem ganha mais deve pagar mais para que ocorra a justa participação no custeio; a contribuição do empregado recai sobre o lucro e o faturamento, além da folha de pagamento; deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Conforme Barros Júnior (2012), o princípio da equidade na forma de participação no custeio é um princípio complementar do princípio da igualdade. Por esse princípio, os contribuintes, em situações semelhantes, devem contribuir de forma similar.

Esta equidade não é destinada apenas ao juiz, mas alcança o legislador ordinário, que tem a obrigação de tratar de forma igual as pessoas que se encontrem em idênticas condições.

Por pertinente, refere-se que a legislação ordinária já prevê certa equidade, pois enquadra o trabalhador em quatro alíquotas de contribuição (7,5%, 9%, 12%, e 14%) na proporção do seu salário.

Mas, registra-se por pertinente, que o financiamento da Seguridade Social é feito por toda a sociedade: empresas, trabalhadores, entes públicos e concursos de prognósticos.

No entanto, a descrição não é taxativa. Isto porque podem ser instituídas outras fontes de custeio, desde que o sejam por meio de lei complementar, respeitadas as demais disposições tributárias.

Nesse sentido, Dell'Amore Torres (2012, p. 6), argumenta que:

a equidade na forma de participação do custeio é consequência do princípio da capacidade contributiva do direito tributário (contribui com mais aquele que detém maior capacidade contributiva) como também do princípio da igualdade material entre as pessoas (as pessoas são desiguais...).

Assim, considerando o conceito atribuído ao princípio da equidade na forma de participação no custeio, conclui-se que a Constituição Federal não designou uma única fonte de custeio, e que aqueles que estiverem em igualdade de condições contributivas colaborarão de forma equitativa.

Este princípio contém, no seu bojo, o princípio isonômico que recomenda tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

### **3.6 Princípio da Diversidade da Base de Financiamento**

Este princípio encontra-se inserido no art. 195, § 4º, da Constituição Federal brasileira, com os seguintes dizeres: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, inciso I” (BRASIL, 2019).

Morales (2009, p.9), assegura que o princípio da diversidade da base de financiamento, afirma: “o custeio provém de toda sociedade, de forma direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Dell’Amore Torres (2012) assevera que o princípio da diversidade da base de financiamento

visa a garantir maior estabilidade da Seguridade Social, na medida em que se impede que se atribua o ônus do custeio a segmentos específicos da sociedade.

Quanto maior for a base de financiamento (ou seja, sendo a obrigação do custeio imposta a um maior número possível de segmentos da sociedade), maior será a capacidade de a seguridade social fazer frente aos seus objetivos constitucionalmente traçados.

Concluindo, pode-se constatar que, quem financia a Seguridade Social não são somente os trabalhadores, os empregadores e o Poder Público, senão vejamos: a) a União Federal, os Estados e os Municípios; b) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei; c) do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; d) receitas de concursos de prognósticos; e) importadores de bens e serviços do exterior.

E, também, a Constituição Federal, no seu art. 195 estipula de maneira abrangente que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, conforme já registrado anteriormente, com o que, tem-se assim que todo benefício é previamente custeado por contribuições.

### 3.7 Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração

Este princípio se encontra no Capítulo II cujo título é Dos Direito Sociais, especificamente no seu art. 10, o qual dispõe, "*a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação*".

Posteriormente, quando trata de um dos objetivos da seguridade social, a Constituição aborda o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, no Título VIII cujo título é Da Ordem Social, no seu Capítulo II, cujo título é Da Seguridade Social, no seu art. 194, que dispõe:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"; Parágrafo único, "Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VII, " caráter democrático da administração da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo nos órgãos colegiados.

Morales (2009) trata do princípio do caráter democrático e descentralizado da administração afirmando "que os atores sociais devem participar da administração do sistema, escolhidos na sociedade cível através de meios democráticos".

Por sua vez, Barros Júnior (2012), garante que o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, se refere a que

a Seguridade Social tem administração com caráter democrático e descentralizado mediante gestão quadripartite, ou seja, com participação nos órgãos colegiados dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo.

A título exemplificativo, esse tipo de administração é visto nas Juntas de Recursos da Previdência Social (J. R. P. S.), onde existem representantes da União, dos trabalhadores e das empresas, formando um colegiado, que julgam definitivamente questões previdenciárias no âmbito administrativo, seja no custeio, seja na área de benefícios.

Para conceituar o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, Dell'Amore Torres (2012), o subdivide em

caráter democrático da gestão administrativa, visa a aproximação dos cidadãos (aqui representados pelos trabalhadores, aposentados e empregadores) às organizações e processos de decisão dos quais dependem seus direitos. Ex. Conselho Nacional da Previdência Social (garante-se a participação dos trabalhadores, aposentados e empregadores, a fim de que estes possam apresentar sugestões acerca da Previdência Social); "caráter descentralizado da gestão administrativa, trata-se de conceito de direito administrativo. O serviço público descentralizado é aquele em que o poder público (União, Estados e Municípios cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público" Ex. (Instituto Nacional do Seguro Social) é uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei para gerir a concessão e manutenção dos benefícios previdenciários.

Conclui-se, então, que este princípio, por meio do seu caráter democrático, visa atingir a justiça como um fim social, forma pela qual, todos seriam beneficiados com as suas disposições.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante das considerações feitas neste artigo, entende-se que a aplicação dos princípios de Direito Previdenciário auxilia os operadores do direito nas suas argumentações, na sua fundamentação e nas suas decisões emitidas.

Como símbolo da vontade do povo brasileiro, que espera, sobretudo, deste ramo judiciário especializado, a resposta às suas aflições e anseios de justiça em um Estado verdadeiramente de Direito, conclui-se que os princípios de Direito Previdenciário não devem ser ignorados, especialmente por se constituírem no alicerce do Direito Previdenciário.

#### **5 REFERÊNCIAS**

BARROS JÚNIOR, Edimilson de Almeida. **Direito Previdenciário Médico**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988. 46. ed., rev. e atual.** São Paulo: Atlas, 2019.



BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acessado em: 20 out. 2021.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **O Direito Previdenciário Moderno e sua Aplicabilidade ante o princípio da segurança Jurídica**. São Paulo: LTr, 2009. 104p.

POZZOLI, Lafayette; e DE LIMA, Otávio Augusto Custódio. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Primeira Impressão Editora e Distribuidora Ltda., 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 525p.

ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. **Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação**. 2ª. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

TORRES, Fabio Camacho Dell`Amore. **Princípios da Seguridade Social**. 01.03.2012. In: Revista Âmbito Jurídico. Com. Br. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos-leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos-leitura). Acessado em: 20 set. 2021.

#### **Sobre o autor:**

[2] advogado, assessor, consultor jurídico e articulista, sócio administrador da ARSIA, especialista em advocacia previdenciária, pós-graduado (lato sensu) em direito processual, direito previdenciário, direito do consumidor, direito público, direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional.

#### **Sobre a orientadora:**

[3] Orientadora, formação acadêmica: Bacharelado em Direito. FACI- Faculdade Ideal, conclusão em 2010, Especialista em Processo Civil, Trabalhista, Penal, Administrativo e Constitucional - Uninassau, concluído em Junho de 2013., Mestra em Direito Processual Constitucional- Universidade Nacional Lomas de Zamora concluído em Dezembro de 2014, Defesa realizada em 12/07/2017, e Revalidado pela UFRN PPG Nº 000471, Assessora Fazendária da SEFA/ PARÁ Até 08/01/19, Organizadora de Eventos, Palestras, Seminários, Workshop, Congressos, Simpósios e afins. EXPERIÊNCIAS PROFISSIONAIS: 2005 até 2016 - A Grello Advocacia e Imobiliário / Cargo: Assessora Jurídica. Principais atividades: Análise e realização de processos, acompanhamento de processos online e no fórum, nas áreas comercial, cível, tributária, trabalhista. Em 2006 a 2008- Trabalhou no Fundo Ver-o-Sol como Estagiária no Jurídico, desenvolvia o acompanhamento de Contratos e Convênios, Trâmites Administrativos, feitura de documentos oficiais, estudos de casos de municípios. Em 2008 a 2009 - Trabalhou ao Política Partido PTB, no cargo de Assessora Jurídica, onde

desenvolvia análise de processos, acompanhamento de julgamentos, atualização processual, protocolo e feitura de ações. Em 2009-2011 trabalhou na PMB BELÉM - Gabinete do Prefeito- Janeiro de 2009 á Dezembro de 2009 Setor: contratos e Convênios Principais e de 2009-2013 a PMB/SEHAB Setor: NAJ- Núcleo Jurídico, desenvolvendo emissão de pareceres singulares ou relato de pareceres coletivos, solicitados nos processos que lhe forem encaminhados. Em 2013 a Junho de 2014 Atuou como Docente na UNIP - Universidade Paulista, ministrando aulas para os cursos de bacharelado em Administração, Ciências Contábeis e os Cursos Tecnológicos de Gestão Empresarial, Pedagogia, Processos Gerenciais. Em 2013 a 2017, atuou como Docente da Escola de Governança do Estado do Pará como Prestadora de Serviços, na capacitação de funcionários públicos municipais e estaduais, mediante mini cursos, com disciplinas da área jurídica, com duração de 60h. Em 2014 a 2018, atuou como Docente na Faculdade Mauricio de Nassau - Belém, onde ministrava aula para os Cursos de Gestão de Recursos Humanos, Gestão Comercial, Ciências Contábeis, Administração, Serviço Social e Direito, com carga horária de 20h semanais, nas disciplinas de Direito Previdenciário, Direito Trabalhista, Direito e Legislação Tributária, Direito Empresarial , Direito Empresarial III, Direito Empresarial I e III. Direito do Consumidor, Hermenêutica Jurídica, Empreendedorismo, Introdução ao Estudo de Direito, Filosofia, ética e Cidadania, Direito e Legislação Social, bem como atuou ao Cursos de Pós Graduação na UNINASSAU nas disciplinas: Metodologia Científica e Mediação e Arbitragem. Atualmente é Advogada OAB/PA 28.158, atuante nas Áreas do Consumidor, Civil, D. Público, Trabalhista, Empresarial, Eleitoral, Administrativo, e Coaching Profissional e para Exame de Ordem, bem como orientadora de mestrado.

#### NOTAS:

[1] Mestre em Direito Processual Constitucional orientadora do presente artigo, e diretora de Tese do Mestrando.

[2] RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito Previdenciário Esquematizado. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 525p.

[3] BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. **46. ed., rev. e atual.** São Paulo: Atlas, 2019.

[4] ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. Direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação. 2ª. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

[5] TORRES, Fabio Camacho Dell`Amore. Princípios da Seguridade Social. 01.03.2012. In: Revista Âmbito Jurídico. Com. Br. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos-leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos-leitura). Acessado em: 20 set. 2021.

[6] MORALES, Cláudio Rodrigues. O Direito Previdenciário Moderno e sua Aplicabilidade ante o princípio da segurança jurídica. São Paulo: LTr, 2009. 104p.

[7] BARROS JÚNIOR, Edimilson de Almeida. Direito Previdenciário Médico. São Paulo: Atlas, 2012.

[8] POZZOLI, Lafayette; e DE LIMA, Otávio Augusto Custódio. Direito Previdenciário. São Paulo: Primeira Impressão Editora e Distribuidora Ltda., 2009.

## A JURISDIÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**EDER JOSE PACHECO:** Bacharel em Direito pela Unifenas. Oficial do MP/MG. Agente Fiscal do Procon/MG. Pós-graduado em Direito Civil, Penal, Consumidor12.

**RESUMO:** O presente trabalho acadêmico visa analisar a atual forma de composição do Supremo Tribunal Federal e as conseqüentes implicações na independência das decisões dos ministros, considerando a existência de demasiados interesses políticos, que permeiam as relações organizacionais do Estado brasileiro. Para tanto, será realizado um breve estudo dos modelos de Justiça Constitucional de países como Estados Unidos, Áustria, França, Alemanha e Portugal, a fim de fornecer subsídios para o aprimoramento do atual modelo previsto na Constituição Federal de 1988, para que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro possa exercer suas funções em maior consonância com as diretrizes democráticas modernas. Ao final, serão apresentadas as nossas considerações finais acerca da natureza política-constitucional da Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Sistema político; Poderes estatais; Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO; 3. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 4. CIDADANIA E CONTROLE POLÍTICO; 5. PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA APRIMORAR A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) situa-se no ápice do Poder Judiciário do Brasil, exercendo a função de controle da jurisdição constitucional, tanto de modo difuso, como concentrado. Como guardião da Constituição Federal, suas decisões assumem um importante papel na consolidação do Estado de Direito.

O STF não é uma corte constitucional apenas, pois exerce mais funções que o controle de constitucionalidade.

Frisa-se, no entanto, que com relação aos seus membros, a nomeação se dá por ingerência do Presidente da República, por critério político, depois de aprovada a escolha por maioria absoluta do Senado Federal, cujo mandato se estenderá até o alcance da idade de 75 anos, o que se efetivará com a aposentadoria compulsória.

---

12 E-mail: ederjosepacheco@yahoo.com.br

Em seu primeiro mandato presidencial, Dilma Rousseff indicou quatro ministros<sup>[1]</sup> para o Supremo Tribunal Federal, e deveria nomear, em seu segundo mandato, mais cinco outros<sup>[2]</sup>, além do Ministro Luiz Edson Fachin, indicado em 14 de abril de 2015, para preencher a vaga deixada pelo, então ministro, Joaquim Barbosa. Já o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva indicou oito ministros para a Suprema Corte, dentre os quais três ainda fazem parte da composição atual: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Dessa forma, Dilma e Lula, juntos, já nomearam treze ministros para o Supremo Tribunal Federal.

Michel Temer, que assumiu a Presidência do Brasil após o *impeachment* de Dilma Rousseff, nomeou em 22 de março de 2017 o Ministro Alexandre de Moraes, assumindo a vaga do Ministro Teori Zavascki.

Ao analisar a tabela disponível no site do STF, acerca do número de ministros nomeados por cada Presidente da República, é possível verificar que Dilma e Lula foram os que mais indicaram ministros na história da Nova República do país. Esse dado torna-se preocupante ao se considerar a possibilidade de o Presidente da República optar por nomes que mais se identificam com as ideias governistas. Da mesma forma, o ministro nomeado pode criar uma espécie de gratidão pelo Presidente que o nomeou. (RAMALHO; PASSARINHO, 2014).

Essa etapa, embora importante, acabou por adquirir um caráter homologatório da indicação do presidente. Os debates, nesta fase do processo, são considerados insuficientes para barrar possíveis jogos de interesses. Além disso, há controvérsias sobre como, afinal, é possível determinar o que é o notório saber jurídico e a tal reputação ilibada.

Essa preponderância de ministros indicados pelo atual governo faz reacender a discussão sobre a necessidade de revisão dos critérios para preenchimento deste importante cargo, especialmente pelos aspectos ético e político que cercam tais nomeações. Muitos, inclusive o Ministro Gilmar Mendes, chegaram a dizer que o Brasil corria o risco de ter uma "corte Bolivariana", em alusão ao sistema ditatorial da Venezuela onde o Tribunal Supremo de Justicia (órgão máximo da justiça daquele país), tornou-se uma espécie de poder a serviço do Executivo.

Demais disso, o STF está totalmente alijado do processo de escolha de seus próprios membros, deixando o Poder Judiciário em posição inferior aos outros dois poderes, visto que não há nenhuma interferência de outro Poder na escolha dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo estes alcançados pelo sistema de "freios e contrapesos" somente no exercício e no controle de suas funções, enquanto que aquele sofre interferências já na sua formação.

Hoje, há ao menos 20 propostas de Emenda à Constituição visam modificar a maneira como o Brasil escolhe os ministros do STF. Apenas uma já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e poderá ser votado no plenário da casa.

Nesse contexto, surgem algumas questões: a forma pela qual os ministros são nomeados interfere na independência das decisões do órgão de cúpula do judiciário? Haveria uma forma mais democrática para compor a Corte?

Diante das peculiaridades existentes em tais Tribunais, resta indagar: qual seria a natureza política-constitucional do STF? Teria ele a natureza genuína de Corte Constitucional nos moldes dos clássicos Tribunais Europeus?

A fim de fornecer parâmetros para uma análise crítica a respeito das questões levantadas, será realizado um breve e sucinto exame sobre as formas de nomeações de ministros em cinco modelos de justiça constitucional.

## **2. MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO**

Os Tribunais Constitucionais são órgãos responsáveis pelo controle judicial de constitucionalidade, o qual, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes,

[...] visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar. (FERNANDES, 2011, p. 895).

É importante ressaltar, no entanto, que existem diferentes formas pelas quais os controles de constitucionalidade são exercidos, sendo possível agrupá-los em três grandes sistemas:

- (i) O sistema norte-americano desenvolveu-se a partir do julgamento do caso *Marbury x Madison*, em 1803, e uma de suas principais características foi a atribuição do controle dos atos normativos em relação à Constituição a todos os órgãos do poder judiciário. (FERNANDES, 2011);
- (ii) Já o sistema austríaco, originado desde a Constituição da Áustria de 1920, concentrou a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade em um órgão específico, qual seja: a Corte Constitucional. (FERNANDES, 2011);



- (iii) O sistema francês, por sua vez, teve início a partir da Constituição da V República de 1958, e conferiu a responsabilidade pelo exercício do controle de constitucionalidade a um órgão de cunho político, denominado Conselho Constitucional. (FERNANDES, 2011).

A seguir, serão estudadas características relacionadas à forma de composição de cinco Cortes Constitucionais: norte-americana, austríaca, francesa, alemã e portuguesa.

## 2.1 Corte Constitucional Norte-americana

A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove ministros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, por maioria simples. O autor Alexandre de Moraes observa, no entanto, que a quantidade de ministros já foi modificada ao longo da história:

[...] Ocorre que, por não ser uma previsão constitucional, já houve alteração nesse número. A Lei Judiciária de 1789 previa seis juízes, sendo posteriormente alterada por leis que previam cinco, seis, sete, nove, dez, sete e novamente nove; sempre, como ressalta Lawrence Baum, "para acomodar os deveres dos juízes nos tribunais federais inferiores e, em parte, para servir a objetivos partidários e de políticas do Presidente do País e do Congresso". (MORAES, 2003, p. 88).

Apesar de não haver critérios para a escolha dos membros da Corte, Moraes demonstra a preferência da tradição por aqueles formados em Direito:

[...] Salienta-se, porém, que historicamente, somente os membros da profissão de advogado foram escolhidos para o cargo de juiz. Laurence Baum aponta quatro categorias que levam o Presidente da República a escolher um candidato a Suprema Corte: critérios objetivos de competência e ética; preferências políticas; recompensa a associados políticos e pessoais; e busca de futuro apoio político. (MORAES, 2003, p. 89-90).

Deve-se ressaltar, ainda, a impossibilidade de cumulação do cargo de juiz da Corte com qualquer outro cargo no âmbito dos poderes legislativo e executivo, bem como a inexistência de limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, sendo esses de caráter vitalício. O exercício dos membros apenas se encerra com a renúncia, aposentadoria ou *impeachment*. (MORAES, 2003).

## 2.2 Corte Constitucional Austríaca

O Tribunal Constitucional da Áustria compõe-se por quatorze membros e seis suplentes. A escolha dos integrantes é realizada tanto pelo poder Executivo quanto pelo poder Legislativo, como bem explicita Alexandre de Moraes:

[...] Assim, o presidente, o vice-presidente, seis membros, e três suplentes serão escolhidos pelo Governo Federal, todos eles entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades Universitárias de Direito e Ciências Políticas. Os outros seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Parlamento, dos quais, três membros e dois suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e três membros e um suplente, pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. Todos os membros serão nomeados pelo Presidente Federal. (MORAES, 2003, p. 121-122).

Para a investidura nos cargos de membros e de suplentes, são necessários três requisitos: formação em Direito e em Ciências Políticas, além do mínimo de dez anos de atividade em que se exigiu uma das qualificações mencionadas. São previstas, ainda, determinadas incompatibilidades com o exercício do cargo, como o desempenho de outras funções públicas ou privadas, com exceção do magistério. (MORAES, 2003).

Assim como a constituição norte-americana, a constituição austríaca não impõe limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, sendo esses de caráter vitalício. A diferença é que na Áustria existe a previsão de aposentadoria compulsória ao término do ano em que o juiz completar setenta anos de idade. (MORAES, 2003).

### **2.3 Corte Constitucional Francesa**

Do Conselho Constitucional Francês faz parte nove integrantes, além dos ex-presidentes da República. Esses últimos ocupam os cargos como membros natos, ou seja, possuem vitaliciedade. Já os membros não vitalícios são escolhidos por terços pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado, para ocuparem os cargos por um período de nove anos, sendo vedada a recondução. (MORAES, 2003).

A constituição francesa garante a alternância dos membros não vitalícios do Conselho, com a renovação de um terço dos cargos, a cada três anos. Prevê, ainda, incompatibilidade entre as funções de membro do Conselho com as de integrantes do parlamento, sendo as demais incompatibilidades determinadas por lei orgânica. Por outro lado, a Constituição não dispõe sobre a existência de requisitos capacitários especiais, assim como não fixa limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos. (MORAES, 2003).

### **2.4 Corte Constitucional Alemã**

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é composto por dezesseis integrantes, divididos igualmente em dois senados hierarquicamente equivalentes. Esses membros são eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal:

[...] Assim, a eleição dos juízes constitucionais deverá ser realizada metade pelo *Bundestag* (Parlamento Federal) e a outra metade pelo *Bundesrat* (Conselho Federal), exigindo-se a maioria de dois terços, o que acaba por obrigar os partidos políticos a um consenso, de forma que a escolha reflita a representatividade parlamentar. (MORAES, 2003, p. 156).

Para a investidura nos cargos de membros, são necessários três requisitos: estar em dia com os direitos políticos necessários para o ingresso no Parlamento, estar apto ao exercício da judicatura, além da idade mínima e máxima de quarenta e sessenta anos, respectivamente. Salienta-se ainda a proibição de conciliar a atividade de juiz constitucional com qualquer outra, com exceção do magistério superior em cursos de Direito. (MORAES, 2003).

Não há vitaliciedade para os membros, uma vez que os cargos possuem duração de doze anos, sendo vedado o retorno ao cargo, tanto por meio de reeleição quanto de nova eleição. (MORAES, 2003).

## 2.5 Corte Constitucional Portuguesa

O Tribunal Constitucional Português compõe-se por treze membros, divididos em duas seções não especializadas, hierarquicamente equivalentes. Fazem parte de cada seção seis integrantes, além do Presidente do Tribunal. A Assembleia da República elege dez juízes, os quais escolherão os três membros faltantes. Alexandre de Moraes faz importante observação sobre o modelo adotado:

[...] Essa opção, porém, não parece atender à finalidade maior de independência política dos juízes constitucionais, pois como relembram Nadais, Vitorino e Canas “ao contrário das várias soluções preconizadas, o Tribunal Constitucional tem uma composição que decorre, directa ou indirectamente, de uma única fonte de designação, a Assembleia da República”. (MORAES, 2003, p. 182).

O acesso ao Tribunal é restrito a juízes dos tribunais judiciais, os quais ocupam seis vagas, e a juristas, que ocupam as sete vagas restantes. Referidos membros estão proibidos de cumular funções, salvo a de professor ou de investigação científica de natureza jurídica, não podendo ser remuneradas. (MORAES, 2003).

Inexiste a previsão de vitaliciedade, uma vez que os cargos possuem duração de nove anos, sendo vedada a recondução. (MORAES, 2003).

### **3. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O órgão de cúpula do Poder Judiciário já fazia parte da realidade brasileira desde o período colonial. Em 1808, Dom João VI criou a Casa de Suplicação do Brasil, com atribuição similar à Casa de Suplicação de Lisboa. No império, por sua vez, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, conforme previsão constitucional, como descreve o autor Leonardo Scofano Damasceno Peixoto:

A Casa de Suplicação do Brasil foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891), que perdurou por toda a fase imperial até o alvorecer da República. Nota-se, porém, que a Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer sistema semelhante ao controle de constitucionalidade moderno, visto que prevalecia, ainda, o dogma da supremacia do Parlamento. De outro lado, ao monarca competia manter o equilíbrio e evitar os abusos entre os poderes (Poder Moderador). (PEIXOTO, 2012, p. 109).

Em 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, o qual passou por diversas modificações, ao longo das seis Constituições brasileiras:

A Constituição de 1891 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de quinze ministros para a Corte, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1898 modificou o nome do Supremo Tribunal Federal para Corte Suprema. Além disso, previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, com mínimo de trinta e cinco anos e máximo de sessenta e cinco anos de idade. Ressalta-se que esse último requisito não se aplicava aos magistrados. Foram fixados dois limites de idade para a aposentadoria compulsória: setenta e cinco anos para magistrados e setenta e oito anos para os demais servidores. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1934 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros para a Corte, após aprovação do Conselho Federal, dentre os brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com o mínimo de trinta e cinco anos e o máximo de cinquenta e oito anos de idade. Foi fixado o limite de idade único de sessenta e oito anos para a aposentadoria compulsória. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1946 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado,

dentre os brasileiros com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Foi fixado o limite de idade de setenta anos para a aposentadoria compulsória. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1967 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado, dentre os cidadãos com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1988 estabelece que o Supremo Tribunal Federal deve ser composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por maioria absoluta, sendo um presidente e os demais, divididos em duas turmas de cinco membros, hierarquicamente equivalentes. (MORAES, 2003).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal.

São necessários três requisitos capacitários para a investidura no cargo: ser brasileiro nato (art.12, §3º, IV, da CF/88); estar em pleno exercício dos direitos políticos e possuir notável saber jurídico e reputação ilibada (art.101 da CF/88); e ser nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Dentre as incompatibilidades previstas estão o impedimento para o exercício de outro cargo ou função, exceto a docência; e o envolvimento com a atividade político-partidária. A idade mínima prevista deve ser superior a trinta e cinco anos e a máxima inferior a sessenta e cinco anos de idade. Já a vitaliciedade é adquirida com a posse, no entanto, em razão da previsão de aposentadoria compulsória, os ministros devem deixar o cargo após completarem setenta anos de idade. (MORAES, 2003).

Por se tratar de um órgão de extrema importância no âmbito nacional, e que se encontra em evolução contínua desde seu surgimento, vários autores ponderaram sobre propostas para aprimorar a atuação do STF, algumas das quais serão expostas adiante.

#### **4. CIDADANIA E CONTROLE POLÍTICO**

Normalmente, costuma-se limitar o conceito de cidadania ao sufrágio universal, ou seja, como o direito ao exercício do voto como o simples votar e ser votado.

Todavia, no Estado Democrático de Direito, aludido conceito não abarca realmente o que se deve entender por cidadania.

Rosemiro Pereira Leal aduz o seguinte conceito de cidadania:

Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional. (LEAL, 2002, p. 151).

Conforme os ensinamentos do referido autor, constata-se que cidadania não se limita ao direito de votar e ser votado, mas denota um alcance mais amplo, qual seja, o cidadão está apto, além de exercer mencionados direitos, a atuar como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico ao qual se filiou.

Em relação ao tópico ora estudado, Roberta Maia Gresta nos ensina que estado e cidadania não estão em planos hierárquicos distintos, já que na concepção exposta por Leal:

a cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na constituição; o ordenamento jurídico não é uma doação do estado, mas objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões legislativas, administrativas e judiciais; o cidadão não é mero destinatário da tutela estatal, pois participa dessas decisões como condutor. (GRESTA, 2014, p. 09).

Com efeito, o Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais ditadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Alguns dos princípios gerais que informam o processo são, *a priori*, princípios constitucionais ou seus corolários, tais como, o juiz natural (art. 5º, XXXVII), a publicidade das audiências (art. 5º, LX e 93, IX), a posição do juiz no processo e da subordinação da jurisdição à lei (imparcialidade); e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária, entre outros mais.

A análise da Constituição Federal em vigor contém vários dispositivos que caracterizam a *tutela constitucional da ação e do processo*. Assim o faz quando estabelece a competência da União para legislar sobre *direito processual*, unitariamente conceituado (art. 22, I); e quanto aos *procedimentos em matéria processual*, dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, XI).

Por outro lado, convém salientar que o direito de ação, com o correlato acesso à justiça, é ainda sublinhado pela previsão constitucional dos juizados especiais, civis e



penais, obrigatórios e todos informados pela conciliação e pelos princípios da oralidade e concentração (art. 98, I).

Com o mesmo espírito, inserem-se a facilitação do acesso à justiça, mediante a legitimação do Ministério Público e de corpos representativos da sociedade civil organizada, na defesa dos chamados *interesses difusos e coletivos*, de que a Constituição Federal é extremamente rica (art. 5º, XXI e LXX; art. 8º, III; 129, III e §1º; art. 232). O mesmo ocorre com relação à titularidade da ação direta de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, sensivelmente ampliados (art. 103).

Ressalta-se que os princípios processuais acima referidos expressam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, bem como os seus valores supremos como a dignidade da pessoa humana e a ideia de justiça social, a serem necessariamente observados pelo Estado, sob pena da atividade jurisdicional carecer de fundamentação constitucional.

Imprescindível tratar do tema em análise (cidadania) sem mensurar, ainda que por meio de ligeira reflexão, a ideia de controle político. Com apoio na doutrina de Karl Loewenstein, verifica-se a existência de dois tipos de controle político, quais sejam, o controle horizontal e o controle vertical. Os controles horizontais se desenvolvem na seara do próprio aparato estatal, enquanto o controle vertical se realiza entre a sociedade e o Estado.

Especialmente no que se refere ao “controle vertical”, destaca-se que para o referido autor aquele pode ser classificado em três tipos: *el federalismo, los derechos individuales y las garantías fundamentales y el pluralismo*.

E como verticalização do controle político, tem-se que:

[...] es la circunstancia de que cada una de ellas en su lugar y dentro de su cuadro activa la dinámica del poder entre el nivel alto y el bajo, de tal manera que ejercen la función de un parachoques o de un cojinete dentro del proceso del poder. Entonces, el federalismo sería para él, el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa. (LOEWENSTEIN, 1976, p 353-359).

Quanto à questão da politização do STF, é importante evidenciar que, de fato, esse fenômeno é intrínseco à natureza da Corte, pois como bem frisou Paulo Adib Casseb,

De forma precisa, essa questão foi exposta em Relatório elaborado pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado, em 2003, ao opinar pela indicação presidencial ao STF, nos seguintes termos: "*não devemos esquecer que esse Tribunal é, por sua própria função de Corte Constitucional, um Tribunal político-jurídico. Isto porque a sua matéria-prima de trabalho, a Constituição da República, é um documento político-jurídico composto por institutos, princípios e regras que admitem, alguns, estrita tradução jurídica, e outros que permitem e até exigem leitura sociológica, política e econômica*". (CASSEB, 2011, p. 585-586).

Referida natureza política não tem o condão de, por si só, influenciar na autonomia das decisões dos ministros, na medida em que "*[...] os novatos acabam absorvendo a tradição de independência do STF, ao mesmo tempo em que se veem obrigados a honrar seus currículos, em geral, bastante prestigiados no meio jurídico*" (RAMALHO; PASSARINHO, 2014).

O processo de construção da estrutura política e do fomento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos se encontram acoplados no próprio controle político exercido pelo Poder-Estado.

É nesse sentido, pois, que devemos aprimorar a atuação do Suprema Corte, na condição de guardião da Constituição Federal de 1988, posto que a cidadania restaura em um Estado Democrático de Direito a verdadeira aptidão do cidadão em construir o ordenamento jurídico no qual se encontra vinculado.

## **5. PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA APRIMORAR A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Alexandre de Moraes discorre sobre diversas mudanças nas competências e nas formas de composição, investidura e impedimentos da Suprema Corte brasileira, com o objetivo de transformá-la, exclusivamente, em uma Corte de Constitucionalidade. Para o autor,

Essas alterações propiciarão ao STF maior legitimidade para o exercício de seu grave mister de garantidor supremo da Constituição da República Federativa do Brasil e defensor dos direitos fundamentais do ser humano, ao garantir-lhe maior *pluralismo, representatividade e complementaridade* em sua composição com a participação de juristas, bacharéis em Direito, juízes e membros do Ministério Público. (MORAES, 2003, p.288).

Em relação ao número de ministros, Moraes não vislumbra a necessidade de alteração da composição atual, na medida em que caberá aos integrantes apenas a função interpretativa da Constituição. Quanto à investidura, os membros devem ser escolhidos, de forma proporcional, pelos três poderes estatais, sendo que o Presidente da República e o Congresso Nacional indicarão quatro ministros cada, e os restantes serão escolhidos pelo STF, dentre membros da magistratura e do Ministério Público. O autor ressalta, ainda, a necessidade de haver prévio parecer da Ordem dos Advogados do Brasil sobre as escolhas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. (MORAES, 2003).

No que tange aos requisitos capacitários, Moraes defende a substituição da exigência subjetiva do notável saber jurídico de forma diferenciada para os membros indicados pelos Poderes Executivo e Legislativo e para aqueles escolhidos pela Suprema Corte: dos primeiros, será exigida a atuação como bacharel em direito por, pelo menos, dez anos ou o doutorado em Direito. Já dos últimos será exigida a atuação como magistrado ou como membro do *parquet*, também pelo período mínimo de dez anos. (MORAES, 2003).

Além disso, é imprescindível restringir o ingresso ao STF de pessoas com qualquer vínculo aos "*[...] cargos de confiança do Poder Executivo, mandatos eletivos ou o cargo de Procurador Geral da República, durante o mandato do Presidente da República em exercício no momento da escolha*". (MORAES, 2003, p. 298).

O referido autor destaca também a importância de o ministro ficar impedido de exercer cargos de confiança e mandatos políticos, após o fim do mandato, por um período de quatro anos, bem como dispensa os limites de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, os quais devem possuir mandatos certos, com duração de dez anos, a fim de não coincidir com os mandatos políticos, sendo vedado o retorno ao cargo, tanto por meio de reeleição quanto de nova eleição. (MORAES, 2003).

Paulo Adib Casseb, por sua vez, assinala que a forma de distribuição das vagas entre magistrados, membros do Ministério Público e advogados já ocorre na Suprema Corte, ainda que apenas na prática, razão pela qual o referido arranjo não refletirá em mudanças efetivas. Sobre a elevação do quórum de aprovação da escolha presidencial, o autor enfatiza a possibilidade de morosidade do processo, em decorrência da falta de consenso entre os parlamentares. Casseb defende, em suma, a realização de pequenos ajustes no modelo vigente, especialmente no que tange à implantação do conhecimento jurídico como requisito para a investidura nos cargos, e a limitação da nomeação de ministros por um mesmo presidente. (CASSEB, 2011).

Já Oscar Vilhena Vieira propõe a redução de competências da Suprema Corte, bem como a qualificação dos processos de deliberação. Para o referido autor, a atuação do STF

como Corte Constitucional, Tribunal de última instância e foro especializado dificulta o exercício de sua função precípua, qual seja, a jurisdição constitucional. Vieira vislumbra a necessidade de maior controle da sua agenda, com a utilização de mecanismos como a arguição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, além de maior integridade do sistema judiciário, por meio da utilização do sistema difuso de controle de constitucionalidade:

[...] Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se autoconter, o Supremo estaria, ao mesmo tempo, reforçando a sua autoridade remanescente e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no /Brasil, a partir de 1988, quando as decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação. (VIEIRA, 2008, p. 458).

Ademais, Vieira ressalta a importância da restrição das competências de natureza monocrática, na medida em que as decisões de um órgão colegiado devem ser fruto de "*[...] um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte*". (VIEIRA, 2008, p. 458), e não apenas "*[...] uma somatória aritmética de votos díspares*". (VIEIRA, 2008, p. 458).

Para o autor, o processo de deliberação deveria ocorrer em três etapas: a) primeiramente, seria realizada uma seleção dos casos, com a organização da agenda; b) já a fase de produção de provas deveria ser realizada com a presença obrigatória dos ministros; c) as sessões de discussão e julgamento finalizariam o processo. Referida qualificação possibilitaria ao STF delimitar seus padrões interpretativos e, conseqüentemente, "*[...] estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau*". (VIEIRA, 2008, p. 459).

Por fim, o consultor legislativo Newton Tavares Filho sugere, dentre as diversas ideias mencionadas, uma singular: a submissão dos ministros a referendos populares, por ocasião da nomeação e, periodicamente, a cada dez anos, como ocorre no Japão. Para o consultor, ao mesmo tempo em que seria uma medida democrática, poderia não lograr êxito em razão da natureza técnica do assunto e da extensão continental do país. (FILHO, 2017).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do acima exposto, e após a análise dos modelos de justiça constitucional no direito comparado e do breve histórico do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que

diversas sugestões doutrinárias são pertinentes, especialmente aquelas voltadas para uma maior democratização e transparência no processo de nomeação de ministros da Corte.

Montesquieu, jurista e filósofo francês, apoiado na teoria sobre a tripartição dos poderes, já anunciava a necessária e verdadeira independência entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário para um melhor funcionamento do Estado.

De acordo com o modelo institucional adotado pelo Brasil, o controle de constitucionalidade jurisdicional é composto por membros que compõem a estrutura do Poder Judiciário, ou seja, pelos integrantes da carreira da magistratura.

Independentemente de se adentrar ao mérito em relação à transformação da Suprema Corte em um tribunal exclusivamente constitucional, a adoção de medidas, em tese, menos radicais, como, por exemplo, a inserção de requisitos objetivos para a investidura nos cargos de ministros, o estabelecimento de mandatos fixos e de quarentena, a elevação do quórum para aprovação das nomeações no Senado e a inclusão de profissionais de carreiras jurídicas e professores universitários nos processos de escolha, já surtiriam efeitos na forma de atuação da Corte.

Sendo assim, o equilíbrio entre suas funções é que deve ser observado, de forma a garantir que a política da Corte seja uma Corte (também) política.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada em 5 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República os Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1967. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Presidentes da República que nomearam ministros para o supremo tribunal federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>>. Acesso em: 13 out. 2017.

CASSEB, Paulo Adib. **Fundamentos da forma de designação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução os Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.



MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

RAMALHO, Renan; PASSARINHO, Nathalia. **Desafios: Reeleita, Dilma indicará ao menos seis nomes para o STF**. Brasília, 28 de out. de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/10/desafios-reeleita-dilma-indicara-ao-menos-seis-nomes-para-o-stf.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

RIBEIRO, Roberto da Silva. **O processo de indicação dos ministros do supremo tribunal federal: uma análise crítica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para discussão ° 174). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td174>>. Acesso em: 13 out. 2017.

TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Procedimento de escolha e nomeação dos titulares de cortes constitucionais no direito comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/204689.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p.441-464, jul.2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

NOTAS:

[1] A presidente Dilma Rousseff indicou os ministros Luiz Fux, em 01 de fevereiro de 2011; Rosa Weber, em 07 de novembro de 2011; Teori Zavascki, em 10 de setembro de 2012; e Luís Roberto Barroso, em 23 de maio de 2013.

[2] Deverão deixar os cargos os ministros Marco Aurélio Mello, em julho de 2016; Ricardo Lewandowski, em maio de 2018; Teori Zavascki, em agosto de 2018; e Rosa Weber, em outubro de 2018.

## **DEPOIMENTO ESPECIAL: ASPECTOS GERAIS DA LEI N° 13.431/17, NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENORES**

**CARLA MILAYNNE RODRIGUES DE MELO:**

Bacharela em Direito pela Universidade de Gurupi- UnirG<sup>13</sup>.

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA.

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo visa desenvolver de forma clara e objetiva as normativas e tratativas da Lei 13.431 de 2017, especialmente nos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. O objetivo geral se desdobra em analisar os dispositivos da Lei, bem como explicitar como transcorre na prática, desde as salas de audiências especializadas e os operadores do direito que se envolvem nesse desafio. Não é novidade que o sistema jurídico processual necessita de provas para que a autoria e materialidade delitiva sejam comprovadas, sendo que nesse embate, constantemente o objetivo primordial da Legislação é deixado de lado, ocasionando mal estar nas vítimas e constrangimento no momento em que esta narra os fatos a autoridade. A metodologia empregada adveio do auxílio da percepção e aplicação prática da Legislação, bem como referências bibliográficas, doutrina e jurisprudência. Verifica-se, que as controvérsias sejam exteriorizadas de forma compreensível e estimule questionamentos e debates em torno da proteção em favor da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Lei 13.431/17. Depoimento sem Dano. Violência Sexual. Crianças e Adolescentes. Procedimento.

**ABSTRACT:** This study aims to clearly and objectively develop the rules and procedures of Law 13.431 of 2017, especially in cases of sexual violence against children and adolescents. The general objective unfolds in analyzing the provisions of the Law, as well as explaining how it works in practice, from the specialized courtrooms and the legal operators who get involved in this challenge. It is not new that the legal procedural system needs evidence to prove the authorship and materiality of the crime, and that in this conflict, the primary objective of the legislation is constantly left aside, causing uneasiness in the victims and embarrassment when they tell the facts to the authority. The methodology employed came from the aid of the perception and practical application of the legislation, as well as bibliographical references, doctrine and jurisprudence. It is verified, that the controversies are exteriorized in an understandable

---

<sup>13</sup> E-mail: cmilaynne7@gmail.com

way and stimulate questioning and debates around the protection in favor of the child and the adolescent.

**Keywords:** Law 13.431/17. Damage-Free Testimony. Sexual Violence. Children and Adolescents. Procedure.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa aborda as especificidades e características do Depoimento Especial nos processos criminais à luz da Lei 13.431/17, a qual entrou em vigor no dia 4 de abril de 2018, e estabelece uma sistematização de modo a garantir os direitos e garantias de crianças e adolescentes que figurem como pacientes em crimes contra a dignidade sexual. O depoimento especial, segundo o artigo 18 da lei supracitada trata-se de um método utilizado, para a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de violência perante a autoridade policial ou judiciária, porém, visa resguardado a vítima de contato com o autor do crime e oferecendo uma estrutura, que promova o acolhimento e confiança para esse infante, de modo que fuja das formalidades do procedimento comum de escuta realizada.

A partir dessa temática, enfatiza a garantia e proteção contra a revitimização da criança e do adolescente, analisa a abordagem da equipe multidisciplinar aborda essas vítimas desde o ambiente familiar até a escuta em âmbito jurídico ou investigativo. O estudo denotado tem por motivação a prática vivenciada em estágio na área jurídica do Ministério Público, onde por diversas vezes, surgiram questionamentos em relação ao desempenho e a estrutura em que são realizados os depoimentos especiais de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual.

A referida Lei dedica-se a assegurar direitos fundamentais dessas vítimas, todavia, no momento da efetivação, a realidade é outra, percebem-se problemas que afetam diretamente no andamento dessa inquirição, assim faz-se com que o objetivo central fique em segundo plano. Insta salientar, que o alvo da Lei 13.431/17 se baseia na ideia de que a criança não venha a relembrar o fato lesivo repetidamente no decorrer da investigação e no processo criminal.

Essa pesquisa apresenta grande relevância social, pois em sua maioria os delitos são em desfavor da dignidade sexual da pessoa humana, um dos meios mais dolorosos de violência. Dessa maneira, espera-se contribuir com o tema, apontando que a prática deve ser condizente com a legislação, a começar pela necessidade de um espaço adequado para o momento de escuta, bem como profissionais preparados para ouvi-las, para que de fato ocorra o acolhimento do início e até após a produção de provas, e essas crianças se sintam seguras e aptas para contribuir com o sistema jurídico.

## MATERIAL E MÉTODOS

O estudo sobre o depoimento especial, bem como os aspectos gerais da Lei nº13.431/17 nos crimes de violência sexual contra menores, foi elaborada a partir de material bibliográfico disponível em livros, através de sites de busca, material digital, artigos publicados em revistas especializadas principalmente de cunho jurídico nacional ou internacional, doutrinas jurídicas, legislação e notícias em jornais pertinentes ao tema.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica e teórica, com revisão de literatura elaborada segundo o método dedutivo de pesquisa, elaborada com base na Lei nº 13.431/2017, onde se pretende analisar todas as nuances que envolvem o depoimento sem dano, levando em consideração a sua origem até o presente momento, bem como o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro sobre novo sistema de oitiva.

### 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS TIPOS DE VIOLÊNCIA PERPETRADOS CONTRA CRIANÇAS

As controvérsias em torno dos direitos da criança e do adolescente tiveram início do século XIX, e no final do século XVIII, a percepção sobre a infância passou a ser mais compreendida, ao passo que apresentaram documentos internacionais, Convenções de Direito promovidas pelas Nações Unidas (ONU), Declarações, encaminhando assim para que a ideia de que a infância possui valor significativo, e deveria ser posta em legislação.

Dessa maneira, com a instituição da Constituição Federativa do Brasil de 1988, se manifesta um início de uma nova etapa, onde a proteção das crianças e adolescentes torna uma condição *sui generis*, ou seja, uma proteção completa, que se uni com os princípios fundamentais, aspirando o direito à liberdade, ao respeito e dignidade, de modo que todas as crianças tenham sua ideia respeitada, e seja livre para se expressar, de acordo com os artigos 15 a 18-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É um processo conhecido e bastante vivenciado cotidianamente, onde crianças sofrem diversas formas de violência, cuja maioria são praticadas no âmbito familiar, por pessoas que as vítimas confiam, gerando consequências que se perpetuam ao longo de sua vida, as vezes chegando até a fase adulta. Conforme a Organização Mundial da Saúde, a violência contra a criança caracteriza-se pelo:

(...) uso intencional da força ou poder físico, em forma de ameaça ou efetivamente, contra uma criança, por um indivíduo ou grupo, que prejudica ou tem grandes probabilidades de prejudicar a saúde, sobrevivência, desenvolvimento ou dignidade da criança. [1]

Contudo, à medida que as violências, se tornam parte da rotina dessas vítimas, percebe-se que os direitos e garantias fundamentais são deixados de lado, perdendo assim seu objetivo. A relação da vítima com o agressor pode ser dividida em duas: a extrafamiliar e a intrafamiliar. A primeira concerne à violência que é praticada por uma pessoa desconhecida ao infante, sendo que esta não participa e nem faz parte do núcleo familiar e social. No que tange a violência intrafamiliar, entende-se como aquela perpetrada por pessoa próxima ao menor e que na maioria das vezes, possui papel de confiança junto à criança.

O autor do crime desenvolve duas posturas, as quais são; condutas ativas e conduta omissa. A primeira versa na prática de agressões físicas, abusos, violência psicológica, coação e ameaça. A segunda ocorre quando o sujeito ativo deixa de fazer, o qual tem o dever de agir e acaba por não fazer, negligência o cuidado.

Nesse sentido, Fernandez 2012 explica:

No caso de abuso sexual contra crianças, o adulto utiliza indevidamente sua autoridade e poder para controlar a criança, fazendo prevalecer seus interesses sexuais. Todo abuso é uma forma de violência, uma relação de dominação em que o mais forte impõe sua vontade ao mais fraco, geralmente, em desvantagem social, física e emocional. O adulto faz uso da violência ao abusar da criança, sobretudo quando a priva do direito de dizer não à forma deturpada de experimentar a sexualidade. Embora, geralmente, o agressor faça ameaças e chantagens, há resistências à situação abusiva – que é uma maneira de dizer não – e isso depende, especialmente, do grau de maturidade da criança ou do adolescente. Quanto menor a criança, mais indefesa e dependente do adulto. [2]

Todas essas condições corroboram para uma ocorrência da Síndrome do Segredo, como a psicologia entende. De forma sucinta, entende-se como um sentimento de culpa e responsabilidade que a criança sente pela a prática da violência, que gera, portanto o pavor de serem castigadas ou de não serem acreditadas, o que faz com que muitas crianças mintam sobre a violência sofrida.

Quanto à natureza da violência, a negligência emerge a principal forma de abuso que constitui grave problema social. A agressão intrafamiliar é camuflada e, na maioria dos casos, não é denunciada às autoridades competentes, o que a torna uma das formas de violência contra crianças mais difíceis de tratar. A violência no núcleo familiar é responsável por inúmeras sequelas que podem acompanhar a vítima por toda a vida,

com reflexos nas áreas física, social e psicológica. Nesse contexto, extrai-se um fragmento da decisão proferida pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Crime nº 70019975275, julgada em 27/06/2007 (DJe 04/07/2007)[3]:

A negativa da vítima em juízo é perfeitamente compreensível em face do medo de uma represália da mãe, já que, após a prisão do acusado, a família começou a sofrer dificuldades financeiras e a mãe C. passou a quebrar objetos da sua própria casa, agredir verbalmente os vizinhos e culpar suas filhas E., I. e M. pela prisão do companheiro.

Os efeitos da violência podem ocorrer a curto ou longo prazo em relação aos aspectos biopsicossociais da criança, o que dificulta seu desenvolvimento no meio social e reflete uma capacidade reduzida de pensar e agir assim como nas situações difíceis que são impostas. É um processo de confiança e coragem para que uma criança revele ou conte algo que te machuca, e muitas vezes sente vergonha. Na maioria dos casos, é necessário um especialista na técnica que esteja familiarizado com os métodos e abordagens que podem ser usados, para aproximar-se e ajudar a vítima.

## **2 ORIGEM DO DEPOIMENTO SEM DANO**

O procedimento do Depoimento Sem Dano, que com a Legislação 13.431 de 2017, passou a ter nova nomenclatura, passando a se chamar Depoimento Especial, nasceu em 2003, no Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca de Porto Alegre, por animo do, à época, Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude, Doutor José Antônio Daltoé Cezar.

A instituição da *Childhood* Brasil juntamente com a Unicef Brasil, Associação Brasileira de Psicologia Jurídica, Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, bem como a Frente Parlamentar mista, desenvolveu o Projeto Depoimento Especial, o qual tem como finalidade o desenvolvimento e a disseminação de métodos não revitimizantes de escuta de crianças e jovens nos sistemas de segurança e justiça, bem como nos órgãos responsáveis pela proteção de crianças e jovens no Brasil. O surgimento desse novo dispositivo jurídico, teve como base as inúmeras e oscilantes dificuldades diante de ocasiões em que crianças e adolescentes eram inquiridos, fazendo com que buscasse alternativas diferentes para a colheita desses depoimentos.

Cezar (2007, p. 60), descreveu que enquanto juiz criminal por diversas ocasiões presenciou dificuldades das "inquirições em juízo", de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, em móvito à muitas das "informações prestadas na fase policial não se confirmavam em juízo", sendo que tal situação provocava "situações de



constrangimento e desconforto para todos", principalmente nas vítimas, acontecendo que ao final segundo o mesmo as "ações terminavam, na sua maior parte, sendo julgadas improcedentes, com base na insuficiência de provas".

A respeito do tema Furniss 1993 comenta:

A Pessoa de Confiança que teve a primeira suspeita de abuso sexual é, conseqüentemente, o profissional mais importante para a criança em todo o processo da revelação. Se pensarmos sobre segredos mínimos em nossas vidas, que consideramos negativos, e sobre o tempo que precisamos e a coragem que temos de reunir para revelá-los a uma outra pessoa, podemos imaginar os efeitos devastadores que um encaminhamento a um estranho pode ter em uma criança que acabou de revelar parcialmente para uma Pessoa de Confiança. A Pessoa de Confiança é a especialista para esta criança.<sup>[4]</sup>

O "Depoimento Sem Dano", tal como condensa o doutrinador Dr. José Antonio Daltoé, ocorre da seguinte maneira:

Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para a sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da Justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento. [...] Após o depoimento, que é gravado na memória de um computador, sua íntegra, além de ser degravada e juntada aos autos, é copiada em um disco e juntada na contracapa do processo. Tal prática permite que não só as partes e Magistrado tenham a possibilidade de revê-lo a qualquer tempo para afastar eventuais dúvidas que possuam, mas também que os julgadores de segundo grau, em havendo recurso da sentença tenham acesso às emoções presentes nas declarações, as quais nunca são passíveis de serem transferidas para o papel. <sup>[5]</sup>

Embora o depoimento sem ano tenha iniciado no Brasil em 2003, esta técnica já estava sendo utilizada por países como a França, África do Sul e Argentina. Na Argentina, o pronunciamento especial é utilizado desde 2004, por ocasião do anúncio das modificações ao Código de Processo Penal argentino, que estipula expressamente que não sejam questionados por psicólogos especializados em crianças e adolescentes em

processos judiciais por abuso e menores de 16 anos, os quais não podem ser interrogados pelo Juiz, MP ou partes.

Na França, ao contrário da Argentina, o Depoimento Sem Dano não é obrigatório, mas preferencial. Assim que se souber que uma criança foi vítima ou testemunha de um crime, a Polícia de menores, especializada nos crimes que afetem a proteção de menores, dará início as investigações. Na África do Sul a legislação estabelece que as crianças e adolescentes tenham um intermediário que atua como um assistente social, visando a proteção das vítimas.

O Congresso Nacional Argentino em 6 de janeiro de 2004 sancionou a Lei Federal nº 25.852/03, que introduziu o artigo 250 do Código de Processo Penal e regulamentou esse tipo de testemunho. Ao contrário de outros países, o modelo argentino não é preferido nem opcional, mas obrigatório se a vítima não tiver dezesseis anos. Cabe destacar que a nova modalidade de estudo de crianças e adolescentes na Argentina visa proteger e garantir os direitos das vítimas ou testemunhas de violência de crianças e adolescentes para que possam ouvi-los com dignidade e de forma adequada sobre sua condição de povo.

A técnica do Depoimento Sem Dano foi criada a partir das dificuldades enfrentadas pelos operadores de direito em obter informações e procederem à inquirição das vítimas, as quais são crianças e Adolescentes, sobretudo em circunstâncias de vulnerabilidade. Neste sentido a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DEPOIMENTO SEM DANO. INQUÉRITO POLICIAL. 1) A ação de produção antecipada de provas é adequada para que o Ministério Público reúna elementos de autoria e materialidade que fundamentem ação penal, sem ofensa ao contraditório e ampla defesa. 2) A criança ou adolescente tem direito à proteção da dignidade e intimidade, proteção contra atos que provoquem sofrimento, além de atendimento adequado quando for vítima ou testemunha de violência, sendo lícita a realização de tomada de depoimento sem dano (DSD) nos termos da Lei nº 13.431/2017. 4) Ordem denegada. (TJ-AP - HC: 00007354320218030000 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, Data de Julgamento: 13/05/2021, Tribunal). [6]

Em suma, a experiência com o método em todos os países que o aderem tem sido melhorada na medida em que os trabalhadores que atuam como intermediários recebem treinamento e, em particular, no sentido de que há ofertas imediatas e

integradas de apoio para as partes envolvidas antes e depois de sua investigação forense.

### **3 DESENVOLVIMENTO PROCEDIMENTAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL**

O Depoimento especial se baseia em método de colheita de maneira diferenciada de depoimentos de crianças e adolescentes que figuraram como vítimas de algum crime Contra a Dignidade Sexual, objetivando o menor índice de dano durante a produção de provas, de modo que os efeitos traumáticos provenientes sejam reduzidos.

Contudo para a sua efetivação, conta-se com os profissionais da área da psicologia e a assistência social que desempenham o papel de acolhimento familiar e tradutores das falas dos operadores dos direitos. Além disso, os profissionais do direito, também precisam estar instruídos para atender e escutar a criança, para que esta não se sinta constrangida e possa expor os fatos de maneira segura. Nesse sentido enaltece o Doutrinador Jorge Trindade (2009, p.182-13):

Para os profissionais do direito que têm a missão de julgar, pode ficar a dúvida se os sinais percebidos – as provas – são mesmo indicadores suficientes do abuso. A questão, de fato, é muito complexa e, como já referido, envolve segredos e violações. Na produção da prova, que dificilmente é material, torna-se claro que o recurso ao uso da avaliação psicológica é fundamental, pois ela viabiliza um conhecimento mais abrangente da violência e suas repercussões na criança. Os psicólogos têm um conhecimento específico que possibilita encaminhar de forma adequada os procedimentos que envolvem a criança vítima de abuso. Eles também podem contribuir para o exame da credibilidade do depoimento, evitando que a criança tenha que ser ouvida muitas vezes e em diferentes esferas (delegacia policial, conselho tutelar, Ministério Público e Juízo). Ademais, é útil, nesses casos, avaliar o abusador e estimar a sua capacidade de reincidir ou de se recuperar. [7]

Segundo assevera o mentor dessa técnica do Depoimento Especial no Brasil, Dr. José Antônio Daltoé Cezar, ao contrário da audiência comum em que a vítima de crime de abuso sexual ou outra violência, após a inquirição é dispensada, e o seu contato com o sistema de justiça se finda, o depoimento especial propõe que a escuta da vítima, a criança ou adolescente não acabe imediatamente, a fim de que, seja evitada a ideia de que o infante foi apenas um objeto para que o Estado atingisse uma condenação.

A escuta especializada é um procedimento de declaração sobre uma possível violência contra crianças ou jovens para garantir que as vítimas sejam protegidas e atendidas. Pode ser realizado em unidades de apoio e proteção à rede, que inclui a assistência social, conselheiros tutelares, bem como profissionais da saúde e educação. O depoimento da vítima perante o órgão de segurança pública ou órgão judicial é um testemunho especial. A investigação de uma possível violência é de natureza investigativa. A lei também estipula que ambos os procedimentos devem ser conduzidos em um ambiente amigável para garantir a privacidade das vítimas ou testemunhas e protegê-los do suposto agressor ou qualquer outra pessoa que represente uma ameaça ou constrangimento para eles.

Segundo a Lei 13.431, a escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Tanto a escuta especializada quanto o depoimento especial passam a ser considerados igualmente válidos como instrumentos de coleta de provas. Em relação ao depoimento especial, a mesma lei preconiza o art. 8º, onde afirma que o depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, havendo infraestrutura para garantir o sigilo do ato, perante autoridade policial ou judiciária, eliminando-se a oitiva em salas comuns de delegacias e fóruns. Nesse sentido, a Lei 13.431 de 2017, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT-RS), cria o depoimento especial que assegura à criança e ao adolescente vítimas de violência o direito de serem ouvidos em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaços físicos que garantam sua privacidade, tendo como objetivo que as vítimas não tenham contato em momento algum com o acusado ou com qualquer outra pessoa que possa lhe representar ameaça, coação ou constrangimento. O acompanhamento por profissionais especializados faz parte da garantia de direitos dos menores de idade. O depoimento especial oferece metodologias não revitimizantes na escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual nos sistemas de segurança e de justiça e nos órgãos encarregados da proteção da infância. A metodologia do depoimento especial propõe a redução do número de vezes em que a criança deve testemunhar e recomenda um espaço acolhedor e amigável, a existência de uma equipe multidisciplinar formada em entrevista forense com crianças e a gravação da entrevista com o objetivo de anexá-la ao processo.

Hoje, a estimativa é que existam pouco mais de 150 salas para o depoimento especial no país.<sup>[8]</sup>

Neste diapasão, observa-se que a abordagem da escuta especializada, difere do depoimento especial uma determinada declaração parece diferir de uma audiência especializada, devido a profundidade e o escopo das perguntas feitas à vítima ou testemunha. Durante o processo é necessário que seja obtido o maior número de detalhes possível dos fatos e, portanto, está audiência será mais extensa.

A declaração especial é realizada por um especialista que primeiro elucida como será realizado o procedimento, bem como informa os direitos inerentes a criança ou adolescente, os quais participarão. Ao findar os esclarecimentos iniciais é importante que as vítimas (criança ou adolescente), sintam-se acolhidas para relatarem a situação de violência, dessa forma, acaso necessário pode-se intervir por meio de técnicas que auxiliem na resolução dos fatos.

Embora a lei permita ao profissional adaptar as questões à linguagem que a vítima possa compreender melhor, entende-se que esta adaptação é obrigatória. Devido ao uso de linguagem inconsistente, as vítimas podem omitir informações importantes simplesmente porque não entendem totalmente as questões levantadas, ou por sentirem-se desconfortáveis.

#### **4 DA VITIMIZAÇÃO E REVITIMIZAÇÃO DOS INFANTIS**

Compreende-se por vitimização o processamento em que o indivíduo vivencia, direta ou indiretamente, as ligações negativas com o fato danoso, que desencadearam traumas físicos ou psíquicos, e seus impactos são duradouros e na maioria das vezes de difícil exposição. Por outro lado, a revitimização, também conhecida como vitimização secundária está ligada a fatos posteriores ao crime, visto que a vítima terá que expor os fatos vivenciados a diferentes autoridades por diversas vezes, passando a reviver a violência em detrimento do próprio sistema jurídico processual, que em consequência ao formalismo e dureza, na busca da verdade real, o infante é esquecido, terminado como um objeto, para a condenação do autor.

A revitimização também ocorre, quando o atendimento no serviço de saúde não proporciona a devida privacidade, expondo a dor e o sofrimento a outrem. Essa falta de sigilo pode estigmatizar a criança ou adolescente como vítima de abuso e agravar o trauma. A presença do profissional de saúde, o qual acompanha a vítima no processo pós trauma, traça um caminho de confiança para o diálogo interinstitucional com a consolidação da rede, minimiza a revitimização e promove a fidelização.

Destarte, insta salientar que embora entenda-se a importância dos procedimentos para a obtenção de prova e a solução do caso, e a devida punição ao agressor a criança ou adolescente pode sentir-se exposta novamente, conforme exemplificado por Villela:

A repetição de atos de violência seja pelo próprio agressor ou na peregrinação pelos serviços para receber atendimento, ou pela repetição da lembrança de atos de violência sofridos quando o relato do trauma necessita ser repetido para vários profissionais. Isso pode acarretar prejuízo para a justiça, pois a vítima, por cansaço, pode omitir fatos ou, por considerar que está chamando atenção, pode aumentar os acontecimentos. Outra situação é o atendimento sem privacidade, expondo sua dor diante de terceiros.<sup>[9]</sup>

Em casos que, os delitos são em desfavor da dignidade sexual, as crianças e adolescentes se deparam com uma situação desconhecida, visto que não possuem desenvolvimento e capacidade para consentir, constituindo assim angustias que irão lhe acompanhar por toda a vida. A vitimização é entendida como os efeitos negativos, bem como o trauma do crime ou de eventos decorrentes deste. Os danos ocorridos através do processo de vitimização podem ser duradouros, difíceis de serem compreendidos e ter efeito físicos e psicológicos.

Nos crimes contra a dignidade sexual, o agressor tem a engenhosidade de envolver-se em atos sexuais com a criança, a qual não entende por não ter ainda o desenvolvimento ou a capacidade de consentir. Portanto, nesse caso ocorre a vitimização pois, foi violada a dignidade sexual da criança. Observa-se que, a recorrência de memórias da agressão e a repetição dos fatos, quando o trauma precisa ser repassado por diversas vezes para vários profissionais, também é uma forma de violência, é a revitimização.

Nesse diapasão, também pode ser prejudicial para o judiciário, pois a vítima pode omitir fatos devido ao cansaço ou exacerbar os eventos ao atrair a atenção. Compreende-se três formas de vitimização, as quais caracterizam-se por primária, secundária e terciária.

A vitimização primária trata-se da etapa inicial a qual acarreta os mais variáveis danos, que além de atingir o físico e psicológico da criança, atingem ainda a sua personalidade, visto que, se trata de pessoa em desenvolvimento. Ela advém do próprio crime, assim, se perpetrando quando o agressor diante da posição de superioridade para com o infante causa a violação e lesões a sua dignidade sexual. A vitimização secundária, conhecida como revitimização é ocasionada pelos processos posteriores e consequenciais do evento



criminoso, ou seja, após a violação da dignidade sexual do infante, já que em decorrência do crime terá sua imagem exposta, já que necessário será o relato dos fatos e traumas que por ele foram vivenciados. A vitimização terciária dá-se pela discriminação da vítima pelo meio social em que vive, ou seja, no seio familiar, pelos amigos, colegas de escola, colegas de trabalho, igreja, vizinhança entre outros, visto que, com a exposição do crime os olhares direcionados a vítima passam a ser insensíveis e acusatórios, gerando comentários maldosos e impertinentes, bem como, a realização de brincadeiras infelizes, ocasionando ao vitimizado os sentimentos de humilhação, vergonha e constrangimento.[10]

Vale ressaltar que, a revitimização também está incluída na criminologia, a qual categoriza o crime ou a violação cometida como vitimização primária, dessa maneira quando ocorrem intervenções conhecidas como controle social, seja por parte da polícia ou do judiciário, cujo surgimento acontece durante o processo de registro de eventos, investigação policial e processo penal, é considerado portanto como a vitimização secundária, e finalmente a vitimização terciária quando há situações em que a vítima sente-se discriminada ou até mesmo acusada por pessoas que deveriam ser sua rede de apoio.

## **5 OBSERVAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A LEI 13.431/17**

Apesar de a legislação estar vigente desde 2017, segundo (SILVA, 2018), ainda existem algumas resistências ao depoimento sem dano, como o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho de Serviço Social, levantando como ponto 13 desfavorável, o fato de que os auxiliares da psicologia e do serviço social estarem realizando um serviço de competência do magistrado.

O Conselho Federal de Psicologia- CEP, em nota técnica nº1/2018 salientou alguns pontos contraditórios com relação à Lei nº 13.431/2017. Um dos pontos destacados foi que a legislação prevê apenas direitos e garantias, e não aponta meios de prevenção à violência sofrida em desfavor dessas crianças e adolescentes, visto que a proposta se baseia apenas no acolhimento e na produção de provas, não levando em questão a violência sofrida pelas vítimas.

Existe no Reino Unido o reconhecimento de que nenhum tipo de profissional está completamente preparado para conduzir as entrevistas apenas com a sua formação acadêmica. Por essa razão, a polícia mantém cursos sistemáticos de capacitação em entrevistas forenses para policiais. Vale ressaltar que no início da implantação

dessa metodologia, algumas assistentes sociais também realizavam entrevistas. No entanto, ao longo da experiência, como se tratavam de entrevistas para evidências, pôde-se constatar que, pelas características específicas do trabalho do serviço social, tornou-se recorrente que detalhes importantes para a investigação policial passassem despercebidos. A partir dessa experiência, e para que houvesse maior admissibilidade legal das entrevistas vídeo gravadas com crianças testemunhas, foi decidido que somente policiais devidamente treinados, com capacitação em técnica de entrevistas investigativas-cognitivas, realizassem as entrevistas vídeo gravadas.<sup>[11]</sup>

Uma das preocupações do CEP é que a Lei dá a entender que o método de inquirição de depoimento estar ligado a uma lógica de proteção, mas que na verdade se baseia apenas em um mecanismo como de busca de provas por meio da criança/adolescente vitimizado. Fundam sua postura na ideia de que a criança não deve ser obrigada a depor, tendo que falar apenas quando estiver preparada para tal, de modo a evitar que sua inquirição seja apenas com o escopo de alcançar uma verdade processual.

Em relação a participação do psicólogo no procedimento do Depoimento Sem Dano, o Conselho Federal de Psicologia manifestou-se contra.

Diante do exposto compreendemos que o Depoimento sem Dano ou a Escuta Especial não corresponde a uma proposta que tenha como foco a proteção integral, uma vez que a inquirição, como testemunho com vistas ao processo penal do abusador tem implicações que precisam ser consideradas, pois atribui a crianças/adolescentes a responsabilidade pela produção de prova, já que são eles que devem, em última análise dar conta da formalidade processual, tendo em vista a punição do suposto abusador. Nesse aspecto pode representar uma nova violência do ponto de vista emocional o que contraria seu direito à proteção integral.<sup>[12]</sup>

Os psicólogos defendem que a função de extrair verdades das vítimas não cabe aos mesmos. Nesse contexto, observam-se muitos pontos controversos e que ainda não se encontram em harmonia no momento da resolução dos conflitos, sendo indispensável a abertura para debates a despeito da nova matéria. Assim, como o Conselho de psicologia, o de assistentes sociais também apresentam críticas e são contra a atuação no depoimento especial.

No entanto, existe uma forte corrente de ambos os Conselhos que verificaram benefícios e são favoráveis, assim como os profissionais da pedagogia. Diante o exposto, cada profissional citado é relevante para a evolução do depoimento especial. Vale ressaltar, que atuação dos operadores de Direito, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais é de suma importância para que o depoimento especial aconteça auxiliando na operacionalização dos direitos constitucionais infanto-juvenil, para que estes sejam cumpridos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a utilização desse novo mecanismo de inquirição o depoimento especial, os índices de condenação por crimes sexuais cometidos em desfavor de crianças e adolescentes aumentaram consideravelmente, visto que a palavra da vítima possui grande valor probatório, pois esses delitos, em sua maioria não deixam vestígios carnis.

Cabe salientar que a problemática se redobra na carência de espaço próprio e profissionais habilitados, dado que a criança/adolescente, por vezes, não consegue expressar o que realmente lhe aconteceu, diante das ameaças do agressor ou até mesmo por que recalcou tais informações, por produzirem dor e desconforto. Indaga-se então, se o depoimento sem dano sustenta de forma integral a não revitimação e promove a proteção das vítimas.

Apesar de o dispositivo legal propor que o depoimento, seja realizado em ambiente especial, e dispor sobre proteção, existem janelas na norma regulamentadora, como a preparação das vítimas para posterior tomada do depoimento, para mais a necessária qualificação por parte dos profissionais que trabalham nas redes de proteção à criança e ao adolescente.

Segundo o portal do Ministério Público da Bahia, em evento online, realizado no ano de 2020, se discutiu os avanços e dificuldade de aplicação da lei, e abordou que a responsabilidade dos autores de delitos cometidos contra a dignidade sexual passou de cerca de 6% para até mais de 80%, em locais em que o depoimento especial foi implementado.

A Lei nº 13.431/2017 aduz que o depoimento seja colhido de preferência uma única vez, o que nos faz indagar outra problemática bastante comum, a alienação parental, onde a criança/adolescente é induzida pelos familiares a relatarem fatos inverídicos, provocando uma condenação injusta.

A prova, apesar de importante, não pode e nem deve sobressair à criança/adolescente, devendo os operadores do direito estar atentos, para que a saúde

psíquica da vítima seja preservada e não gere ainda mais danos, visto que o infante não tem a obrigação de falar caso não queira, e que sua contribuição no processo é apenas para ajudar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Mauricio B. **Noção básica sobre metodologia da pesquisa científica**. Disponível em: <<http://mba.eci.ufmg.br/downloads/metodologia.pdf>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

AZABUJA. Maria Regina Fay de. **Procuradora de Justiça Integrante do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. A inquirição da vítima de violência sexual intrafamiliar à luz do superior interesse da criança. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm)>. Acesso em: 11 set.2021.

BORDA. Maria Rosi de Meira. **O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente**, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3246/o-duplo-processo-de-vitimizacao-da-crianca-abusada-sexualmente#:~:text=O%20sentimento%20de%20culpa%20partilhado,abuso%20sexual%20de%20forma%20consciente>>. Acesso em: 26 de abr. 2021.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

COIMBRA, José César Depoimento especial de crianças: um lugar entre proteção e responsabilização?. **Psicologia: Ciência e Profissão [online]**. 2014, v. 34, n. 2, pp. 362-375. Doi.org/10.1590/1982-3703000732013. Epub 17 Out 2014. ISSN 1982-3703. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pcp/a/wsBSCmyZmGFGmhZmSrKWhMg/?lang=pt#>>. Acesso em: 12 set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Conselho Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual**. Disponível em: < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 11 set.2021.

CONSONI, Denise Troian. CRUZ, Ronaldo da Silva A Implementação do Depoimento Especial a Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Sexual na Comarca de Criciúma/Sc. **Ânima Educação**. Repositório Universitária Ânima (RUNA), 2019. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/6776>>. Acesso em: 12 set. 2021.

COSTA, Ana Lúcia Evangelista. Depoimento sem dano: uma forma de amenizar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5444, 28 maio 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65073>>. Acesso em: 13 set. 2021.

COSTA, Eulália Maria da Silva. Depoimento sem dano: oitiva de crianças vítimas de violência sexual. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 14 set 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53502/depoimento-sem-dano-oitiva-de-crianas-vtimas-de-violncia-sexual>>. Acesso em: 14 set 2021.

FERNANDEZ, Cristiane Bonfim. **Infância Violada: políticas públicas de enfrentamento da violência sexual infanto-juvenil no Amazonas**. Manaus: Edua, 2012.

FURNISS, Tilman. **Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia, e intervenção legal integrados**. Traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

HOMEM, Élie Peixoto. **Ministério Público Do Paraná**. O depoimento sem dano sob à ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. 2015. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html>>. Acesso em: 25 de abr. 2021.

MORAES, Cristina. AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Depoimento Especial e a Aparente Proteção à Criança Vítima De Violência Sexual, 2018. Disponível em: <[https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/02/cristiane\\_moraes.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/02/cristiane_moraes.pdf)>. Acesso em: 19 de mar. 2021.

PEDRO, Thaynara Heitich. A escuta especializada e o depoimento especial de vítimas de violação de direitos: atuação da psicologia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v.32, n.2, ago.2020. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/188>>. Acesso em: 11 set.2021.

POTTER, Luciane; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Depoimento sem dano: por uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento Sem Medo(?): culturas e práticas não revitimizantes**. São Paulo: Childhood Brasil, 2008, p.95. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2008/11/DEPOIMENTO-SEMMEDO.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2021.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TUMELERO. Naína. Pesquisa Bibliográfica: material completo com 05 dicas fundamentais. 2019. Disponível em: <<https://blog.mettzer.com/pesquisa-bibliografica/>>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

Vilela, Laurez Ferreira (Coord.). **Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal**, 2005.

---

[1] INTERNACIONAL. Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002, p.05. Disponível em: <<https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundialviolencia-saude.pdf>>. Acesso em 21 abril 2021.

[2] FERNANDEZ, Cristiane Bonfim. Infância Violada: políticas públicas de enfrentamento da violência sexual infanto-juvenil no Amazonas. Manaus: Edua, 2012, p.38.

[3] AZABUJA. Maria Regina Fay de. PROCURADORA DE JUSTIÇA INTEGRANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. A inquirição da vítima de violência sexual intrafamiliar à luz do superior interesse da criança. Disponível em: < <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html>>. Acesso em 21 abril de 2021.

[4] FURNISS, Tilman. Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia, e intervenção legal integrados. Traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p.183.

[5] CEZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.61-62.

[6] BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá - TJAP (2º Grau). HC 0000735-43.2021.8.03.0000 AP. Habeas Corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Produção Antecipada de Provas. Depoimento Sem Dano. Inquérito Policial. Relator: Desembargador Carmo



Antônio. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244600176/habeas-corpus-hc-7354320218030000-ap>>. Acesso em: 06 set. 2021.

[7] TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.182-183.

[8] PEDRO, Thaynara Heitich. A escuta especializada e o depoimento especial de vítimas de violação de direitos: atuação da psicologia. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.32, n.2, p.49-50, ago.2020. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/188>>. Acesso em: 11 set.2021.

[9] Vilela, Lauez Ferreira (Coord.). Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2005, p.52.

[10] COSTA, Eulália Maria da Silva. Depoimento sem dano: oitiva de crianças vítimas de violência sexual. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 14 set 2021, p.1. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53502/depoimento-sem-dano-oitiva-de-crianas-vtimas-de-violncia-sexual>>. Acesso em: 14 set 2021.

[11] SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. Depoimento Sem Medo(?): culturas e práticas não revitimizantes. São Paulo: Childhood Brasil, 2008, p.95. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2008/11/DEPOIMENTO-SEMMEDO.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2021.

[12] CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Conselho Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual. Disponível em: < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 11 set.2021.

## **GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE OS PAIS**

**JOSÉ AGENOR GOMES DA SILVA NETO:**

Graduado do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)<sup>14</sup>.

VALDIVINO PASSOS SANTOS<sup>11</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo busca reconhecer que a guarda compartilhada dá aos genitores os mesmos direitos, mas principalmente os mesmos deveres de criação, que deverão ser partilhados entre os mesmos, favorecendo a concretização da igualdade entre os pais. Visa ainda demonstrar a importância da aproximação entre filhos e seus pais, como método de evitar a perda de contato entre os genitores e os infantes após a dissolução do relacionamento, estabelecendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre os mesmos referentes à sociedade conjugal, pois a guarda compartilhada contribui, para o melhor atendimento as necessidades da criança, de forma que ela conviva com ambos os genitores, mesmo que separados, compartilhando deveres e obrigações que contribuirão para o seu desenvolvimento. No Direito de Família foi constitucionalizada a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, alcançando os vínculos de filiação, proibindo qualquer tipo de discriminação relativamente aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, através do princípio da igualdade é garantido o tratamento igualitário no exercício do poder familiar.

**Palavras-chave:** Deveres; Direitos; Guarda compartilhada; Igualdade.

**ABSTRACT:** This article seeks to recognize that shared custody gives parents the same rights, but mainly the same duties of upbringing, which must be shared among them, favoring the achievement of equality between parents. It also aims to demonstrate the importance of approximation between children and their parents, as a method to avoid the loss of contact between parents and infants after the dissolution of the relationship, establishing absolute equality of rights and duties between them regarding the marital society, because shared custody contributes to better care as a child's need, so that he lives with both parents, even if separated, sharing duties and obligations that will contribute to their development. No Family Law, equal rights and obligations between men and women were constitutionalized, reaching the bonds of affiliation, prohibiting any type of discrimination in relation to children born or not in the marriage relationship or by

---

<sup>14</sup> E-mail: j.agenorgomes@gmail.com

adhesion, through the principle of equal rights and treatment equality in the exercise of family power.

**Keywords:** Rights; Duties; Shared custody; Equality.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.058/14 que instituiu a guarda compartilhada obrigatória entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja 22 de dezembro de 2014, trazendo grandes e relevantes mudanças em relação à guarda e proteção dos filhos, modificando assim, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, no intuito de proporcionar ao menor a oportunidade de continuar a conviver com os pais mesmo após o divórcio. A guarda compartilhada tem o intuito de garantir o princípio do melhor interesse da criança, impondo igualdade entre pai e a mãe, quanto à responsabilidade sobre os filhos, conservando os vínculos afetivos, bem como a convivência saudável entre pais e filhos, e entre os pais.

É notório observar que a alienação parental traz vulnerabilidade para a criança ou adolescente, pois há um temor deles em debater com alienador, devido ao medo de romper laços afetivos, gerando conflitos não só familiares, mas também internos, causando sequelas emocionais e comportamentais, em alguns casos há, a desproteção da criança, relativa à ação entre pai/mãe "jogar" a criança contra o outro cônjuge, pois, a maioria dos processos de separação não ocorre de maneira amigável, devido a mágoas e rancores entre os até então cônjuges.

Assim, o presente artigo visa abordar o assunto guarda compartilhada, que garante aos pais o direito de participar das decisões que se referem aos filhos menores, mantendo o exercício comum do direito familiar, protegendo os interesses dos filhos, pois os casos de guarda são avaliados de forma individualizada, evitando a quebra do vínculo de afetividade entre pais e filhos, colocando em equilíbrio os papéis dos genitores na perspectiva do melhor interesse da criança, pois os pais terão oportunidade de melhorar o relacionamento e a participação na vida do filho, diminuindo assim, os efeitos da separação, e mantendo os laços afetivos, usufruindo do amor, afeição, carinho e educação de ambos, bem como estabelecer a absoluta igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres referentes à sociedade conjugal, conforme artigo 226, § 5º da Constituição Federal.

Diante desse contexto e com vistas a refletir e contribuir sobre essas questões, foi realizado uma análise acerca do princípio da igualdade e instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, pois a realidade social hoje, não se restringe mais à família patriarcal heteroafetiva, e nesse contexto, temos a realidade latente e já legitimada da

família homoafetiva, graças à tendência contemporânea dos direitos fundamentais de reconhecimento das especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direito.

Será realizado, o método dedutivo, por meio de pesquisa exploratória, em análises qualitativas, baseadas em pesquisas bibliográficas (doutrinas) e documentais (legislações e jurisprudências) para verificar se há de fato igualdades de direitos e deveres no que tange a guarda compartilhada.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 DIREITO DA FAMÍLIA

#### 2.1.1 A Família Sob a Órbita das Constituições no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma lei básica do ordenamento jurídico brasileiro, servindo como critério de validade para os demais tipos de legislação. Posto que a sua promulgação tenha causado uma grande revolução no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o legislador constituinte deu maior enfoque ao indivíduo e à coletividade, sabe-se que parte das mudanças realizadas, de fato, já estavam presentes em nossa sociedade, sendo então codificadas pela Lei Superior. No que se refere ao direito da família, a Constituição Federal de 1988 deu especial relevo aos princípios constitucionais relativos à matéria, reconhecendo o pluralismo familiar existente no plano fático e procedendo à proteção igualitária de seus membros.

É uma revolução provocada pela constitucionalização do direito de família, que embora não tenha sido regulamentada de forma efetiva, essa situação foi reconhecida pelos Tribunais. A base para as decisões é encontrada nos princípios constitucionais. Foram analisados alguns dos novos princípios do Direito da Família, tais como: o Princípio da Igualdade entre os filhos, que permite reconhecer os filhos a qualquer momento e proíbe qualquer referência à filiação ilegítima ou denominações discriminatórias na certidão de nascimento (art. 227, §6º da CF e art. 1596 do CCB). Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, consagrado no art. 5, I, no art. 226, §5º da Constituição Federal de 1988 e no art. 1.511 do Código Civil Brasileiro, dispõe sobre a igualdade de direitos e deveres aos familiares, garantindo a ambos os cônjuges, inclusive, o direito à administração familiar.

#### 2.1.2 Espécies de família

A família é um dos sistemas mais antigos e em constante evolução, e que agora tem um significado aberto diferente do modelo original. Esta evolução social e legislativa é atribuída a novas relações familiares organizadas através de novas estruturas familiares, que se pautam pelo afeto, unidade, lealdade, confiança, respeito e amor entre os membros (GAMA, 2003).

Durante décadas, o casamento foi o único sinal de uma família, mas que agora tornou-se, uma forma de formação, dominando sentimentos e laços afetivos, e não mais se restringindo ao rígido paradigma da solenidade, do sexo e da fertilidade (SOUZA, 2009). Hoje, existem várias maneiras de começar uma família. A formação de uma família não requer mais apenas a imagem de pai e mãe.

Dias (2007) aborda que:

Quem pode dizer o que é uma família normal hoje? Depois que a constituição introduziu o conceito de entidade familiar, ela não só reconhece uma família constituída pelo casamento, mas também uma família estável e famílias monoparentais - compostas por um dos pais e filhos - não é mais possível falar sobre família, mas sobre família (DIAS, 2007).

Por esta perspectiva, embora havendo diferenças na constituição familiar, todos possuem os mesmos direitos e deveres perante sua prole, desde que a criação e o amparo prestado sejam evidenciados. Nesse sentido, ao perceber os diferentes tipos de união (hetero ou homoafetiva), inquire-se que a filiação se deslocou da família e os direitos das crianças e adolescentes devem, sempre que possível, ser analisados de forma autônoma da entidade familiar e o seu poder parental (DIAS, 2008).

Algumas questões se levantam diante dos mencionados dispositivos supra. Para Amazonas e Braga (2006), as famílias homoafetivas estão dentro do âmbito de aplicação da guarda compartilhada? Os verbetes "pai" e "mãe" teriam o condão de afastar a aplicação da normativa? Podem os casais homossexuais acordarem a respeito da guarda compartilhada de um filho comum? (AMAZONAS; BRAGA, 2006).

Para os autores, é de se afirmar que, sim, podem os casais acordarem a respeito da guarda compartilhada, estando o relacionamento dentro do seu âmbito de aplicação e, podem, ainda, a guarda compartilhada ser deferida pelo juiz, no caso de um casal homossexual em que a filiação esteja – em virtude do falho sistema de filiação brasileiro – estabelecida apenas em relação a um dos partícipes da relação, tendo-se em conta a socioafetividade daquele que não é progenitor jurídico. Há de se ter em conta que ambos os partícipes devem ser considerados "pais" ou "mães" (GRISARD FILHO, 2013).

Dropa (2002), estabelece que advindo uma ruptura nestes relacionamentos, questiona-se: diante dos fatos expostos, pode-se ainda fazer uma leitura simplista e literal da lei, alegando-se falta de previsão legal para o deferimento da guarda compartilhada aos casais homossexuais? Parece-nos que não (DROPA, 2002).

Contudo, resta indicado na jurisprudência hodierna que, enquanto não houver uma abertura explícita do instituto do casamento aos homossexuais, as uniões homoafetivas devem ser vislumbradas como uniões estáveis, caindo assim, no âmbito de aplicação do art. 1.584, podendo a guarda compartilhada ser deferida com ou sem acordo das partes, havendo apenas necessidade de uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. (PASSOS, 2005).

### 2.1.3 Do poder familiar

O poder familiar teve origem no direito romano, onde era exercido com autoridade exclusiva e absoluta pelo chefe da família e sua concepção não se sustentou no tempo. Com a concepção moderna, o poder parental pode ser considerado os direitos e deveres recíprocos entre os genitores e sua prole. (ROSA, 2015).

O poder familiar une os pais aos filhos menores, não emancipados concebidos de forma natural, biológica ou adotiva, reconhecidos voluntariamente, num conjunto de direitos e deveres na esfera pessoal e patrimonial.

Salienta Lobo (2009, p.273) que o poder familiar é mais um dever do que um poder legalmente atribuído aos pais, pois os mesmos assumem a função de educar e assistir seus descendentes. Os pais são os responsáveis pela formação dos filhos, influenciando-os nas escolhas profissionais, afetivas, além de adaptar-se com os problemas costumeiros do dia-a-dia, sendo o sustentáculo para que se torne um cidadão com condições psíquicas de conviver com os desapontamentos enfrentados por todos na sociedade bem como as vitórias que fazem parte da vida. Para Lôbo (2010, p. 418), o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. Fica claro, que o poder familiar não finda com a separação, divórcio ou fim da união estável, tendo os pais o dever de não renunciar aos filhos, as obrigações que procedem da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo exequível apenas incumbir a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

A guarda compartilhada é um instrumento de garantia de igualdade de direitos e deveres entre os pais, analisando os aspectos que regulam o poder familiar que, é um direito pertencente aos genitores e, também, um dever, pois ambos precisarão criar, educar e proteger seus filhos, principalmente os menores de idade.

## 2.2 INSTITUTO DA GUARDA

O instituto da guarda visa assegurar a proteção da pessoa dos filhos. Com a publicação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a guarda compartilhada tornou-se efetiva, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, com a alteração da



guarda compartilhada em guarda legal. Com a finalidade de se definir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, foi publicada a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. A lei vigente provocou muita polêmica e discordâncias devido à premissa para que a guarda compartilhada seja executada, mesmo em situações, onde não há acordo entre os pais da criança, deixando de ser exceção para se tornar regra. O instituto da guarda compartilhada outorga que prepondere o princípio do melhor interesse da criança, a fim de afastar conflito de interesse entre os pais.

O instituto da guarda compartilhada, é o exercício de direitos e deveres no tocante ao poder familiar, assegurando a convivência com os filhos mesmo após a dissolução conjugal, visando que continue o dever de proteção, zelo e amor dos pais.

### 2.2.1 Breve histórico do Instituto da Guarda

A guarda compartilhada de acordo com o art. 1.583, §1º, do Código Civil é "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns." (BRASIL, 2002).

No ano de 2014, a então Presidenta da República, Sra. Dilma Roussef, sancionou a Lei nº 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já tratavam da guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática. Com a aprovação da Lei nº 13.058 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada passou a ser regra, inclusive quando há conflito entre os genitores (BRASIL, 2014).

Dessa forma, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a guarda como a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (BRASIL, 1990).

Já, a respeito do tema, Paulo Lôbo (2020, p. 138) em seus estudos explica que:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos.

Não obstante, cabe ressaltar que tal entendimento não pode prosperar, levando em conta que conforme leciona Nader (2016, p. 422) a imposição da guarda compartilhada é relativa, dado que, o melhor interesse do menor deve ser levado em consideração.

Nesse sentido, a Constituição Federal, deixa claro, que a família é a base da sociedade, cabendo ao Estado, a família e a sociedade, protegerem o menor, garantindo-lhe o exercício de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver corretamente. A convivência familiar é um dos direitos e deveres derivados do poder familiar.

## 2.3 GUARDA COMPARTILHADA E APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

### 2.3.1 Evolução da Guarda Compartilhada

O Código Civil de 1916 elencava em seus artigos 325 a 328, o direito à guarda dos filhos menores apenas ao cônjuge não culpado pela dissolução conjugal, caso a dissolução conjugal fosse por desquite amigável, prevalecia o que fosse acordado entre os cônjuges, quanto à guarda dos filhos menores. No entanto, se a dissolução fosse por desquite judicial, o cônjuge inocente teria a guarda dos filhos menores. Conseqüentemente, se ambos os cônjuges fossem culpados pela dissolução conjugal, a guarda dos filhos menores ficariam com a mãe, sob a condição de que o magistrado entendesse que esta solução não traria prejuízo de cunho moral aos menores, em consequência havia a liberdade deste para decidir, desde que fossem verificados motivos graves. Além disso, se os filhos menores não ficassem na guarda de um dos genitores, estes teriam direito de visita.

Em 1977, foi publicada no Brasil com a Lei nº 6.515/77 no Brasil, a mesma instituiu o divórcio, na qual em seu art. 27, diz que os pais continuam com os mesmos "direitos e deveres em relação aos filhos", foram revogados os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 e a proteção da pessoa dos filhos ficou disciplinada nos artigos 9º ao 16º da referida Lei. Em seu artigo 9º a Lei do Divórcio, ponderou o que estava disciplinado no artigo 325 do Código Civil de 1916, ordenando: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges decidirem juntos sobre a guarda dos filhos". O artigo 15 da Lei do Divórcio dispõe sobre a guarda materna: "O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor". Diante disto, torna-se evidente que o legislador almejava estabelecer a guarda exclusiva a um cônjuge, preferencialmente a mãe, com o propósito de se evitar disputas judiciais, genitor que não detinha a guarda, possuía o direito de visita e fiscalização, fundado no princípio do melhor interesse do menor, indo de encontro com o princípio da igualdade, disciplinado nos §5º do artigo 226 e §6º do artigo 227, ambos da Constituição de 1988.

Já era delineado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma propensão de mudar o instituto do Direito de Família, mas, devido à falta de regulamentação expressa na legislação pátria e a inexistência de informação, mais clara sobre a guarda compartilhada, desencadeou-se o novo modelo de guarda pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

A mencionada lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, instituindo duas formas de guarda: a unilateral e a compartilhada. Já era possível conjecturar, embora não existisse previsão legal antes da Lei 11.698/2008, a guarda compartilhada, como se observa na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, que dispõe que todos são iguais perante a lei, e no §5º do artigo 226, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1998).

### 2.3.2 Principais alterações promovidas pela Lei 13.058/2014

Com a aprovação da Lei nº 13.058 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada passou a ser regra, inclusive quando há conflito entre os genitores (BRASIL, 2014), dado que antes do advento da Lei nº 13.058/2014, por mais que já existisse a guarda compartilhada, a guarda unilateral prevalecia no judiciário, devido haver falta de estabilidade emocional entre os pais, que não consentiam quanto à concessão da guarda.

Conforme a Lei 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), quando não há consenso entre os pais ou relacionamento harmonioso, o magistrado deve priorizar o instituto da guarda compartilhada. Mesmo quando não exista consenso entre os pais ou um relacionamento harmonioso, de acordo com a Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), prevê que o magistrado deverá priorizar o instituto da guarda compartilhada, salvo quando algum dos genitores, alegarem que não deseja compartilhar a guarda da criança ou quando o juiz, de forma justificada, opinar pela unilateralidade da guarda.

### 2.3.3 Critérios para fixação e modificação da guarda: melhorinteresse do menor

A família é um apoio para que sejam efetivados os direitos da criança e do adolescente que não pode por si só, consubstanciar tais direitos, sendo o Estado responsável por disponibilizar recursos fundamentais para uma convivência digna do menor no seio da família. Destaca-se a obrigatoriedade de observar o melhor interesse do menor, para isso o princípio do melhor interesse da criança, coloca-o na condição de sujeito de direitos favorecidos, submetidos à proteção integral e à primazia absoluta. Segundo Gama (2008, p. 180):

*O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado à sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (GAMA, 2008, p. 180).*

É imprescindível que a lei de guarda compartilhada seja interpretada em conformidade com a Constituição Federal, a qual preza pelo superior interesse da criança e do adolescente, em que cada caso deve ser analisado de acordo com suas particularidades e, não sendo o compartilhamento razoável para o filho, deverá se repensar sobre a sua aplicação.

#### 2.3.4 A Guarda compartilhada derivada do poder parental igualitário

A guarda ultrapassa a ideia de posse ou de ser simplesmente um direito dos pais, como está expressa no Código Civil Brasileiro, mas é um total comprometimento dos genitores, da própria sociedade e do Estado para garantir a efetiva aplicação dos direitos em relação ao menor (AKEL, 2009). Em súmula, conforme conceitua Quintas (2009), a guarda é:

um instituto jurídico no qual atribui à uma pessoa titularidade de guardião para exercer direitos e deveres com o objetivo de proteger e amparar nas necessidades que a criança ou o adolescente necessita, na maioria das vezes a guarda é atribuída em virtude de uma decisão judicial (QUINTAS, 2009).

Contemporaneamente, a guarda compartilhada é a forma ideal para a dissolução conjugal. Os pais conseguem ter uma atuação igualitária na vida de seus filhos, que necessitam de uma maior participação e proteção de seus direitos e deveres por parte dos seus genitores, mesmo quando estes não querem mais ter uma convivência em comum juntos, os descendentes devem ser os menos afetados. Com um direito igualitário já pré-estabelecido pela Constituição de 1988, homens e mulheres, não terão quaisquer formas de distinção e a igualdade tende a ser plena, como preceitua o art. 5º de tal carta magna.

Porém, ao afirmar isso, o legislador, também preceitua no que concerne ao direito da criança, ou melhor, dos filhos, no estatuto da criança e do adolescente, no art. 21, "o

pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil”.

Assim, a psicóloga e psicanalista Maria Antônia Pisano Motta, define sobre a Guarda Compartilhada em sua obra:

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos(MOTTA, 1996. p. 19).

Por haver, uma grande preocupação com o desenvolvimento infantil, é que Grisard Filho (2002, p.4), em sua obra, mostra que o foco na dissolução conjugal, mais do que o conflito de interesses do casal, seja os filhos, a prole, os menores e outros sinônimos, ao afirmar:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato. (GRISARD FILHO. 2002, p.4).

Assim sendo, a guarda compartilhada, quando há eficácia na vida infantil, consegue um resultado superior e de maior extensão de forma positiva na vida dos filhos, fazendo assim que o desenvolvimento seja notório, e a participação dos pais, seja de igual peso e de forma contínua (ROSA, 2015).

A guarda quando cedida somente para mãe, pode não atender todas as necessidades do menor, que por sua vez ama e precisa do pai do mesmo jeito que precisa da mãe. Vivemos numa sociedade em constante mudança, e se tem necessidade de utilizar a guarda compartilhada, para que os filhos que passem pela experiência de dissolução conjugal, suportem a dor da separação dos seu genitores, a fim de não gerar traumas que prejudiquem sua formação psicológica, moral e social e moral.

Mediante o exposto, fica claro que a guarda compartilhada detém o importante efeito de dificultar a ocorrência do fenômeno da alienação parental e, conseqüentemente,

a síndrome da alienação parental, uma vez que, sendo o poder familiar exercido concomitantemente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com ele, situação peculiar da guarda unilateral ou exclusiva. Ou seja, as grandes vantagens da guarda compartilhada é o estímulo da convivência do menor com ambos os genitores, independentemente do fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da alienação parental (DIAS, 2007).

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada é entendida como um instrumento legal de igualdade entre pais e filhos, beneficiando a convivência familiar.

Os direitos das crianças são assegurados mesmo com a dissolução do vínculo entre os pais, pois a guarda compartilhada prevê que os genitores tenham referências a transmitir ao filho, logo, mesmo com discórdias ou pouco diálogo entre os pais, é necessário adaptações para viver em equilíbrio em nome do melhor interesse da criança. Conforme o princípio de melhor interesse do menor é necessário, proteger ao máximo a criança e o adolescente que estão em situação de vulnerabilidade preservando seu processo de amadurecimento e formação de personalidade. Sendo assim, é direito fundamental do menor ter as melhores garantias morais e materiais, assim como preceituado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Existem várias formas de famílias constituídas, seja pelos laços sanguíneos, por afinidade ou afetividade, sendo necessário que haja uma comunicação eficaz e respeitosa entre os pais, afim de que o os filhos tenham uma melhor qualidade de educação, convívio e desenvolvimento, se sentindo seguros e protegidos. Acerca do princípio da igualdade e instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, a realidade social hoje, não se restringe mais à família patriarcal heteroafetiva, e nesse contexto, temos a realidade latente e já legitimada da família homoafetiva, graças à tendência contemporânea dos direitos fundamentais de reconhecimento das especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direito. É de suma importância admitir que o núcleo familiar tem passado por algumas mudanças, precisando que haja equilíbrio tanto por parte dos ex-cônjuges, quanto pelas instituições do Estado e pelos operadores do direito.

Não obstante, após as pesquisas jurisprudenciais e bibliográficas realizadas, pode-se inferir que a guarda compartilhada é o dispositivo que garante à convivência igualitária e equânime dos pais separados com os filhos. A lei 13.058/2014 foi decretada com a intenção de destacar o princípio da igualdade entre homem e mulher em seus cuidados e obrigações para com os filhos, pois ao compartilharem a guarda, pai e mãe têm contato diário com a criança e participam igualmente do cotidiano dos filhos.



Desse modo, fica evidente a importância da guarda compartilhada, uma vez que a intenção principal será a de priorizar o bem-estar da criança, de forma que esta possa conviver igualmente com os pais, trazendo igualdade parental, de forma que os infantes tenham convívio equilibrado em ambos os lares e com ambos os pais, para que os mesmos não tenham suas ideias e emoções afetadas negativamente.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMAZONAS, M. C. L. A.; BRAGA, M. G. R. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. **Àgora: Estudos em Teoria Psicanalítica**. Rio de Janeiro, v. 9, n.2, 177-191. 2006.

BENTO, Angelo Suliano. **A evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50790/a-evolucao-da-guarda-compartilhada-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 24 out. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 09 de setembro de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990)**. VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 09 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2021

CARVALHO, Flávia Wanzeler. Guarda compartilhada a luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 150, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/guarda-compartilhada-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 24 out. 2021

DIAS, Maria Berenice. Família Normal? **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 46, fev./mar. 2008, IOB.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

DROPA, R. F. **Direitos fundamentais, homossexualidade e uniões homoafetivas**. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5229/direitos-fundamentais-homossexualidade-e-unioes-homoafetivas>. Acesso em 11 setembro 2021.

FROES, Thalita Araujo Madureira. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental>. Acesso em: 24 out. 2021

GAMA, Guilherme Calmon da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1ª ed. São Paulo: Atlas: 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. Editora Atlas SA, 2008.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental**. 6ª Ed. rev. Atual e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANSUR, Gisele Müller. Evolução histórica da Guarda compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 146, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 24 out. 2021

MATOS, Rayane Alves. Responsabilidade paternal após o divórcio: guarda compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 205, 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/responsabilidade-paternal-apos-o-divorcio-guarda-compartilhada/> . Acesso em: 24 out. 2021

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada. Uma solução possível. **Revista Literária do Direito**, v. 2, p. 19, 1996.

MOURA, Eloine Borges. **Guarda Compartilhada**. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/53881/guarda-compartilhada>. Acesso em: 24 out. 2021

NADER, Paulo. **Direito Civil: Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Renata Stoco. **Guarda compartilhada no ordenamento jurídico**. Disponível em:  
<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/guarda-compartilhada-no-ordenamento-juridico.htm>. Acesso em: 24 out. 2021

PASSOS, M. C. Homoparentalidade: uma entre outras formas de ser família. **Psic. Clin.**, Rio de Janeiro, v.17, n.2, p.31-40, 2005

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, da Paulino Conrado. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, D.B. L. F. C. Famílias plurais ou espécies de famílias. **Revista Jus Vigilantibus**, 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39460/2>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SPERONI, Emanuelle LoiseKolling. **A guarda compartilhada como possível solução para a alinação parental**. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:  
<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/855/1/Emanuelle%20Loise%20Kolling%20Speroni.pdf>. Acesso em 11 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOSCANO, Anna Carolina; SILVEIRA, Letícia Monteiro Amorim e. **A guarda compartilhada como meio preventivo à alienação parental**. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/87064/a-guarda-compartilhada-como-meio-preventivo-a-alienacao-parental>. Acesso em: 24 out. 2021

TROIANI, Leonice. Guarda compartilhada: a concretização dos direitos fundamentais com base na convivência familiar e no melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 144, 2016. Disponível em:  
<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-144/guarda-compartilhada-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais-com-base-na-convivencia-familiar-e-no-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em: 24 out. 2021

NOTA:

[1] Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER PARTURIENTE**

**RENATA FONSECA GOMES:**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário – Fаметro<sup>15</sup>.

**RESUMO:** A pesquisa abordará acerca da violência obstétrica, realizando uma análise sobre a violação dos direitos fundamentais da mulher parturiente. Tendo como objetivos: Analisar a violação aos direitos fundamentais da mulher em casos de parturiente e identificar a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente. Nos momentos em que antecedem o parto, é necessário destacar alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. A violência obstétrica é uma terminologia usada para descrever e se referir a todas as formas de violência originadas durante a assistência ao ciclo gravídico puerperal ou abortamento, podendo ser perpetrada de modo verbal, físico, psicológico ou até mesmo sexual, expressando-se ainda, de modo explícito ou velado. No Brasil não há lei específica que fale sobre a violência obstétrica, no entanto, não significa dizer que não há violação de direitos. O combate à violência obstétrica, portanto, ocorrerá com a imputação da responsabilidade civil, pois o médico deve agir com ética e responsabilidade, devendo aplicar todos os meios necessários para tratar seu paciente, cumprindo os deveres estabelecidos em seu código de ética, pois se incorrer em erro, ocasionando dano ao paciente, será responsabilizado, tendo que indenizar a vítima.

**PALAVRAS- CHAVE:** Parturiente. Violência Obstétrica. Direitos.

**ABSTRACT:** The research will address obstetric violence, conducting an analysis of the violation of the fundamental rights of women in childbirth. Its objectives are: To analyze the violation of the fundamental rights of women in cases of parturients and to identify violations of the fundamental rights of women in childbirth. In the moments before the birth, it is necessary to highlight some fundamental rights, such as the dignity of the human person and the right to health. Obstetric violence is a terminology used to describe and refer to all forms of violence originated during the care of the puerperal pregnancy cycle or abortion, and can be perpetrated in a verbal, physical, psychological or even sexual way, explicit or veiled. In Brazil there is no specific law that talks about obstetric violence, however, does not mean that there is no violation of rights. The fight against obstetric violence, therefore, will occur with the imputation of civil liability, since the physician must act with ethics and responsibility, and must apply all the necessary means to treat his patient, acting ethically, fulfilling the duties established in his code of ethics, because if you

---

<sup>15</sup> E-mail: renata\_direito33@hotmail.com

incur an error, causing damage to the patient, you will be liable, having to compensate the victim.

**KEYWORDS:** Parturient. Obstetric Violence. Rights.

## **INTRODUÇÃO**

A pesquisa abordará acerca da violência obstétrica, realizando uma observação sobre a violação dos direitos fundamentais da mulher parturiente. Tendo como objetivos: Analisar a violação aos direitos fundamentais da mulher em casos de parturiente e identificar a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente.

O parto é um processo fisiológico que requer o cuidado de profissionais da saúde, mas que deve ser de protagonismo da mulher, nesse período a mulher deve ser ouvida, cuidada, e deve ser proporcionado a ela instrumentos que conceda um parto tranquilo, sem ferir com violência o seu corpo, a criança e, seu estado psicológico.

Destaca-se que a violência obstétrica é expressa principalmente pela negligência na assistência, discriminação social, violência verbal, física e psicológica. Dessa maneira, a pesquisa apresentará os direitos fundamentais aplicados a parturiente, em destaque ao direito a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, será abordado sobre a violência obstétrica, seu reconhecimento e características, o qual apresenta-se como um grave fenômeno social que está em expansão, em todas as suas formas, sendo que são praticadas contra as mulheres ganha caráter endêmico em contextos de desigualdade social, racial, de gênero.

A respeito do tratamento legal da violência obstétrica no Brasil, apresenta-se que é definida, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Por fim, a resposta jurídica cabível a qualquer dano sofrido por alguém, quer seja físico ou moral, e que estejam em desacordo com os direitos do indivíduo, é a responsabilidade civil. Além do que, deve ser garantido a efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal, a sensibilização e formação dos profissionais de saúde e do direito, a garantia ao direito ao acompanhante à gestante, a garantia ao direito à informação, entre outros que serão abordados.

A superação da violência obstétrica é um desafio que pode ser concretizado através do seu reconhecimento como uma violação de direitos humanos.

## 1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 1.1 Os direitos fundamentais da mulher parturiente

O período que a mulher espera um filho é um dos momentos mais importantes na sua vida, no qual os sentimentos estão bem aflorados. Nos momentos em que antecedem o parto, é necessário destacar alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

Segundo o Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida (2009, p. 20), a dignidade humana só é uma característica de cada ser humano na medida em que é a característica fundamental de toda a humanidade. A dignidade está na totalidade do humano e cada ser emerge com a sua própria dignidade dessa totalidade do humano. Por isso a importância fundamental do processo de individualização de cada ser. Em que a capacidade de exprimir uma representação simbólica de tudo o que vê, conhece ou faz, foi-se estruturando ao longo das várias etapas que trouxeram a humanidade até à etapa biogenética atual. Poderá também ser na diferença de dignidade e de respeito existente entre o ser humano e o animal que radica o conceito de Dignidade Humana.

Analisando-se a Violência Obstétrica sob a perspectiva da dignidade humana apresentados por Barroso (2012, p. 12), pode-se ressaltar que todos são, em algum ponto, violados, pois o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, que está relacionado a direitos fundamentais como os direitos à vida, à igualdade, às integridades físicas, moral e psíquica, é violado quando do abuso obstétrico. Como exemplo dessa violação direta, pode ser destacado os procedimentos de caráter invasivo realizados sem indicação devida, que são caracterizadores da violência física, e que podem resultar em graves problemas de saúde ou mesmo óbito, o que atinge diretamente os direitos à vida e à integridade física. Além do mais, nos casos em que ocorrem as violências: psicológica, sexual e institucional, os direitos fundamentais às integridades moral e psíquica e o direito à igualdade são atingidos, vide o tratamento desigual, muitas vezes valorado por questões econômicas, sexuais, de cor de pele ou educacional das gestantes.

Portanto, durante a gestação e parto, o Estado deve proporcionar a mulher, o seu direito de exercer sua autonomia, respeitando e priorizando que o direito da dignidade não seja ferido, protegendo suas escolhas resultantes de sua autodeterminação como indivíduo.

A respeito do direito a saúde da parturiente, a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal desenvolve ações de prevenção e assistência à saúde de gestantes, parturientes e recém-nascidas, garantindo o acesso e a qualidade dessa assistência (BRASIL, 2011).



A promoção da saúde é uma das garantias do SUS, Sistema Único de Saúde. Isso significa que toda brasileira gestante tem direito a uma assistência de qualidade e humanizada, ou seja, que respeite seus direitos e necessidades (UNICEF, 2011).

### 1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é uma qualidade ou atributo fundamentada na própria origem do homem como pessoa humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Trata-se, portanto, de um princípio do ordenamento jurídico brasileiro com previsão constitucional, além disso, é, também, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) define a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O ser humano como pessoa está em constante processo de relacionamento não apenas consigo, mas também com o ambiente em que vive. Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo próximo da perfeição nessa relação entre a individualidade e sociabilidade esta interação deve estar pautada na dignidade, respeitando-se os diversos aspectos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é um valor ético, inseparável da condição humana.

Chaves Camargo (2001, p.35) afirma que:

pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor

e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Segundo Rizzato (2009, p. 36) a dignidade da pessoa humana é um supra princípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, foi a primeira constituição que reconheceu expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como determina em seu artigo 1º, inciso III, com o intuito de que não houvesse diferença entre o ser humano, que todos fossem tratados iguais independentes de qualquer grupo ou classe social.

Desse modo, Dallari (2002, p. 8) descreve:

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.

Todos os direitos sociais, ou seja, aqueles que visam a garantir aos ser humano, o exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade, como os descritos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana.

Farias (1996, p. 54), esclareceu que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. É o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2005, p. 78).

Salienta-se dessa forma que a dignidade da pessoa humana é o que fundamenta a própria criação dos direitos humanos fundamentais, por isso, qualquer toda norma criada deve respeitar o supra princípio.

Fleiner (2013, p. 12) afirma que “pertence à dignidade do homem o respeito à sua singularidade e à sua individualidade”, percebe-se, por conseguinte, que o ser humano deve ter sua liberdade de escolha respeitada. Mais do que isso, o princípio da dignidade humana garante ao homem sua integridade física e o direito à não discriminação, em razão de raça, cor, sexo ou religião. Ele impõe o reconhecimento e o respeito as raízes da existência de cada indivíduo, ou seja, à sua identidade histórica que compõe a sua dignidade interior.

O princípio da dignidade da pessoa humana garante essencialmente o reconhecimento do homem como ser superior, criador e medida de todas as coisas. A sua liberdade como valor prioritário é instância fundadora do direito, e a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos é condição imprescindível da instituição da sociedade e do Estado democrático. Há, pois, um fato, entre outros tantos, que não se pode olvidar no tocante a essa matéria.

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências, como descreve Nobre, Edilson (2002, p. 143):

Igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; Garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; Não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

A dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

Assim Sarlet, Ingo (2002, p. 143) acrescenta:

qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

É necessário, assim, ter em conta que a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

### 1.1.2 Direitos à saúde

A saúde é elemento indispensável na vida de todo ser humano, é direito de todos e dever do Estado de proporcionar o mínimo necessário, firmado nas Declarações de Direitos e na Constituição Federal, sem a qual o ser humano vive indignamente.

Moreno e Vendrame (2011, p. 34) assim dispõe:

[...] apontam que o direito à saúde é consagrado como direito dever, em que o Estado tem o dever de prestar dignamente e eficazmente por meio de políticas públicas o acesso à saúde com qualidade, o qual assegure a dignidade humana, compreendendo a sociedade de modo universal, posto que seja uma obrigação do Estado e direito da população.

A nossa Constituição oferece ainda, os fundamentos jurídicos que devem ser observadas pelo Estado e pela sociedade no desenvolvimento de ações que visem à promoção, à proteção e à recuperação da saúde no país.

Ramos (2010, p. 336) alega que:

“A saúde é fundamental à vida das criaturas, seja como pressuposto de existência, seja na manutenção de uma real qualidade de vida. Assim, à saúde se entrelaça com o direito à vida, sendo elemento dele”. Complementando o raciocínio esposado, assevera que “É difícil se entender o direito à vida, dissociado do direito à saúde, ressaltando-se que à vida é direito individual fundamental, garantindo mesmo contra a vontade estatal.”

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua a saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Dentre as normas jurídicas que protegem o Direito à Saúde destacam-se, preliminarmente, aquelas que disciplinam o Sistema Único de Saúde – SUS nacionalmente: a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Toda mulher tem direito a realizar exames de acompanhamento pré-natal, dar à luz com segurança, à licença-maternidade e a amamentar o seu filho. O conhecimento das mães em relação a esses direitos é uma arma fundamental para que eles sejam respeitados na prática (CNJ, 2016).

A gestante tem direito a acompanhamento especializado durante a gravidez assegurado pela Lei n. 9.263, de 1996, que determina que as instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS) têm obrigação de garantir, em toda a sua rede de serviços, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, a assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal e a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato. Conforme orientação do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o parto normal é o mais aconselhado e seguro, devendo ser disponibilizados todos os recursos para que ele aconteça (BRASIL, 1996).

## **2.2 Violência obstétrica**

A prática obstétrica era realizada por parteiras, com a evolução da medicina, os médicos começaram a realizar os partos.

Assim, a possibilidade do exercício da atividade obstétrica por médicos alterou a própria natureza do parto, que deixou de ser considerado como fenômeno natural e passou a ser visto como fenômeno controlado pela vontade humana (OSAVA, 2007).

Expressões como violência no parto, abuso obstétrico, desrespeito e abuso, violência de gênero no parto e aborto, violência institucional no parto, entre outras, foram utilizadas inicialmente para descrever e agrupar diversas formas de violências e danos durante o cuidado obstétrico profissional (TESSER, *et al.*, 2015, p. 6).

Portanto, a violência obstétrica é uma terminologia usada para descrever e se referir a todas as formas de violência originadas durante a assistência ao ciclo gravídico puerperal ou abortamento (DINIZ, *et al.*, 2015).

Também conhecida como violência institucional na atenção obstétrica, a violência obstétrica abrange momentos distintos, quais sejam, pré-natal, parto, pós-parto e situações de abortamento, podendo ser perpetrada de modo verbal, físico, psicológico ou até mesmo sexual, expressando-se ainda, de modo explícito ou velado. (CIELLO, *et al.*, 2012, p. 42).

Segundo Sousa (2014, p. 42):

A violência institucional decorre das relações sociais marcadas pelo descaso com os aspectos humanísticos do cuidado, da rigidez hierárquica nas relações dos profissionais de saúde com os pacientes/clientes, das falhas no processo de comunicação, da mecanização do cuidado, do uso inadequado da tecnologia, do não compromisso dos profissionais com o processo de cuidar.

A violência é um problema social que está em constante processo de expansão em todas as suas formas, onde a violência contra a mulher, em especial, é um problema do Estado, uma vez que é uma das violações mais frequentes dos direitos humanos e constitui-se como um problema de saúde pública que gera custos econômicos e sociais elevados (FONEITE, *et al.*, 2012).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) criou parâmetros para alerta à parturiente sobre as condutas que devem ser seguidas ou não. Dentre as condutas indicadas pela OMS como aquelas que deveriam ser encorajadas estão: avaliar os fatores de risco da gravidez, respeitar a escolha da mãe sobre o local do parto, evitar intervenções cirúrgicas sempre que possível, respeitar o direito da mulher à privacidade no local do parto, respeitar a escolha da mulher quanto ao acompanhante durante o trabalho de parto, fornecer todas as informações e explicações que elas desejarem, liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto e o de realizar o mais rápido possível o contato entre o recém-nascido e parturiente, conforme diretrizes da OMS sobre aleitamento (BRASIL, 2014).

Define-se, assim, a violência na atenção obstétrica como violência exercida por qualquer ato dos profissionais da saúde nos processos reprodutivos da mulher que possam interferir no domínio do seu corpo, demonstrado através de uma atenção desumanizada, com abuso de utilização de ações intervencionistas, com alta medicalização e transformação patológica dos processos naturais fisiológicos do parto (JUÁREZ, *et al.*, 2012, p. 62).

Assim sendo, a essa violência cometida contra as mulheres durante o pré-natal, parto e puerpério, deu-se o nome de violência obstétrica.



### 2.2.1 Reconhecendo e caracterizando a violência obstétrica

São vários os atos que caracterizam a violência obstétrica, e vão desde ofensas até manobras médicas que podem gerar grandes consequências para mãe e filho que vão desde procedimentos de caráter físico, psicológico e de caráter sexual.

No que se refere ao procedimento de caráter físico, são aqueles que incidem diretamente sobre o corpo da mulher e não possuem recomendação baseada em evidências científicas, ou seja, sem que haja elementos suficientes a respaldar sua necessidade, causando-lhe dor e danos físicos (de grau leve a intenso). Dentre esses, os procedimentos mais comuns são: privação de alimentos, uso de fórceps, interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pêlos), uso rotineiro de ocitocina - hormônio com intensa atuação durante o parto, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada, Manobra de Kristeller e cesariana eletiva sem indicação clínica (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

Dentre os procedimentos citados, a Manobra de Kristeller é um dos mais violentos, pois trata-se de uma manobra em que o médico ou enfermeiro apoia-se sobre a mulher e com seus braços e cotovelos pressiona sua barriga para acelerar a saída do bebê.

Médicos afirmam que os riscos potenciais do uso dessa manobra “incluem a ruptura uterina, lesão do esfíncter anal, fraturas em recém-nascidos ou dano cerebral, dentre outros” (LEAL, *et al*, 2014, p. 43).

Em relação aos procedimentos de caráter psicológico provêm da falta de esclarecimento, abandono da parturiente pela equipe profissional durante o trabalho de parto, restrição da assistência ao parto, desprezo e humilhação. Podem também decorrer da realização de procedimentos de caráter físico ou sexual, deixando sequelas por vezes mais profundas e intensas. São entendidos como sendo toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

As ações impostas à mulher que violam sua intimidade ou pudor, interferindo em seu senso de integridade sexual e reprodutiva, com acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo, são consideradas procedimentos de caráter sexual. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

Alguns exemplos de violência obstétrica contra a mulher podem ser destacados, como: a episiotomia, que trata-se de um corte realizado no períneo (região entre a vagina

e o ânus), e cuja indicação ocorre em casos de sofrimento fetal em que seja necessário agilizar seu nascimento; excesso de esforço pela gestante e parto com auxílio de fórceps ou vácuo extrator, ou ainda, outras situações em que não seja possível a saída do feto de maneira natural ou que, em ocorrendo, possa causar lesões graves. Outro procedimento é o chamado “manobra de Kristeller”, pressões no fundo uterino no trabalho de parto ou durante o parto. A OMS desaconselha o uso do procedimento que segundo as “Recomendações ao parto Normal” encontra-se na categoria de procedimentos com insuficientes evidências e que devem ser utilizados com precaução. Além de violência exercida com gritos; os procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, e a falta de analgesia e negligência; recusa à admissão ao hospital (Lei 11.634/2007); impedimento de entrada de acompanhante (Lei 11.108/2005); violência psicológica (tratamento agressivo, discriminatório, grosseiro, zombeteiro, inclusive em razão de sua cor, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual e número de filhos); impedimento de contato com o bebê; o impedimento ao aleitamento materno; a cesariana desnecessária e sem consentimento; o uso de ocitocina sem consentimento da mulher; a proibição de a mulher se alimentar ou de se hidratar e obrigar a mulher a permanecer deitada. (OLIVEIRA, 2012, p. 6).

### **2.3 O tratamento legal da violência obstétrica no Brasil**

A violência contra a mulher é definida, pelo Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Logo, a violência contra a mulher apresenta-se em distintas expressões e uma delas tem sido muito presente e não identificada: a violência obstétrica (ANDRADE; AGGIO, 2014, p. 1).

Acrescenta-se ainda, segundo entendimento de Andrade, *et. al.* (2016, p. 30), considera-se também como violência obstétrica, o uso inadequado de tecnologias e a adoção de procedimentos durante o ciclo gravídico-puerperal sem o consentimento explícito e informado da gestante/parturiente, ferindo os princípios dos direitos individuais da mulher.

No que diz respeito ao consentimento do paciente em ser submetido a tratamento médico, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, declara, em seu art. 6º, que “qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada[...]” (ONU, 2013).

No Brasil não há lei específica que fale sobre a violência obstétrica, no entanto, não significa dizer que não há violação de direitos, pois, direito deve ser interpretado levando-se em conta os princípios jurídicos e as garantias do nosso ordenamento.

Segundo informações do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde, DATASUS, de 2015, os partos hospitalares representam 98,08% dos partos realizados na rede de saúde e, entre os anos de 2007 e 2011, houve um aumento de 46,56% para 53,88% de partos cesárea. Acrescenta-se ainda que, dados divulgados pelo Ministério da Saúde (2015) mostram ainda, que a taxa de operação cesariana chega a 56% na população geral, sendo que esses números variam entre o atendimento nos sistemas público e privado de saúde, que apresentam uma ocorrência de aproximadamente 40% e 85%, respectivamente (BRASIL, 2015).

Destaca-se no ordenamento jurídico brasileiro a lei n. 11.108/2005, a “lei do acompanhante”, uma das poucas leis específicas que visam o bem estar da mulher gestante e acredita que através de um acompanhante, as violências no parto reduziriam consideravelmente, assim, afirma que os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Além do mais, a lei afirma que esse acompanhante será escolhido pela gestante. Porém, o que vemos é que essa lei não é respeitada, ficando a mulher na maioria das vezes sozinhas e muito mais vulneráveis a qualquer imperícia (BRASIL, 2005).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 8º, § 2º, especifica ainda mais, ao determinar que, o atendimento ao parto de gestante adolescente se dará preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré natal (BRASIL, 1990).

Apesar desta lei está em vigor desde 2005, de acordo com os resultados da pesquisa: “Nascer no Brasil”, realizada entre 2011 e 2012, que teve como um de seus objetivos analisar as intervenções obstétricas em mulheres de risco habitual, destacou-se que em relação às intervenções realizadas durante o trabalho de parto, a pesquisa revelou que em mais de 70% das mulheres foi realizada punção venosa, cerca de 40% receberam ocitocina e realizaram amniotomia (ruptura da membrana que envolve o feto) para aceleração do parto e 30% receberam analgesia raqui/ peridural. Já em relação às intervenções realizadas durante o parto, a posição de litotomia (deitada com a face para cima e joelhos flexionados) foi utilizada em 92% dos casos, a manobra de Kristeller (aplicação de pressão na parte superior do útero) teve uma ocorrência de 37% e a episiotomia (corte na região do períneo) ocorreu em 56% dos partos. Esse número de intervenções foi considerado excessivo e não encontra respaldo científico em estudos internacionais (Leal, *et al.*, 2014).

Diante dos dados apresentados, conclui-se que a violência obstétrica no Brasil ainda está presente e necessita de formas de combate para o enfretamento dessa violência.

## 2.4 O combate da violência obstétrica no âmbito jurídico

A resposta jurídica cabível a qualquer dano sofrido por alguém, quer seja físico ou moral, e que estejam em desacordo com os direitos do indivíduo, é a responsabilidade civil. Embora destaca-se, que em relação a violência obstétrica não tem condão de devolver a integridade física, psicológica e moral da gestante, significando, portanto, mero ressarcimento (OLIVEIRA, 2012, p. 6).

O combate a violência obstétrica, portanto, ocorrerá com a imputação da responsabilidade civil. Se a violência ocorreu na esfera privada, essa responsabilidade será contratual, pois decorre da contratação dos serviços mediante pagamento. Caso contrário, decorrerá da lei estabelecida.

De acordo com Sílvio Rodrigues (2002, p. 09) afirma que a responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu sua parte no contrato, ocasionando prejuízo a outra parte, pois "na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção".

No desempenho de suas funções, o médico tem o dever de empregar as melhores técnicas possíveis no tratamento de seus pacientes, considerando como o dever de tutela, o melhor interesse do paciente. Tanto na fase pré-contratual quanto pós-contratual o médico deve ter boa fé objetiva, como pilar da ética de qualquer profissão lícita. Mesmo após a recuperação do enfermo, o Médico tem a obrigação de conservar o prontuário e o dever ético de manter sigilo quanto ao diagnóstico e tratamento (JÚNIOR, 2009, p. 1).

Deve-se analisar nessa situação, se os médicos agiram com negligência, imprudência ou imperícia. O Código de Defesa do Consumidor, art. 14, traz em seu conteúdo que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Sendo que a responsabilização dos estabelecimentos hospitalares, por serem fornecedores de serviços, será objetiva, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico (BRASIL, 1990).

Ressalta-se ainda, que, o médico tem o dever de assistir o paciente, o assessorando da melhor forma possível, sempre buscando atender seus chamados, respondendo as solicitações, prestando esclarecimentos, deve sempre está pronto à assisti-lo, pois a ocorrência de danos por falta de assistência poderá caracterizar a culpa do médico. O médico que não cumpre seu dever de dar assistência ao paciente está incorrendo em negligência, sendo, portanto, responsabilizado no caso de dano ou prejuízo ao paciente. Sobre o dever de abstenção de abuso, consiste na obrigação do médico de pautar-se nos princípios da ética em sua atuação, não devendo visar apenas o lucro ou obtenção de vantagens (OLIVEIRA, 2018, p. 1).

Na esfera pública de prestação do serviço de saúde, o art. 37 da CF/88, aduz que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1998).

Diniz (2013, p. 32) entende, assim, que são três os pressupostos da responsabilidade civil, quer são: ação ou omissão, dano e a relação de causalidade. Por outro lado, Venosa (2012, p. 13) enumera quatro pressupostos para que passe a existir o dever de indenizar, afirmando que “(...) os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa.”

Sendo assim, dever de indenizar o paciente por parte do poder público independe de culpa ou dolo de seus agentes de saúde, mantendo-se o dever de indenizar ainda que o atendimento seja feito pelo SUS em hospitais particulares.

No ajuizamento das ações com pedido de reparação dos danos decorrentes das condutas praticadas no parto, as mulheres demonstraram não apenas a demanda pela reparação dos danos sofridos, mas também a expectativa do reconhecimento de que os danos sofridos decorreram da conduta dos profissionais e não do parto em si, desejando, portanto, a força simbólica da decisão judicial na nomeação e no reconhecimento da violência institucional sofrida (NOGUEIRA; SEVERI, 2016, p. 465).

Assim sendo, de acordo com Paes (2015, p. 1), para combater a violência obstétrica, além de impor as consequências da responsabilidade civil, como supramencionado, devem incluir: o amplo debate com participação da sociedade, dos profissionais de saúde, da academia, do sistema de justiça; a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos com um olhar interseccional (não apenas de gênero, mas também étnico racial e de classe); a efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal; a sensibilização e formação dos profissionais de saúde e do direito; a garantia ao direito ao acompanhante à gestante; a garantia ao direito à informação; a garantia ao acesso pleno à saúde e o incentivo às boas práticas obstétricas, fundamentadas em evidências científicas.

## **CONCLUSÃO**

A violência obstétrica é uma evidente violência contra a mulher, que envolve a deflagração de garantias e direitos fundamentais estabelecidas a parturiente, lesa os direitos à integridade física e de decidir sobre o próprio corpo, os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, bem como com o seu direito de livre escolha.

Apesar da Constituição Federal firmar em diversos institutos a autonomia e a independência feminina, a mulher tem sido vista ainda como um ser inferior, principalmente no que concerne à violência sexual e doméstica, revelam a acentuada dominação masculina em detrimento da hipervulnerabilidade feminina como vítima social.

A violência doméstica, portanto, é aquela violência praticada contra a mulher em ambientes hospitalares no momento do parto, como por exemplo: violência exercida com gritos; os procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, e a falta de analgesia e negligência; recusa à admissão ao hospital (Lei 11.634/2007); impedimento de entrada de acompanhante (Lei 11.108/2005); violência psicológica (tratamento agressivo, discriminatório, grosseiro, zombeteiro, inclusive em razão de sua cor, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual e número de filhos); impedimento de contato com o bebê; o impedimento ao aleitamento materno; a cesariana desnecessária e sem consentimento, entre outros.

Portanto, com o intuito de evitar os abusos quanto à medicalização no processo de parto, a lei estipula que a mulher tem direito a um parto que respeite seus tempos biológicos e psicológicos, evitando-se ao máximo qualquer tipo de prática invasiva e de fornecimento de medicação desnecessária.

O médico deve agir com ética e responsabilidade, devendo aplicar todos os meios necessários para tratar seu paciente, agindo com ética, cumprindo os deveres estabelecidos em seu código de ética, pois se incorrer em erro, ocasionando dano ao paciente, será responsabilizado, tendo que indenizar a vítima.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. Violência obstétrica: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas. 2014.

ANDRADE, Priscyla de Oliveira Nascimento; DA SILVA, Jéssica Queiroz Pereira; DINIZ, Cinthia Martins Menino; CAMINHA, Maria de Fátima Costa. Fatores associados à violência obstétrica na assistência ao parto vaginal em uma maternidade de alta complexidade em Recife, Pernambuco. Revista Brasileira de Saúde Materna e Infantil. Edição 1. Recife. n. 16, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação – referências –elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo - Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Revista Interesse Público, v. 76, 2012.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Recomendações da OMS**. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/oms.html>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em 27 out. 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990.

CIELLO, Cariny et al. Parto do princípio. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. Dossiê da Violência Obstétrica "Parirás com dor". Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em 28 out. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.17.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2013.

JUÁREZ, D. et al. Violencia sobre las mujeres: herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación, 2012.

Leal, M. C., Pereira, A. P., Domingues, R. M., Theme, M. M., Dias, M. A., Nakamura-Pereira, M et al. Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. Cadernos de Saúde Pública, 30(Supl. 1), S17-S32. 2014. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00151513>>. Acesso em 05 nov. 2018.

Ministério da Saúde. Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) – Brasília, DF. 2015. Disponível em <[http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2015/Relatorio\\_PCDCesariana\\_CP.pdf](http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2015/Relatorio_PCDCesariana_CP.pdf)>. Acesso em 05 nov. 2018.

MORENO, Jamile Coelho; VENDRAME, Alan. Saúde como direito fundamental: Uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In Siqueira, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direitos Sociais: uma abordagem quanto à

(in) efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal Editora, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Juris Síntese, 2000.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência obstétrica e acesso das mulheres à justiça: análise das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça da região sudeste. *Panóptica*, vol. 11, n. 2, jul./dez. 2016.

NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSAVA, Ruth Hitomi. Assistência ao parto no Brasil: o lugar do não-médico. Departamento de saúde Materno-Infantil da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. Direitos Sociais Prestacionais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Políticas Públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal Editora, 2010.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Karina Junqueira de. Violência institucional na atenção obstétrica: proposta de modelo preditivo para depressão pós-parto. 2014. 106 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SOUSA, Valéria. Violência Obstétrica: considerações sobre a violação de direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento. São Paulo: Artemis, 2015.

TESSER, Charles Dalcanale et al. "Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer". *Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade*, v. 10, n. 35, p. 1- 12, 2015.

UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. São Paulo: Globo, 2011.

## **A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “POST MORTEM”**

**LAURA KALLINE FERNANDES OLIVEIRA:**

Graduada de Direito pelo Centro  
Universitário Una Betim/MG<sup>16</sup>

**CARLA GOMES DOS SANTOS<sup>[1]</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** A reprodução assistida *post mortem* já um tema debatido, porém não se trata de um assunto com pontos bem determinados. Com vários acontecimentos no mundo e avanços na sociedade surgem questões que antes eram imprevisíveis para o mundo jurídico. São avanços tecnológicos e sociais. Esses avanços alteram o conhecimento do que antes era rígido e certo. A inseminação artificial homóloga *post mortem* modifica o cenário que ocorria rotineiramente, e faz parte de uma nova realidade que veio com esses avanços, o que obviamente acarreta em dúvidas e impactos sociais. A falta de legislação específica cria uma lacuna de insegurança jurídica, pois o que apenas se tem são doutrinadores discorrendo sobre o tema buscando de várias vertentes poder explicar e alinhar alguns fatos jurídicos e decisões jurisprudenciais sobre o assunto. O presente trabalho também analisa os efeitos jurídicos da inseminação *post mortem* homóloga nos direitos sucessórios e o impacto do Código Civil de 2002 abordar somente diretrizes gerais e não um aprofundamento claro sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Sucessório; Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*; Legislação.

**ABSTRACT:** *Post mortem* assisted reproduction is already a debated theme, but it is not a subject with well-determined points. With various events in the world and advances in society arise issues that were previously unpredictable for the legal world. These are technological and social advances. These advances alter the knowledge of what was once rigid and right. The homologous post mortem artificial insemination modifies the scenario that occurred routinely, and is part of a new reality that came with these advances, which obviously entails doubts and social impacts. The lack of specific legislation creates a gap of legal uncertainty, because what is only indoctrinating about the subject seeking from various aspects to be able to explain and align some legal facts and jurisprudential decisions on the subject. The present paper also analyzes the legal effects of

---

<sup>16</sup> E-mail: laurakallinefernandes@gmail.com

homologous *post mortem* insemination on succession rights and the impact of the 2002 Civil Code to address only general guidelines and not a deepening on the subject.

**KEYWORDS:** Succession Law; Artificial Insemination Homologous Post Mortem; Legislation.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como ideia principal o esclarecimento e a compreensão dos meios de reprodução assistida no qual permitem que um ser humano seja concebido mesmo após a morte do seu progenitor e quais direitos sucessórios essa criança terá após o nascimento.

Conforme a Dra. Juliana Amato (2014), a Inseminação Artificial funciona da seguinte forma: São inseridos os espermatozoides no trato genital feminino e ela pode ser realizada de duas maneiras: A Inseminação Artificial Intra cervical (IC) em que os espermatozoides são inseridos no colo do útero pelo canal vaginal. E a Inseminação Artificial Intra-uterina (IU) onde o espermatozoide é colocado dentro do útero. Ambos os tipos, com a mesma finalidade: A fecundação. Essas técnicas ocorrem com o auxílio de processos mecânicos e recursos médicos.

Denomina-se inseminação artificial homóloga a que é realizada com a utilização do esperma do homem, tendo em vista que mesmo ocorrendo o interesse e o casal sendo biologicamente aptos a procriar, há impossibilidade da inseminação natural, por não ser possível a realização da relação sexual, em decorrência de algum fator.

Após a morte do cônjuge, o procedimento se denomina como Inseminação Artificial *Post Mortem*, onde serão aproveitados os embriões que foram criopreservados para uma utilização posterior.

A Inseminação Artificial homóloga *post mortem* não possui previsão legal, e mesmo o Código Civil de 2002 abordando o tema de reprodução assistida, ainda existem lacunas deixadas pelo legislador, e que ainda não foram resolvidas. Esse vazio incentivou os doutrinadores a debaterem sobre o assunto em vários aspectos: Jurídicos, tecnológicos e médicos.

Diante da omissão no Código Civil de 2002, visto que não há regulamentação sobre a reprodução assistida, encontra-se discussões relacionadas ao assunto, de um lado há defesas na possibilidade da inseminação artificial *post mortem*, e de outro há discussões contrárias a essa possibilidade. Nas diversas opiniões destaca-se a existência de um lado que acredita no exercício do princípio da liberdade, e do outro como uma afronta ao melhor interesse da criança. Mas vale salientar que são opiniões e que não possuem poder legal.

A inseminação Artificial *post mortem*, nos traz conflitos também no que versa sobre os direitos sucessórios dessa criança que nascerá, visto que se não houver documentos comprobatórios, não saberá se havia a vontade do pai falecido em ser progenitor *post mortem*, pois o que ocorreu foi a disponibilização do material genético e autorização para realização desse procedimento em vida.

Com isso adentra-se em uma situação complexa, pois o embrião será um ser de direitos com a inseminação do óvulo pelo espermatozoide independente de onde se encontre, ou somente será um ser de direito com a inserção do zigoto no aparelho sexual feminino, para que esse possa ganhar a capacidade jurídica que lhe dará os direitos do nascituro e não somente uma expectativa de direito.

Com a inseminação artificial *post mortem* e ocorrendo o nascimento, essa criança nasceria sem a proteção jurídica dos direitos sucessórios, e isso contraria o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

## **1. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Com a constante evolução da humanidade, em todos os meios vem ocorrendo diversos avanços e na área da medicina e bioética não seria diferente. As técnicas de reprodução humana assistida oferecem a possibilidade da concretização da fecundação quando não é possível por forma natural.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em média, entre cinquenta e oitenta milhões de pessoas em todo mundo podem ser inférteis. Para esse órgão um casal pode ser considerado infértil se não conseguirem engravidar no período de um ano sem a utilização de meios contraceptivos.

Conforme a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) estima-se que mais de nove milhões de bebês nasceram graças à reprodução assistida, e de acordo com o 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, existiam no ano de 2019, cento e oitenta e três centros de reprodução humana no Brasil.

O primeiro bebê de proveta do mundo nasceu em 1978 na Inglaterra. E em 1984, seis anos depois, ocorreu o nascimento da primeira criança nascida através da Fertilização *in vitro* no Brasil.

Já o primeiro caso de inseminação artificial *post mortem* que ocasionou uma grande repercussão jurídica aconteceu em 1984, na França e ficou conhecido com Caso Parpelaix, Corine Richard e Alain Parpelaix estavam apaixonados, ele foi diagnosticado com câncer

nos testículos e por isso tomou a decisão de armazenar seus gametas para utilização no futuro, porém a doença se avançou rapidamente e ele veio a falecer após a celebração do matrimônio. Corine procurou o banco de sêmem onde seu marido havia solicitado o armazenamento para realização da inseminação artificial, mas houve a negativa, iniciando-se assim uma longa disputa judicial e a consequente perda dos espermatozoides devido a demora para solução do conflito. Após esse acontecimento houve divergências entre os países sobre a regulamentação dessa prática.

Segundo Adelino Amaral, diretor da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (2018), as técnicas de reprodução assistida chegaram ao Brasil por volta da década de 1980 para ajudar casais que possuem dificuldades na reprodução natural, seja por infertilidade ou doenças que impeçam a fecundação.

Existem diversas formas de reprodução assistida como a Fertilização in vitro, Inseminação Artificial, Fertilização In Vitro com Útero de Substituição, dentre outras. (SOUZA e ALVES, 2016).

Existem dois tipos de inseminação artificial, a inseminação artificial intracervical (IC), e a inseminação artificial intrauterina (IU). São divididos também em inseminações homólogas e heterólogas. (AMATO, 2014).

Esse procedimento de reprodução humana assistida pode ocorrer após o falecimento do genitor, sendo denominada inseminação artificial homóloga *post mortem*.

### **1.1 A Reprodução Assistida Como Alternativa**

A reprodução assistida é uma alternativa para casais que tem dificuldade em reproduzir naturalmente por meio de relação sexual, ou por causa de alguma dificuldade, seja na mulher ou no homem. Esses fatores podem ser a infertilidade, a idade ou até mesmo o grau de fertilidade que tem o ovulo ou o esperma, além de doenças que impeçam a reprodução. Maluf define como:

A intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade. (2013,p.193).

Casais que tem a perspectiva de ter filhos, sejam eles planejados ou não, quando esse desejo não ocorre, há uma frustração de ambos os lados. E isso pode ocorrer por motivos diversos. Com isso, a ciência trouxe uma nova esperança para aqueles que não tiveram a oportunidade de se tornarem pais, para pessoas solteiras que possuem o desejo de ter filhos, como também para casais do mesmo sexo.



Como destacado anteriormente, também tem a possibilidade de realização desse procedimento de reprodução humana assistida mesmo após o falecimento do genitor, sendo denominada inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Ela ocorre quando um casal fornece o material genético, mas este só é implantado após a morte de um dos parceiros. Existem países que proíbem essa prática, e existe países que autorizam, porém com ressalvas, como é o caso do Brasil que possui uma resolução do Conselho Federal de Medicina versando sobre o assunto e suas diretrizes.

## 1.2 Reprodução Assistida *Post Mortem*

O Código Civil traz a possibilidade da realização do procedimento de inseminação artificial após o falecimento do genitor, sendo denominada inseminação artificial homóloga *post mortem* regulada no art. 1597, inciso III do Código Civil de 2002.

Na reprodução homóloga o material genético utilizado é do casal que busca a possibilidade de fecundação. Com as técnicas existentes de criopreservação, é possível o armazenamento por bastante tempo, sendo assim, possível utiliza-lo depois de colhido o material genético e fecundado o embrião, por isso, mesmo após a morte de seu esposo, a mulher possui a possibilidade de utilizar esse material genético (FISCHER, 2017)

## 2. A NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO

O Conselho Federal de Medicina, em sua resolução nº 2.121/2015, exige que tenha uma autorização prévia do falecido, para que essa reprodução possa acontecer:

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM: É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Porém há doutrinadores que acreditam que a procura em vida do falecido para realização do procedimento de reprodução assistida com a companheira, já é por si só, uma demonstração de consentimento, conforme dispõe Gabriella Bresciani Rigo:

Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação. Caso tenha o anseio de ser pai um dia, mas está casado com uma mulher que não é a pessoa que deseja para ser mãe de seus filhos, o homem que deixar seu esperma em um banco de sêmen deve ter o cuidado

de deixar expressa proibição de utilização de seu material após a ocasião de sua morte. Assim, não havendo nenhuma proibição expressa por parte do homem que depositou o sêmen no centro de reprodução humana, não há porque negar qualquer direito à criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga (RIGO, 2009, p 31).

Já outros, discordam desse pensamento, acreditando que para provar esse consentimento deve haver algum documento assinado que mostre o interesse do falecido em deixar que usem seu material biológico após sua morte como é a análise de Pereira (2015).

Alguns autores afirmam que para ser realizada a inseminação, a mulher deve ser viúva, ter a autorização do marido e não estar em outro relacionamento.

Entretanto, é necessário que a mulher interessada na inseminação artificial encontre-se em estado de viuvez e/ou munida de declaração escrita do marido ou companheiro falecido autorizando a realização do procedimento com seu material genético. Do contrário não se presume a paternidade do de cujus. (PEREIRA, 2015, p 202)

Cardin também tem posicionamento contrário sobre a permissão da inseminação *post mortem*.

Acredita-se que a inseminação *post mortem* não deva ser autorizada, visto que, quando um dos genitores opta pela formação de uma família monoparental, suprime da criança o direito de convivência com o outro genitor, já falecido. (CARDIN; CAMILO, pg.20)

Ou seja, o Código Civil não fornece nenhuma previsão sobre a necessidade dessa autorização, e como deverá ocorrer esse procedimento se houver interesse na realização do procedimento mesmo após a morte do companheiro.

Portanto é imprescindível que o Código Civil especifique também a maneira que será realizada a autorização do cônjuge para uma futura reprodução assistida homologa *post mortem* e que não seja contra ao exposto no art. 226,§ 7º, da Constituição Federal, que dispõe

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Em decisão recente a 4ª turma do STJ, no RESP 1.918.421-SP, foi fixado a proibição de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges sem manifestação inequívoca, expressa e formal do companheiro:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. 1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes. 2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos interna corporis, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea a do inciso III do art. 105 da CF/1988. 3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino. 4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias

obtidas da fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia. 5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente. 6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. 7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira. 8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito. 11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético post mortem. 12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto,

a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. 13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. 14. Recursos especiais providos. (STJ - REsp: 1918421 SP 2021/0024251-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021)

A tese jurídica utilizada na decisão é que a declaração de vontade realizada mediante documento padrão fornecido pelas clínicas/hospitais não é suficiente para corroborar a implantação de embriões post mortem, e que a autorização para realização do procedimento com embriões excedentários post mortem necessita de autorização via testamento ou documento equivalente.

A decisão estabelece que após a autorização do procedimento post mortem, criam-se efeitos patrimoniais e sucessórios, sendo assim necessária a autorização feita de forma incontestável para proteger os direitos da criança concebida.

No ano de 2010 ocorreu um caso em que a justiça autorizou a realização da inseminação em uma mulher com o esperma de seu marido já falecido. A matéria é de Evandro Fadel e de Anderson Hartmann escrita no mesmo ano do fato e descreve a situação vivida pela professora Katia Lernerneier e seu marido, os dois haviam procurado uma clínica de inseminação em 2009, pois já tentavam ter filhos há mais de cinco anos. Após um tempo em que foi a clínica, ele começou um tratamento contra o câncer e infelizmente veio a falecer. No ano seguinte, Katia foi a clínica para poder realizar o processo de inseminação, mas teve seu pedido negado, com isso, ela ingressou com um pedido na justiça para que pudesse ser autorizada a realização da inseminação com o sêmen congelado de seu marido já falecido.

O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba/PR, entendeu que o fato deles estarem tentando ter filhos há um tempo e terem ido a clínica de inseminação eram por si só o consentimento de seu marido em vida. Também foram ouvidos os familiares e amigos como testemunhas e ficou claro de que era desejo de ambos ter esse filho.

A clínica se opôs a fazer a inseminação, pois ia contra o que o Conselho Federal de Medicina regula, porém com a liminar da justiça, a inseminação foi realizada.

### 3. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DAQUELE QUE ESTÁ POR NASCER

Surgiu o Direito Sucessório a partir da ideia de que os bens da família se perdurassem após a morte do dono do patrimônio. São normas nas quais regularizam a transferência de patrimônio a alguém, seja por testamento ou lei, ou seja, regula a transferência de patrimônio do falecido ao herdeiro.

Como ensina o ordenamento jurídico, existem duas espécies de sucessão: Legítima e testamentária. A sucessão legítima ocorrerá quando o falecido não deixar testamento, então seu patrimônio será transferido às pessoas indicadas por lei, seguindo-se a ordem hereditária conforme expresso no artigo 1.788. do Código Civil:

Art. 1788: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Será legítima também se o testamento deixado pelo autor da herança caducar ou se caso, for julgado nulo, ou, ainda, quando o testamento não discorrer sobre todos os bens do falecido, como ordena o artigo 1.788 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) explica que a sucessão testamentária ocorre com a manifestação de vontade, expressa em testamento ou codicilo, realizado pelo autor da herança, de acordo com as condições estabelecidas por lei. Nesse caso o de cujus escolherá em vida os sucessores de seus bens.

#### 3.1 Sucessões em casos de inseminação homologa post mortem

Sobre a sucessão dos filhos nascidos por inseminação artificial homologa, existem opiniões divergentes e o fato de não existir uma legislação específica cria um cenário de dúvidas sobre quais direitos sucessórios essa criança terá.

Na doutrina são encontrados posicionamentos diversos, sendo apoiados e concretizados em princípios da constituição de 1988 no Código Civil ou em ideologias pessoais.

Um exemplo é o posicionamento do Eduardo de Oliveira Leite que afirma que a criança nascida por inseminação artificial *post mortem* não herdará de seu pai por ser uma situação anômala:

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no



plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios. (LEITE, 2003,p.110).

Em posição contrária, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, discorre sobre o tema:

Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório. (ALBUQUERQUE FILHO, 2007, p.6).

O que existe é uma nuvem de incertezas sobre os direitos sucessórios dessa criança, e as doutrinas tem muitas opiniões diferentes sobre esse direito, como o Ramos mesmo discorre em seu livro:

Nessa perspectiva, observa-se que o Código Civil não se pronuncia sobre as questões relativas ao direito sucessório dos concebidos através da inseminação artificial *post mortem*, gerando uma incontestável insegurança jurídica e posições divergentes entre doutrinadores. (Ramos e Dominato, pg. 7)

Alguns doutrinadores concordam que esse filho tem os mesmos direitos dos demais filhos, pois na Constituição há o princípio que diz que deve haver igualdade entre os filhos, e se não houver esse direito sucessório a ele, estará ferindo um princípio direto da lei suprema, assim diz Pereira em sua obra:

Os filhos concebidos por inseminação Artificial *post mortem* gozam dos mesmos direitos dos demais filhos, sejam biológicos, civis ou socioafetivos, em razão do princípio, constitucionalmente estabelecido, da igualdade entre os filhos. (PEREIRA, 2015, p.52)

Já outros doutrinadores afirmam que esse filho não tem direitos sucessórios pelo fato de serem concebidos após a morte desse homem, e que só tem direito os que estão vivos no momento dessa morte, não sendo possível esse filho herdar de seu pai sendo que ele ainda não existia, Pereira também discorre sobre isso:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender o princípio constitucional da não discriminação de filhos. (PEREIRA, 2012, p. 326)

No Código Civil existem artigos que dão direito a esse filho concebido por inseminação, sendo então previsto que ele tem esse direito, Gonçalves fala sobre o referido assunto em seu livro:

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios; em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2019, p. 76)

Visto que tem previsões em lei de alguns fatos que pode ocorrer, visualizamos que há pontos que ficam confusos sobre outras questões, como em que tempo essa criança deve ser concebida, se a mãe deve estar solteira ou viúva, se o pai deveria deixar sua manifestação de vontade em testamento ou não, ou se a mãe poderia fazer mesmo sem a manifestação de vontade do homem já falecido, e até se o mesmo teria direito em ter o reconhecimento de paternidade no registro, por nascer depois do óbito de quem o devia registrar, questões que nenhuma das legislações como o Código Civil, Constituição, como tão pouco no Conselho Federal de Medicina.

Constata que boa parte da doutrina acredita que o filho concebido terá direito à sucessão legítima baseando-se no princípio de igualdade que deve existir entre os filhos, conforme exposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Gama adverte sobre a complexidade dos direitos sucessórios da criança concebida post mortem:

Há questões importantes relacionadas à validade, eficácia e revogação dos testamentos em geral que tornam bastante frágil a proteção que o ordenamento jurídico poderia conferir à criança a nascer. Talvez fosse o caso de – em se admitindo a legitimidade do emprego de tal técnica, o que é questionável – se estabelecer na lei a insuscetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria ser revogada, a exemplo do que ocorreu, a respeito da revogação, no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 883/49 acerca da disposição testamentária que reconhece filho extramatrimonial que não poderia mais ser revogada. Mas tal disposição não alteraria o sistema existente quanto à invalidade e à ineficácia da disposição, o que tornaria a situação do futuro filho do falecido bastante instável. (Gama, 2003, p. 733)

Se já existem controvérsias sobre os direitos dessa criança caso ocorra a sucessão testamentária, então resta claro que ocorrendo a sucessão legítima essas dúvidas se tornariam mais problemáticas e de difícil resolução, pois é escassa a legislação, podendo se pautar em doutrinas com diversas opiniões antagônicas e jurisprudências. Os artigos 1798 e 1799 do Código Civil presumem a paternidade, e como presumido a criança terá seu direito sucessório resguardado, mas o questionamento seria como seria executado esse direito?

Há doutrinadores que alegam que para esse filho concebido post mortem seria necessário uma petição de herança que tem previsão no Art. 1824 do Código Civil, para assim, ter seu direito reconhecido pelo fato de ter sido concebido após o momento da abertura da sucessão, tendo o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil como fundamento para tal pensamento.

A autora Juliane Fernandes Queiroz entende que é necessário a fixação de um prazo para espera dos possíveis filhos concebidos mediante inseminação artificial post mortem, e que esse prazo deve ser definido no próprio testamento:

Desnecessário lembrar que seria altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, tendo em vista que

o sêmen pode ficar crioconservado [os embriões também podem ser criopreservados] por anos ou décadas e, só após, ser utilizado. Portanto, deverá ser fixado o prazo de espera do nascimento dos filhos, dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto. (QUEIROZ, 2001, p.80)

Ou seja, é evidente a real necessidade da fixação de um prazo e regulamentação sobre o assunto para não ocorrer diversos problemas futuros.

### **3.2. FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

Com a falta de legislação específica sobre a reprodução assistida, as clínicas nas quais realizam o procedimento exigem que um documento seja assinado pelos pacientes. Porém o que ocorre na maioria das vezes é a disponibilização de um termo de consentimento explicando os prós e contra do procedimento, como também para uma melhor orientação sobre o procedimento que será realizado.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que regulamente o assunto, que como já foi destacado, possui uma vasta importância e possíveis implicações sucessórias a criança que nascerá após fecundação *post mortem*. O Código Civil de 2002 traz um texto vago e sem aprofundamento sobre a inseminação artificial. São poucos os artigos do Código Civil que tratam sobre o assunto, uns deles é o art 1597 do Código Civil pontua:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Ou seja, presume-se a relação de parentesco, porém não traz se é necessário autorização, e se caso necessário, qual a melhor forma dessa autorização ocorrer, se haverá um tempo que esse material biológico poderá ficar a disposição da esposa e quais as consequências sucessórias e jurídicas do ato.

Ou seja, o Código Civil não discorre sobre autorização, momento e sucessão. Rosa e Boeckel dissertam sobre isso:

No Brasil, a fecundação artificial *post mortem* consta com parca regulamentação. Os dispositivos legais que tratam pontualmente da

questão são os arts. 1597 (presunção da paternidade), 1.798 e 1.799 e 1.800 do Código Civil de 2002. O art. 1597, inciso II, do Código Civil, preceitua que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Ao reconhecer a presunção de paternidade nestes casos, presume-se permitida tal prática no Brasil. De fato, o Código trata da presunção de paternidade nesses casos, por outro lado não faz qualquer menção a outras questões igualmente importantes, como (i) a autorização do pai falecido, (ii) o lapso temporal em que o material biológico poderá ser utilizado pela viúva e (iii) as consequências sucessórias desse vínculo de filiação. (BOECKEL ; ROSA, 2012 p. 49)

Sobre sucessão, na qual poderia enquadrar os filhos nascidos de inseminação artificial post mortem, temos o art. 1.798 do Código Civil que expõe que são legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão é o artigo 1.799 do Código Civil que preceitua:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Os referidos artigos demonstram que existe sim um espaço vazio sobre questões relacionadas ao assunto, pois presumem o parentesco, mas não discorrem sobre os direitos sucessórios da criança. Com isso, o Enunciado nº 267 CJF/STJ expõe que:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Acredita-se que deveria haver leis para limitar e regulamentar tal procedimento para desfazer com as inseguranças jurídicas que poderão existir no Direito Sucessório. Os acontecimentos corriqueiros na sociedade precisam ser tutelados pelo direito e legalizados pelo ordenamento jurídico amplamente e sem possíveis brechas. E com casos já relacionados à reprodução assistida post mortem é necessário um olhar atento a essa questão. É fato que a reprodução assistida post mortem vem ocorrendo e que necessita de regularização.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se que o ponto principal do assunto abordado é que não há uma legislação no nosso país que aborde sobre o tema em questão, existem apenas Jurisprudências e Doutrinas que discorrem sobre o tema, e como o Direito deve acompanhar os avanços da sociedade, acredita-se que seja interessante o estudo e aprofundamento do tema, se tornando necessária a divulgação do conhecimento adquirido sobre tal assunto.

Sem uma possível legislação, os direitos da criança que nascerá por Inseminação Artificial *post mortem* poderão não ser garantidos e isso é contrário ao previsto no Art. 227, § 6 da Constituição Federal de 1988.

Os avanços tecnológicos na área da medicina sobre a reprodução humana homóloga *post mortem*, trazem novos problemas para o Direito, visto que esse fato modifica as relações de família, trazendo novos aspectos a serem verificados como o direito sucessório dessa criança.

Diante do exposto, conclui-se que apesar das inúmeras divergências doutrinárias, o filho concebido mediante Inseminação Artificial *post mortem* deverá ter todos os seus direitos protegidos, principalmente o direito a sucessão e destaca a extrema importância de legislação específica sobre o assunto.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil de 2002**, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 abril.2020.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 01 abril.2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem***. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/df9b/f22249950f89189b0bbc52b24bbfbad99db8.pdf>. Acesso em: 01 abril. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.121. 2015**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>>. Acesso em: 01 abril. 2020.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p.80



FILHO, Carlos Cavalcante de Albuquerque. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em: pdf. Acesso em: 30 março.2020.

FISHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/224.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf). Acesso em: 30 março.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. - 6.ed - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões**. Disponível em: <https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>. Acesso em: 31 mar.2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões** - São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Cristiane Gonçalves Xavier; DOMINATO, Luciana Alves. **A reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório brasileiro**. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path%5B%5D=1809&path%5B%5D=1225>. Acesso em: 31 março.2020

BOECKEL, Fabrício Dani de Boeckel; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de Família: Em Persepctiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. V. 5. 20<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.121. 2015**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>>. Acesso em: 01 abril. 2021.

RESP 1918421-SP. Disponível em: <https://informativos.trilhante.com.br/julgados/stj-resp-1918421-sp>>. Acesso em 12 Outubro. 2021.

A Reprodução Humana Assistida Homologa Post Mortem Uma Análise A Luz Do Direito Sucessorio Brasileiro. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/29287/a-reproducao-humana-assistida-homologa-post-mortem-uma-analise-a-luz-do-direito-sucessorio-brasileiro/3>>. Acesso em 13 Outubro. 2021.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio.** Disponível em <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/relatorios-de-producao-de-embrioes-sisembrio> Acesso em 13 Outubro de 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

PISETTA, Francieli. A filiação e o direito sucessório dos filhos havidos por inseminação artificial e fecundação in vitro homólogas post mortem frente ao Código Civil brasileiro de 2002. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3000, 18 set. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20022>. Acesso em: 14 out. 2021.

Lei n.º 883, DE 21 DE OUTUBRO DE 1949. **Disponível em:** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L0883.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.html) Acesso em 13 Outubro. 2021.

**Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526> Acesso em 13 de outubro de 2021.

SANTOS, Ingrid Stefani de Brito. **Direito de filiação e sucessão de filhos nascidos por reprodução humana assistida post mortem.** Belo horizonte, 2019. Disponível em: <https://ingridbrito.jusbrasil.com.br/artigos/814138731/o-direito-de-filiacao-e-sucessao-dos-filhos-nascidos-por-reproducao-humana-assistida-post-mortem>. Acesso em 13 de Outubro de 2021.

**O que é Criopreservação? Como Funciona?** 2018. Disponível em: <https://clinicagera.com.br/criopreservacao>. Acesso em: 14 de Outubro de 2021.

**Juiz autoriza inseminação com sêmen de marido morto.** 2010. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-maridomorto,556611#:~:text=Juiz%20autoriza%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20com%20s%C3%AAmen%20de%20marido%20morto,marido%2C%20Roberto%20Jefferson%20Niels%2C%20de%2033%20anos%2C%20> Acesso em: 17 de Outubro de 2021.

**Professora paranaense ganha na justiça direito de usar sêmen do marido morto.** 2010. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/professora-paranaense-ganha-na-justica-direito-de-usar-semen-do-marido-morto-3001815> Acesso em: 17 de outubro de 2021.

**Infertilidade: Como enfrentar o diagnóstico e buscar o tratamento adequado.** Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/>> Acesso em 27 de outubro de 2021.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano Souza; ALVES, Oslania de Fátima Alves. **As principais técnicas de Reprodução Humana Assistida.** *Revista Saúde e Ciência em Ação*, v.2, n.1, p. 26-37, jan./jul. 2016.

*Amato, Juliana. Em Busca Da Fertilidade 2014. Disponível em: <https://fertilidade.org/em-busca-da-fertilidade/> Acesso em 27 de outubro de 2021.*

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849). Acesso em 27/10/2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 7.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

NOTA:

[1] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA Betim.

## A NATUREZA (NÃO) HEDIONDA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

**AGOSTINHO EMANOEL RODRIGUES ROSA:**

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Alis de Bom Despacho (2016). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2017) e em Direito Penal e Processual Penal (2019) pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais - FEAD e em Direito da Família e em Docência no Ensino Superior (2019), pela UCAM - Universidade Candido Mendes.<sup>17</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar a natureza hedionda (ou não) da figura delitiva híbrida denominada homicídio qualificado-privilegiado, tendo em vista o caráter hediondo do homicídio qualificado (art. 121, §2º, CPB e art. 1º, I, Lei nº. 8.072/90) e a ausência de tal caráter no homicídio privilegiado (art. 121, §1º, CPB). Para tanto, foram realizados ensaios teóricos mediante pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais acerca dos entendimentos emanados dos doutrinadores penalistas brasileiros e das Cortes Judiciárias Pátrias, perpassando-se pelos principais fundamentos de ambas as correntes antagônicas, ressaltando-se os pontos fundamentais de cada uma. Ao final, joeirando-se os argumentos de tais correntes, concluiu-se pela natureza não hedionda do homicídio qualificado-privilegiado uma vez que tal figura híbrida não se encontra contemplada no rol taxativo do art. 1º da Lei nº. 8.072/90, sendo adotado no direito penal brasileiro o sistema legal para a definição da hediondez do delito que exige a existência de previsão legislativa expressa nesse sentido, além do que o caráter hediondo, isto é, repugnante, vil, seria incompatível com a natureza do privilégio que decorre da motivação do delito, sendo esta, assim, de ordem subjetiva (crime praticado por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção), sendo a qualificação da infração penal oriunda tão somente dos meios com o qual o crime foi praticado (qualificadora objetiva), devendo, à luz da exegese do disposto no art. 67 do CP, preponderar, em caso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao agente, as que resultam dos motivos determinantes do crime.

**PALAVRAS-CHAVE:** Homicídio Qualificado-Privilegiado. Figura Híbrida. Hediondez. Incompatibilidade. Sistema Legal.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to analyze the heinous (or not) nature of the hybrid criminal figure called qualified-privileged homicide, considering the heinous character of qualified homicide (art. 121, §2, CP and art. 1, I, Law 8.072/90) and the absence of such a character in privileged homicide (art. 121, §1º, CP). For this, theoretical essays were conducted through bibliographical and jurisprudential research on the understandings emanating from the Brazilian penal indoctrinators and the Judicial Courts

<sup>17</sup> Endereço eletrônico: [agostinhorsaadv@gmail.com](mailto:agostinhorsaadv@gmail.com).

of the Country, passing through the main foundations of both antagonistic currents, emphasizing the fundamental points of each one. In the end, by basing the arguments of these currents, it was concluded by the unhealthy nature of the qualified-privileged homicide since such a hybrid figure is not contemplated in the exhaustive list of art. 1 of Law no. 8.072/90, being adopted in the Brazilian penal law the legal system for the definition of the heinousness of the crime that demands the existence of express legislative provision in this sense, besides that the heinous character, that is, disgusting, vile, would be incompatible with the nature privilege that derives from the motivation of the offense, which is, therefore, subjective (crime committed on the grounds of relevant social or moral value, or under the domain of violent emotion), and the classification of criminal offense derives only from the means with which the crime was committed (objective qualifier), and should, in light of the exegesis of the provisions of art. 67 of the CP, to prevail, in case of circumstances favorable and unfavorable to the agent, those that result from the motives determining the crime.

**KEYWORDS:** Qualified-Privileged Homicide. Hybrid Figure. Heinousness. Incompatibility. Legal System.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA. 2.1 A figura delitiva híbrida denominada *"homicídio qualificado-privilegiado"*. 2.2 Sistemas para a definição da natureza hedionda de um delito e suas consequências práticas. 2.3 Análise das correntes existentes acerca da hediondez do *"homicídio qualificado-privilegiado"*. 3 METODOLOGIA DE PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Em que pese alguma celeuma doutrinária outrora existente acerca da possibilidade de ocorrência de uma figura delitiva híbrida denominada *"homicídio qualificado-privilegiado"*, sendo, a um só tempo, enquadrada na tipificação penal inserta no art. 121, §2º (homicídio qualificado) e art. 121, §1º (homicídio "privilegiado"), ambos do Código Penal Brasileiro (CPB – Decreto-Lei nº. 2.848/40), hodiernamente, há forte entendimento dominante na doutrina especializada e na jurisprudência acerca da possibilidade de reconhecimento da citada figura híbrida, desde que a qualificadora tenha natureza objetiva, na medida em que o privilégio tem natureza subjetiva, sendo, assim, incompatível com as qualificadoras também subjetivas<sup>18</sup>.

Superada esta *quaestio*, exsurge a discussão acerca da hediondez do homicídio qualificado-privilegiado, tendo em vista que a referida figura híbrida se origina da junção dos delitos previstos no art. 121, §2º (homicídio qualificado: que possui natureza hedionda

18 Nesse sentido: LIMA (2021, p. 329) e CUNHA (2020, p. 72-73);

*ex vi* do disposto no art. 1º, I, da Lei nº. 8.072) e no art. 121, §1º (homicídio privilegiado: crime comum), ambos do CPB, surgindo, para tanto, duas correntes antagônicas, uma defendendo a hediondez do delito em questão e outra, sustentando a ausência de tal caráter.

O presente trabalho tem por escopo, justamente, analisar, mediante ensaio teórico, os principais fundamentos doutrinários e jurisprudenciais de ambas as correntes, de modo a verificar qual dos entendimentos deve preponderar, considerando holisticamente o sistema jurídico pátrio.

Ressalte-se, por fim, que o tema possui ampla relevância prática, na medida em que a caracterização de um delito como crime hediondo, por estar elencado na Lei nº. 8.072/90, atrai para o agente diversos efeitos mais gravosos, tais como, pena cumprida obrigatoriamente em regime inicial fechado, proibição de concessão de anistia, graça ou indulto, além da exigência de cumprimento de maiores percentuais da pena para a obtenção da progressão de regime em relação aos delitos comuns.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

### **2.1 A figura delitiva híbrida denominada “homicídio qualificado-privilegiado”**

A figura delitiva híbrida denominada “homicídio qualificado-privilegiado” surge da combinação fática das hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do Código Penal, que prescrevem, respectivamente, o “homicídio privilegiado” e o “homicídio qualificado”:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

#### **Caso de diminuição de pena**

**§ 1º** Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

#### **Homicídio qualificado**

**§ 2º** Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;



III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

### **Feminicídio**

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido:

### **Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos**

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

III - 2/3 (dois terços) se o crime for praticado em instituição de educação básica pública ou privada.

Apesar da existência de vozes em sentido contrário<sup>19</sup>, é entendimento doutrinário amplamente dominante a possibilidade de configuração prática do referido delito híbrido, desde que as qualificadoras sejam objetivas, isto é, refiram-se, sobretudo, aos meios de execução do delito ou à condição de infante da vítima (incisos III, IV, VIII e IX, §2º, art. 121, CP), uma vez que o privilégio possui natureza subjetiva, por representar os motivos pelos quais o agente cometeu o crime, de sorte que seria incompatível com a existência de qualificadora subjetiva, eis que não seria possível a prática de um homicídio, a um só tempo, por relevante valor social (homicídio privilegiado) e por motivo torpe, por exemplo.

Nesse sentido é a lição de Lima (2021) e Cunha (2020), e também de Nucci (2023):

Tem sido posição predominante na doutrina e na jurisprudência a admissão da forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. Como regra, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva (motivo de relevante valor e domínio de violenta emoção). O que não se pode acolher é a convivência pacífica das qualificadoras subjetivas com qualquer forma de privilégio, tal como seria o homicídio praticado, ao mesmo tempo, por motivo fútil e por relevante valor moral.

Tecidas estas breves considerações acerca da conceituação e da admissão da figura híbrida "*homicídio privilegiado-qualificado*" no direito penal brasileiro, tem-se o substrato necessário para se adentrar à discussão da possível hediondez de tal delito, considerando a presença de tal caráter no homicídio qualificado e, por outro lado, a ausência deste no homicídio privilegiado, que juntos compõem a citada figurava delitiva derivada.

Antes, porém, cumpre discorrer, ainda que brevemente, acerca dos sistemas para a definição da natureza hedionda de um delito e suas consequências práticas.

---

19 SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito Penal** – crimes contra a pessoa. p. 55 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023;

## 2.2 Sistemas para a definição da natureza hedionda de um delito e suas consequências práticas

Consoante leciona a doutrina especializada, existem três sistemas para a definição da natureza hedionda de determinado delito, quais sejam, *a) Sistema Legal; b) Sistema Judicial; e, c) Sistema Misto.*

Nas palavras de Lima (2021), no *Sistema Legal*

cabe ao legislador enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os crimes que devem ser considerados hediondos. Assim, por meio de um rol taxativo de crimes, não se confere ao juiz qualquer discricionariedade para atestar a natureza hedionda do delito. Em outras palavras, se o crime praticado pelo agente constar do rol de crimes hediondos, outro caminho não há senão o reconhecimento de sua natureza hedionda, ainda que, no caso concreto, a conduta delituosa não se revele tão gravosa. Logo, mesmo que o crime não se revele “repugnante”, “asqueroso”, “sórdido”, “depravado”, “horroroso” ou “horrível”, se for etiquetado como crime hediondo pelo legislador, deve ser tratado como tal pelo magistrado.

Acerca do *Sistema Judicial*, lecionam Roque, Távora e Alencar (2016) que

neste sistema, cabe ao julgador, no caso concreto, definir se o crime é hediondo ou não. O magistrado, portanto, não parte de um rol de crimes estabelecido em lei. Ao revés, é no caso concreto que, ao analisar a gravidade da conduta, a maior ou menor reprovabilidade do autor do fato, e demais particularidades, que entenderá estar ou não presente a natureza hedionda do crime.

Por fim, segundo ensina Habib (2023), o *Sistema Misto* “preconiza que o legislador estabelece, em um rol exemplificativo, os delitos que são considerados hediondos, permitindo ao juiz, por critério de interpretação analógica, qualificar outros delitos como sendo igualmente hediondos”.

Neste ponto, insta consignar que, conforme lição da doutrina especializada, o sistema adotado pela legislação penal brasileira para definir a hediondez de determinado delito é o *Sistema Legal*. Assim, consoante o ensinamento de Lima (2021),

de modo a saber se uma infração penal é (ou não) hedionda, incumbe ao operador tão somente ficar atento ao teor do art. 1º da Lei nº.

8.072/90; se o delito constar do rol taxativo de crimes ali enumerados, a infração será considerada hedionda, sujeitando-se a todos os gravames inerentes a tais infrações penais, independentemente da aferição judicial de sua gravidade concreta. Lado outro, se a infração penal praticada pelo agente não constar do art. 1º da Lei nº. 8.072/90, jamais será possível considerá-la hedionda, ainda que as circunstâncias fáticas do caso concreto se revelem extremamente gravosas. Afinal, por força da adoção do sistema legal, os crimes hediondos constam do rol taxativo do art. 1º da Lei nº. 8.072/90, que não pode ser ampliado com base na analogia nem por meio de interpretação extensiva.

Isso posto, é imperioso que se registre que, conforme bem elucidado por Capez (2023), a distinção entre crime comum e crime hediondo

é de suma importância na medida em que, a partir do momento em que um crime é enquadrado como hediondo, o indivíduo passa a sofrer os efeitos da Lei dos Crimes Hediondos (progressão de regime desde que cumpridos 40% da pena, se primário; 50% da pena, se condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário; 60% se reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; 70% se for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte (art. 112 da LEP – com redação dada pela Lei n. 13.964/2019); proibição de concessão de anistia, graça ou indulto).

Logo, a classificação de determinada infração penal como hedionda, na prática, atrai inexoravelmente para o agente em questão, todas as peculiaridades gravosas decorrentes da Lei nº. 8.072/90, tais como vedação à concessão de anistia, graça, indulto e fiança (art. 2º, I e II), cumprimento da pena em regime inicial fechado (art. 2º, §1º) e necessidade de cumprimento de parcela maior de pena para progressão de regime (40% da pena, se primário; 50% da pena, se condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário; 60% se reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; 70% se for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte [art. 112 da LEP – com redação dada pela Lei n. 13.964/2019]).

Daí exsurge a relevância prática de se perquirir se o *“homicídio qualificado-privilegiado”* é (ou não) crime hediondo, tendo em vista que o homicídio qualificado o é (art. 1º, I, Lei nº. 8.072/90), ao passo que o homicídio privilegiado não possui natureza hedionda.

### 2.3 Análise das correntes existentes acerca da hediondez do “homicídio qualificado-privilegiado”

Consoante ressalta a literatura jurídica penal, há duas correntes antagônicas acerca da natureza hedionda da citada figura delitiva híbrida denominada “homicídio qualificado-privilegiado”, uma defendendo a hediondez de tal delito e outra, em sentido diametralmente oposto, sustentando a inexistência de tal caráter.

A primeira corrente aqui tratada, amplamente majoritária, defende a inexistência de caráter hediondo no “homicídio qualificado-privilegiado” sob três fundamentos basilares: *i)* ausência de previsão expressa da referida figura híbrida no rol do art. 1º da Lei nº. 8.072/90; *ii)* incompatibilidade da hediondez com um crime praticado por relevante valor moral ou social; e, *iii)* à luz da exegese do art. 67 do Código Penal, analogicamente, no concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao agente, devem prevalecer aquelas resultam dos motivos determinantes do crime.

Com efeito, ensina Lima (2021) que o homicídio qualificado-privilegiado jamais poderá ser considerado hediondo por três razões:

Primeiro, porque o art. 1º, I, da Lei nº. 8.072/90, com redação dada pela Lei nº. 13.142/15, é claro ao afirmar que somente serão rotulados como hediondos o homicídio simples (art. 121) praticado em atividade típica de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII). Não há, portanto, qualquer referência ao homicídio privilegiado. Segundo, porque seria absolutamente incoerente rotular como hediondo (leia-se, repugnante) um crime de homicídio cometido, por exemplo, mediante valor moral ou social. Por fim, como as causas de diminuição de pena enumeradas no art. 121, §1º do CP, têm natureza subjetiva, e as qualificadoras porventura reconhecidas neste homicídio qualificado-privilegiado devem, obrigatoriamente, ter natureza objetiva, há de se reconhecer a natureza preponderante daquelas, aplicando-se raciocínio semelhante àquele constante do art. 67 do Código Penal, que diz que, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, devem preponderar aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Como adeptos desta corrente, podem ser citados, no campo dos doutrinadores, dentre muitos outros, Avelar (2023), Capez (2023), Cunha (2020), Estefam (2023), Gonçalves (2023), Habib (2023), Nucci (2023) e Roque, Távora e Alencar (2016).

Cumpre salientar, neste ponto, que a referida corrente doutrinária também ecoa nos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CRIMINAL - **HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO - CRIME NÃO ELENADO NO ROL DOS HEDIONDOS** - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO NECESSÁRIO. I- **A Lei nº 8.072/90 não faz qualquer referência a respeito da forma híbrida do "homicídio qualificado privilegiado", tratando-se de situação anômala não abarcada pelo rol taxativo do art. 1º do mencionado diploma legal, o que, em atenção ao princípio da legalidade, impede interpretação extensiva em desfavor do réu, com vistas a qualificar tal crime como hediondo.** II- Na fixação do regime de cumprimento da pena, deve o Magistrado examinar as peculiaridades de cada caso, atentando-se para as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 33 do CP, sob pena de ofensa ao princípio da individualização. (TJMG. Apelação Criminal nº.: 1.0105.16.037941-5/001) (sem grifos no original)

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. **HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO**. COMUTAÇÃO DA PENA. CRIME HEDIONDO. **Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado - privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos.** Recurso não conhecido. (STJ. Recurso Especial nº.: 180694/PR) (sem grifos no original)

PROCESSUAL PENAL. **HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO**. REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. 1. **Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo.** Precedente. 2. Pedido de Habeas Corpus deferido, para reconhecer ao paciente o direito à progressão do regime prisional. (STJ. Habeas Corpus nº.: 13001/SP) (sem grifos no original)

No mesmo sentido, também foi a conclusão adotada nos julgamentos dos *Habeas Corpus* nºs.: 18261/RJ, 23408/MT, 23973/MS, 41579/SP e 85348/RS.

Contudo, em que pese amplamente majoritária, a citada corrente não se mostra indene a críticas doutrinárias de outras vozes no cenário nacional que, compondo uma corrente em sentido completamente antagônico, advogam pela hediondez do *"homicídio qualificado-privilegiado"*, nos termos a seguir elucidados.



Conforme ressalta Masson (2022)

para esta corrente, o homicídio híbrido é crime hediondo, pois a qualificadora lhe confere inevitavelmente esse perfil, enquanto o privilégio limita-se, unicamente, a diminuir a pena de 1/6 a 1/3. Seria um homicídio qualificado e hediondo, embora com pena reduzida.

Nesta linha de inteligência, cumpre trazer à tona a lição de Greco (2023) que ao questionar se, na referida figura híbrida, o privilégio teria o condão de afastar a natureza hedionda das qualificadoras, assevera que

tecnicamente, a resposta teria que ser negativa, pois a Lei nº. 8.072/90 não faz qualquer tipo de ressalva que nos permita tal ilação. Na verdade, diz textualmente que o homicídio qualificado goza de *status* de infração penal de natureza hedionda. O chamado privilégio não é, nada mais, do que uma simples causa de redução de pena, a ser analisada no terceiro momento do critério trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal. Assim, sendo reconhecido o homicídio qualificado, deverá o julgador fixar a pena-base levando em conta as balizas mínima (12 anos) e máxima (30 anos) previstas no §2º do art. 121 do estatuto repressivo. Somente no terceiro momento, quando da aplicação das causas de diminuição de pena, é que fará incidir o percentual de redução de um sexto a um terço. Como se percebe, a infração penal não deixa de ser qualificada em razão de uma minorante (privilégio).

Vale dizer, para esta corrente o fato de o homicídio híbrido permitir a aplicação da minorante prevista no §1º do art. 121 do Código Penal, não repele, por si só, a natureza hedionda do homicídio qualificado, tendo em vista que não se trata, o chamado "*homicídio privilegiado*", de um delito autônomo, mas, antes, tão somente uma causa especial de diminuição de pena a ser aplicada apenas na terceira fase da dosimetria da pena após, no caso da figura híbrida, serem consideradas, na primeira fase, as balizas do homicídio qualificado (pena abstrata de 12 a 30 anos).

Neste ponto, ademais, cumpre ressaltar a lição de Pierangeli (2007) segundo a qual:

o homicídio privilegiado não constitui um crime autônomo, mas sim um simples caso de diminuição de pena. Apresenta tão somente circunstâncias que se agregam ao tipo fundamental, básico ou primário: "Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta

emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Assim sendo, o “*homicídio qualificado-privilegiado*” seria sim um crime hediondo, contudo, com a diminuição de pena de um sexto a um terço *ex vi* do disposto no art. 121, §1º do estatuto repressivo pátrio.

Registre-se, por fim, que, conforme bem elucidado por Cunha (2020), a referida corrente, ademais, não reconhece a aplicabilidade do art. 67 do Código Penal na solução da citada celeuma, eis que sustentam que o referido dispositivo se aplica tão somente para agravantes e atenuantes.

### **3 METODOLOGIA DE PESQUISA**

Como visto, o presente trabalho consistiu em ensaio teórico sobre o problema proposto, a saber, a natureza (não) hedionda do “*homicídio qualificado-privilegiado*”, baseando-se na análise e cotejo das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

### **4 ANÁLISE DOS RESULTADOS**

Cotejando-se os principais fundamentos de ambas as correntes acima analisadas, infere-se, numa apreciação estanque e pontual, que a razão assistiria aos que defendem a hediondez do homicídio híbrido, haja vista que o “*homicídio qualificado-privilegiado*” não se consubstancia numa figura típica autônoma, mas tão somente, em verdade, num homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP) com uma causa especial de diminuição de pena (art. 121, §1º, CP). Assim, o referido crime haveria de ser hediondo, visto que previsto no rol taxativo de tais crimes, constante no art. 1º da Lei nº.: 8.072/90, sendo adotado no ordenamento jurídico pátrio o sistema legal para definição de hediondez dos delitos. Ademais, sendo adotado o sistema legal, não haveria se falar em qualquer valoração axiológica de incompatibilidade do “*privilégio*” com a natureza hedionda das qualificadoras, pois não há espaço para tal juízo próprio dos sistemas judicial e misto, no sistema legal. Ressalte-se, por fim, que numa análise puramente técnica, também não se sustentaria a interpretação analógica da norma insculpida no art. 67 do Código Penal para dirimir a controvérsia ora posta em destaque, eis que a referida norma trata, especificamente, sobre agravantes e atenuantes.

Não obstante, é cediço que no mundo complexo e multifatorial das ciências jurídicas, mormente no campo do Direito Penal, que é a *ultima ratio*, não se pode admitir interpretações e análises estanques, meramente pontuais e dissociadas de uma visão total da universalidade de leis (princípios e regras) vigentes que formam um sistema jurídico-legal único, harmônico e coeso. Assim sendo, analisando-se a *quaestio* à luz de tais balizas

interpretativas, exsurge incontestemente a necessidade de conclusão pela não hediondez do homicídio híbrido, na medida em que há que se ter em mente a *mens legis* que culminou com a previsão legal da minorante no §1º do Código Penal, que se mostra inevitavelmente incompatível com a natureza hedionda. Ressalte-se, ainda, que inexistente previsão legal, seja da figura híbrida, ou do homicídio privilegiado, no rol dos crimes hediondos. Outrossim, urge consignar que em virtude do Princípio *in dubio pro reu*, há sempre de ser aplicada a norma e/ou a interpretação mais favorável ao agente, que, *in casu*, se traduz na conclusão de ausência de caráter hediondo no homicídio híbrido, sem olvidar, ademais, que o disposto no art. 67 do Código Penal constitui sim um parâmetro válido para solucionar o imbróglio, de modo a se dar maior relevo às circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime, que, no caso em comento, faz com que o privilégio se sobreponha à hediondez e a repila. Não à toa, esta é a conclusão da maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência das Cortes Pátrias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o presente trabalho teve por escopo a análise da natureza hedionda (ou sua ausência) na figura delitiva híbrida denominada "*homicídio qualificado-privilegiado*", oriunda da conjugação fática das condutas tipificadas no art. 121, §1º (*homicídio privilegiado*) e §2º (*homicídio qualificado*), ambos do Código Penal. Tal discussão se origina em função de que o referido crime híbrido se forma a partir da junção de um delito hediondo (*homicídio qualificado*) e de um crime comum (*homicídio privilegiado*), havendo, ao menos em tese, certa dúvida sobre qual natureza deve prevalecer (hedionda ou comum).

Consoante elucidado, o tema possui grande relevância prática, uma vez que a classificação do delito como hediondo atrai inexoravelmente a aplicação de regras penais bem mais severas do que aquelas previstas para os autores de crimes comuns.

Após a tessitura de noções introdutórias e essenciais para a adequada compreensão do tema objeto do presente trabalho, passou-se a analisar as correntes existentes acerca da *quaestio*, sendo uma entendendo que o homicídio híbrido é sim crime hediondo e outra, advogando que não o é, com a apresentação dos principais fundamentos de cada uma delas e seu eco na doutrina e na jurisprudência.

Como principais argumentos da corrente que afasta a hediondez de tal delito, podem ser citados: i) ausência de previsão legal específica da figura híbrida no art. 1º da Lei nº. 8.072/90; ii) incompatibilidade entre a hediondez e o "*privilégio*" (crime cometido por relevante valor moral ou social); e, iii) que, à luz do que se infere no disposto no art. 67 do CP, no concurso de situações favoráveis e desfavoráveis ao agente, devem prevalecer

aquelas que decorram dos motivos determinantes do crime, o que, no caso, faria com que o “*privilégio*” preponderasse sobre a qualificadora (que atrai o caráter hediondo).

Por outro norte, como principais argumentos da corrente que entende se tratar o “*homicídio qualificado-privilegiado*” crime hediondo, podem ser citados: i) o “*privilégio*”, em verdade, é apenas uma causa especial de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase da dosimetria desta, que não retira a natureza hedionda própria e indissociável do *homicídio qualificado*; e, ii) o disposto no art. 67 do Código Penal possui aplicação restrita aos seus termos expressos, aplicando-se, assim, tão somente ao caso de agravantes e atenuantes.

Assim sendo, joeirando tais argumentos de ambas as correntes, concluiu-se pela não hediondez do homicídio híbrido, eis que se mostra a conclusão hermenêutica que mais se coaduna com o ordenamento jurídico-penal brasileiro como um todo, harmônico e coeso, notadamente, por ser mais benéfica ao agente, pela ausência de previsão específica de tal figura híbrida no rol taxativo do art. 1º da Lei nº. 8.072/90 e, por fim, por ser a essência e o espírito do “*privilégio*” completamente incompatíveis com a hediondez delitiva.

Não obstante, cumpre salientar, por fim, que ambas as posições não se mostram imunes a críticas, assim como que, com o passar do tempo e a dinamicidade da sociedade, tal quadro pode ser inteiramente repaginado, haja vista que inexistente óbice, ao menos em tese, para o surgimento de um novo entendimento no futuro.

## REFERÊNCIAS

AVELAR, Michael Procópio. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral e Parte Especial. Volume Único. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2023;

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº.: 13001/SP**. Relator Ministro Edson Vidigal. Quinta Turma. Data do Julgamento: 13/09/2000. Publicado no Diário do Judiciário

em 09/10/2000. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200000388181&dt\\_publicacao=09/10/2000](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000388181&dt_publicacao=09/10/2000)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº.: 18261/RJ**. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Data do Julgamento: 05/03/2002. Publicado no Diário do Judiciário em 01/07/2002. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200101020181&dt\\_publicacao=01/07/2002](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101020181&dt_publicacao=01/07/2002)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº.: 23408/MT**. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Data do Julgamento: 03/02/2004. Publicado no Diário do Judiciário em 01/03/2004. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200200827265&dt\\_publicacao=01/03/2004](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200827265&dt_publicacao=01/03/2004)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº.: 23973/MS**. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Data do Julgamento: 15/10/2002. Publicado no Diário do Judiciário em 11/11/2002. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200201013108&dt\\_publicacao=11/11/2002](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201013108&dt_publicacao=11/11/2002)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº.: 41579/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data do Julgamento: 19/04/2005. Publicado no Diário do Judiciário em 16/05/2005. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200500181015&dt\\_publicacao=16/05/2005](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500181015&dt_publicacao=16/05/2005)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.: 180694/PR**. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data do Julgamento: 02/02/1999. Publicado no Diário do Judiciário em 22/03/1999. Disponível em  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800488960&dt\\_publicacao=22/03/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800488960&dt_publicacao=22/03/1999)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº.: 85348/RS**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Vice-Presidente. Data do Julgamento: 28/12/2004. Publicado no Diário do Judiciário

em 01/02/2005. Disponível em  
<[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho48612 /false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho48612/false)>. Acesso em 18 jan. 2024;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº. 1.0105.16.037941-5/001**. Relator Desembargador Alberto Deodato Neto. 1ª Câmara Criminal. Data do Julgamento: 26/03/2019. Publicado no Diário do Judiciário em 03/04/2019. Disponível em  
<[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessio nid=82E737F9347DAFFBC43C70F082B38454.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.16.037941-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessio nid=82E737F9347DAFFBC43C70F082B38454.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.16.037941-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em 18 jan. 2024;

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial: Dos crimes contra a pessoa a Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). v. 2. 23. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023;

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial (arts. 121 ao 361). Volume Único. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020;

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Especial (arts. 121 a 234-C). v. 2. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023;

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: Parte Especial. Coleção Esquematizado. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: artigos 121 a 212 do Código Penal. v. 2. 20. ed. Barueri: Atlas, 2023;

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**: Volume Único. 13. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2023;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Criminal Especial Comentada**: Volume Único. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021;

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Especial (arts. 121 a 212). v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023;

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial (arts. 121 a 361). v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;



ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito Penal** – crimes contra a pessoa. p. 55 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

## PRIVACIDADE DIGITAL ENTRE EMPRESA E CLIENTE: ANÁLISE JURÍDICA

**EDINEUDA ALVES DIAS:**  
Bacharelanda do curso de  
Direito na Universidade UNIRG.  
Gurupi/TO<sup>20</sup>.

FÁBIO ARAÚJO SILVA<sup>[1]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A tecnologia impactou não apenas a sociedade, mas também o mercado de trabalho. A título de exemplo, é fato que o uso das redes sociais no ambiente de trabalho vem acarretando inúmeras situações tanto para o empregador quanto para o empregado, seja de forma positiva ou negativa. Ou ainda, o uso de aparatos digitais também afeta a relação entre empresas e clientes no e-commerce. Diante dessa nova realidade, o presente estudo teve como finalidade inicial discorrer o impacto que a tecnologia possui nas relações de emprego e de comércio. Para delimitar essa questão, focou-se no aspecto envolvendo um dos principais princípios constitucionais: a privacidade. Sendo assim, essa pesquisa teve como objetivo central analisar a privacidade digital em face da relação entre empresas e clientes. Para melhor entendimento desse assunto, se faz necessário expor o posicionamento jurisprudencial, apresentando julgados brasileiros que já atendem a demanda sobre essa matéria. A metodologia empregada neste estudo é método de interpretação dialético, com uma abordagem pelo método dedutivo, uma vez que esse tema ainda não possui grande abrangência doutrinária no Brasil. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Nos resultados encontrou-se que quando além das informações internas, a empresa apresenta a necessidade de gerir ao mesmo tempo os dados pessoais dos clientes, esse cuidado na segurança precisa ser redobrado. Em contrapartida, para que os clientes saibam escolher e o façam com consciência, é essencial que eles conheçam os termos de uso, bem como as melhores práticas de segurança da informação.

**Palavras-chave:** Privacidade. Empresa. Cliente. Meios digitais.

**ABSTRACT:** Technology has impacted not only society, but also the job market. As an example, it is a fact that the use of social networks in the work environment has caused numerous situations for both the employer and the employee, whether positively or negatively. Or, the use of digital devices also affects the relationship between companies and customers in e-commerce. Faced with this new reality, the present study had as its initial purpose to discuss the impact that technology has on employment and trade

---

<sup>20</sup> E-mail: edineudaaves@gmail.com

relations. To delimit this issue, it focused on the aspect involving one of the main constitutional principles: privacy. Therefore, this research aimed to analyze digital privacy in the face of the relationship between companies and customers. For a better understanding of this subject, it is necessary to expose the jurisprudential position, presenting Brazilian judgments that already meet the demand on this matter. The methodology used in this study is a dialectical method of interpretation, with an approach by the deductive method, since this topic still does not have great doctrinal coverage in Brazil. The research technique used was bibliographic. In the results, it was found that when, in addition to internal information, the company has the need to manage customer personal data at the same time, this security care needs to be redoubled. On the other hand, for customers to know how to choose and do so with conscience, it is essential that they know the terms of use, as well as the best information security practices.

**Keywords:** Privacy. Company. Client. Digital media.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito a privacidade: aspectos gerais. 3. A privacidade digital. 4. A privacidade digital entre empresa e cliente. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos surgidos nas últimas décadas impactaram de forma significativa a sociedade e a área do comércio. A expansão das redes sociais, da tecnologia, da informação, e da inteligência artificial, dentre outros ramos, fizeram com que a sociedade modificasse a forma de se comunicar e de socialização.

Apesar de toda a importância que esses avanços trouxeram ao mundo moderno, com a facilidade de comunicação e transações comerciais, ainda ocasionou inúmeros problemas, dentre os quais a facilidade em apresentar acesso a informações privadas de indivíduos e a transferências de dados sigilosos dentre terceiros.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo apresentar uma análise jurídica a respeito da privacidade digital e sua constante fragilidade diante da possibilidade de ser violentada e desrespeitada. Para melhor compreensão desse tema, busca-se desenvolver o mesmo, tendo como base as relações de consumo, entre empresas e clientes.

No decorrer da análise desse tema procura-se, responder a seguinte indagação: quais os limites das empresas no que tange ao acesso dos dados dos clientes?

Corrales (2021) ressalta que é necessário que empresas tenham cada vez mais, urgência em preservar os dados pessoais de seus clientes, e não fazerem uso deles para

benefícios próprios, uma vez que tal evento sobrevenha fere diretamente ao princípio constitucional da privacidade.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2022.

## **2. O DIREITO A PRIVACIDADE: ASPECTOS GERAIS**

Ao introduzir-se, no respectivo assunto deste estudo, se faz necessário destacar algumas linhas gerais sobre a privacidade. Primeiramente é preciso entender que a privacidade é acima de tudo, um princípio constitucional. Está elencado no art. 5º, inciso X que em seu texto afirma que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, podendo ser indenizáveis pelo dano moral ou material quando ocorrer uma violação a esses direitos (BRASIL, 1988).

Além do texto constitucional, no texto civilista brasileiro de 2002 em seu art. 21 normatiza que a vida privada de um indivíduo é inviolável, e o juiz, a pedido do interessado, deve aplicar medidas para impedir ou sanar ato contrário a essa ação (BRASIL, 2002).

Conceitualmente, Hirata (2017, p. 12) afirma que o “direito ao respeito da vida privada consiste no direito que cada pessoa tem de assegurar a paz, a tranquilidade de uma face de sua vida. Trata-se da parte que não está consagrada a uma atividade pública”.

Dworkin (2003 *apud* PEIXOTO; JÚNIOR, 2020) ensina que a privacidade pode ser a) territorial, quando é legítimo que se faça o que se deseja num espaço demarcado; b) pode ser uma questão de confidencialidade, quando por exemplo, as pessoas podem manter suas convicções políticas na esfera privada; por último, c) a privacidade também significa soberania quanto a decisões pessoais. A privacidade, assim, manifesta-se de várias maneiras, a depender do contexto, fazendo-se representar em uma ou mais dimensões, simultaneamente, inclusive.

Uma invasão da privacidade pode se constituir como uma ofensa intrínseca contra a dignidade individual. Intrínseca porque causa dano independentemente das consequências circunstanciais advindas da conduta danosa (PEIXOTO; JÚNIOR, 2020).

Ao se atribuir a característica de “privado” a uma certa coisa, a um determinado assunto, quer se dizer que há uma restrição onde alguém tem um nível de acesso mais

profundo que outra pessoa. Há uma relação desigual aqui: uma pessoa tem mais acesso que outra, tendo o poder de restringir, de controlar esse acesso. Essa é a chave para o entendimento da privacidade, já que carrega o significado de proteção contra o acesso indesejado à coisa por terceiros (PINHEIRO; BONNA, 2020).

A privacidade pode ser violada não somente por comentários negativos, objeções e olhares indesejados, mas também pela interferência positiva, inclusive pela aprovação. Se alguém faz comentários sobre a roupa de outrem, ou um elogio inoportuno, por mais que seja um ato positivo, será uma interferência no modo de agir daquela pessoa (PEIXOTO; JÚNIOR, 2020).

Portanto, entende-se que a privacidade de alguém é algo particular, que faz parte da sua personalidade. É o direito de ter a sua vida segura contra qualquer interesse, tanto do Estado quanto de terceiros. Nesse espectro, pode-se citar a imagem, a intimidade, os dados e informações pessoais, dentre outros (HIRATA, 2017).

A privacidade enfrenta um desafio atual, que é se reinventar numa sociedade da informação, numa nova revolução tecnológica construída nas bases da anterior. Toda estrutura de fluxo de informação construída nas décadas anteriores serve de suporte para esta nova fase do desenvolvimento tecnológico. *Big data*, internet das coisas e vigilância são termos cada dia mais comuns e levam às grandes preocupações com a privacidade. A respeito disso, apresenta-se o tópico seguinte.

### **3. A PRIVACIDADE DIGITAL**

O mundo contemporâneo está totalmente voltado pelos avanços tecnológicos. Por essa razão, a privacidade dos cidadãos estão constantemente sendo colocadas em "cheque", ou seja, é possível verificar violações da privacidade dos indivíduos de várias formas.

Com o surgimento das redes sociais fez com que se mudasse a forma de interação e socialização dos indivíduos. Exemplos de ferramentas como Facebook, MySpace, Twitter, Instagram, WhatsApp, entre outros, trouxe em voga o poder que esses meios podem realizar ao distribuir e expor informações dos seus usuários (CONSALTER, 2017).

Apesar de trazer benefícios, o uso dessas ferramentas também ocasionou espaço para o empreendimento de crimes. Tavares (2013, p. 14) explica que o uso "constante da internet, que se desenvolve a cada ano, abriu portas para que outros delitos pudessem ser realizados".

Como bem ressalta Bittencourt (2017, p. 12), de um lado a tecnologia trouxe “aos seus usuários uma maior liberdade e igualdade individual, em contrapartida tirou-lhes a habilidade de distinguir as pessoas com as quais se relacionam virtualmente, não sabendo exatamente se está lidando com um criminoso ou não”.

Outra tensão diz respeito ao constante e aparentemente insuperável risco de invasão e intromissão na sociedade da informação. Com efeito, o compartilhamento online de informações pessoais dificilmente é considerado seguro, mesmo que a tecnologia da informação o anuncie e mesmo que haja vultuoso investimento em criptografia digital. É como se houvesse uma propensão tecnológica à divulgação e ao acesso, em detrimento da proteção e privacidade (PINHEIRO, BONNA, 2020).

Outro ponto marcante da sociedade da informação que tenciona a privacidade é que, quanto mais o setor público e o setor privado se tornam dependentes das tecnologias da informação, mais sujeitos estarão a ataques de pessoas mal-intencionadas. Nesse afã de supervalorizar a tecnologia da informação, quanto mais um governo e uma sociedade dependem de sua rede de comunicação, maior sua exposição a ataques de hackers, crackers e de organizações criminosas, crescendo crimes cometidos em meio eletrônico. Nesse sentido, basta imaginar que um simples conserto de um computador ou celular em uma loja especializada pode permitir a intromissão em todos os vídeos, fotos e conversas daquela pessoa. Da mesma forma, caso uma rede social ou um e-mail fique disponível em um espaço digital a que outras pessoas tenham acesso, facilmente será possível acessar todas as conversas com clientes e diálogos privados, caracterizando uma maior vulnerabilidade de intromissão dada a maior dependência com tecnologias (PINHEIRO; BONNA, 2020).

De fato, no ciberespaço, a privacidade deixa de ser um direito e passa a ser uma commodity, já que “a informática possibilita não só acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo (suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas), como também confrontar, agregar, rejeitar e comunicar as informações obtidas.” (TEIXEIRA; SABO; SABO, 2017, p. 620).

Os crimes, praticados nessas ferramentas, e assim também como os atentados nas ruas, por exemplo, resultam em danos ao erário público. São tantos prejuízos materiais, financeiros, sociais e estruturais, que a norma jurídica editou leis que regulassem essas ações, limitando a sua ação. Dentre as surgidas nas últimas décadas, menciona-se o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14).

Fato é que a privacidade digital tem sido tema de inúmeros debates, uma vez que, é cada vez mais frequente encontrar os dados sigilosos de pessoas nas redes sociais ou em outras ferramentas tecnológicas. Ao abordar essa questão, cita-se:



[...] a privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores. Além dos os usuários divulgarem informações pessoais, os próprios sites podem não tomar as medidas adequadas para proteger a privacidade do usuário, sendo que terceiros frequentemente usam informações postadas em redes sociais para uma variedade de propósitos (HIRATA, 2017, p. 15).

Uma das principais imagens que se tem a respeito dos crimes virtuais é em relação a “falsa” impunidade. Diz-se falsa porque mesmo que não sendo plenamente eficiente na prática, o Brasil dispõe de normas e de projetos de leis que tenham como objetivo punir e prevenir que novos atos delituosos sejam realizados no campo informático.

A principal lei que rege sobre o presente tema é a Lei nº. 12.737/2012 conhecida como a Lei Carolina Dieckmann. Essa lei surgiu em razão do fato de que a popularmente atriz Carolina Dieckmann sofreu ameaças de um cibercriminosos que detinha em seu arquivo (que foram hackeadas) suas fotos íntimas. Mesmo não cedendo às ameaças, as fotos acabaram por serem expostas a toda a rede. Diante da repercussão que esse caso tomou, o Congresso Nacional se movimentou até que fora criada a presente lei.

O objetivo da lei em comento é criminalizar a invasão de computadores, o “roubo” de senhas e arquivos, além da exposição de fotos e vídeos íntimos dos usuários. Nestas situações a penalidade prevista é de 03 meses a 01 ano, conforme regula o caput do art. 154-A:

**Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, e multa.

(BRASIL, 2012)

O que se percebe neste artigo acima citado é a tutela da privacidade e da intimidade, bens tão valiosos ao ser humano, como também a proteção de dados particulares do proprietário deste dispositivo. Cabe lembrar que na respectiva lei, “prevê que o dono de seus próprios dados deva colocar meios ou medidas que impeçam ou dificultem a invasão desses dados, gerando assim a sua proteção, para que assim, demonstre que esses arquivos não sejam de conhecimento público” (TAVARES, 2013, p. 40).

Ainda nessa lei, também é importante mencionar que ela trouxe penas para os casos onde há possibilidade de invasão, com o intuito de conseguir dados pessoais das vítimas. A sua normatização é decorrente da observância do princípio constitucional da privacidade. Sendo assim, visa esta norma a segurança de dispositivos eletrônicos, como o Smartphone, por exemplo.

Art. 154-A [...]

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

(BRASIL, 2012)

Pela lei em destaque, nota-se que ela é muito clara ao fazer entender a responsabilização do indivíduo que invadir, enganando as ferramentas de segurança, com o intuito de violar a intimidade digital de terceiro. Essa norma, portanto, é um importante instrumento normativo no combate aos crimes cibernéticos (BRASIL, 2012).

Além da supracitada lei, há de se mencionar a Lei nº 12.965/2014 que instituiu o Marco Civil da Internet. Assim como a lei anterior mencionada, essa também veio em decorrência do aumento de ataques a websites oficiais do governo, de empresas públicas e de contas privadas. Por essa situação, buscou-se por meio do Marco Civil da Internet a tutela da informação. Assim, no texto da presente norma encontra-se as garantias individuais dos internautas e os direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (BRASIL, 2014).

O Marco Civil da Internet trouxe a organização normativa sobre o uso da Internet no Brasil. Por essa lei visou assegurar uma maior segurança aos indivíduos diante da exposição de dados pessoais frente aos provedores de aplicações de internet. Apesar de benéfica, essa lei não chegou a atender a alta demanda de casos envolvendo a exposição inconveniente de dados.

De acordo com Silva (2020) o Marco Civil da Internet desde a sua promulgação fora debatido. Apesar das discordâncias em alguns pontos da norma, fato é que ela trouxe importantes benefícios aos provedores, que deixou para os usuários a total responsabilidade por aquilo que produzem e consomem, com exceção dos conteúdos expostos em redes sociais. Em caso de retirada, se o provedor não o fizer, responderá em várias esferas judiciais.

Por fim, no contexto mais atual, buscando penalizar essas ações, em 2018 foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O foco central dessa norma foi pelo fato de que diante da globalização e dos avanços tecnológicos, foi necessário que se instituisse uma lei que protegesse os dados privativos dos indivíduos.

Segundo Mendes; Doneda (2018) essa norma proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso dos seus dados, a partir de princípios de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados, tanto para a proteção do cidadão, quanto para o mercado e setor público, para que os mesmos possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização.

A razão central para essa normativa se deu ainda pelo aumento do uso de dados principalmente no setor comercial, ou seja, quando empresas utilizam os dados de seus clientes (ou dos concorrentes) para fins diversos ao inicial. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

#### **4. A PRIVACIDADE DIGITAL ENTRE EMPRESA E CLIENTE**

De acordo com Hirata (2017) o cenário atual no que tange ao comércio tem-se utilizado dos dados dos seus clientes para cometer diversos crimes. Segundo explana o aturo, através da denominada mineração de dados (*data mining*), ou prospecção de dados, as empresas são capazes de melhorar suas vendas e lucratividade. Com esses dados, as empresas podem delinear o comportamento online de clientes em potencial, atingindo seu público alvo facilmente. Pode-se definir a mineração de dados como o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes.

O fato é, que é quase impossível impedir que os dados pessoais de cada indivíduo não sejam de alguma forma notório. A respeito disso, é importante citar as seguintes palavras:

Antes mesmo que comecemos nosso dia, diversas organizações já sabem que estamos acordados. Eles conhecem nossos horários, nossa agenda e têm conhecimento de nossos gostos e inclinações. Por meio das nossas redes, expomos nossa privacidade a essa

indústria digital. Sem nossa permissão, conhecem nossos segredos e traçam formas de manipular nosso comportamento. A tecnologia digital usa nossos dados para exercer poder sobre nossas escolhas. Para retomar o poder da nossa privacidade, precisamos proteger nossos dados (VÉLIZ, 2021, p. 10).

A proteção de dados pessoais, é tema com intenso desenvolvimento no Brasil nos últimos anos, em especial com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A importância fundamental dos dados pessoais em uma série de relações sociais e modelos de negócio, é a necessidade de transparência na sua utilização, a adaptação e adequação de empresas e organizações aos padrões de proteção de dados, a criação e implementação de ferramentas que permitam ao cidadão exercer um controle efetivo, poder monitorar de forma completa o uso de seus dados e impeçam a sua utilização abusiva tornaram-se pauta prioritária (DONEDA, 2021).

Lopes (2021) acentua que independentemente da demanda de armazenamento de dados de clientes, as organizações têm um universo de dados institucionais que precisam ser salvaguardados. Contudo, quando além das informações internas, a empresa precisa gerir os dados pessoais dos clientes também, esse cuidado na segurança precisa ser redobrado.

Bioni (2021) ao analisar essa questão, entende-se que as empresas tomam decisões com base em informações coletadas por sistemas e aproveitam o que sabem dos usuários e clientes para melhorar os processos de comercialização. Mas muitas empresas têm tirado proveito dos dados de seus clientes para cometer variáveis crimes, sempre com o intuito de obter mais ganhos financeiros.

Frente a esse cenário, Garcia (2021) aponta que a privacidade digital é um conceito muito importante no marketing. Recentemente, o vazamento de dados pessoais dos clientes colocou os holofotes na proteção de dados. Cada vez mais, os clientes prezam por sua privacidade e esperam que as empresas saibam respeitar esses limites.

Ao discorrer sobre os tipos de abordagens que podem configurar invasão de privacidade a um cliente Muhlbauer (2019) explica que as mensagens no WhatsApp são um dos meios mais agressivos de comunicação com o cliente. Embora elas ofereçam uma forma de comunicação rápida e direta, caso o cliente não seja o primeiro a entrar em contato, ele pode ter o sentimento que teve sua privacidade invadida. O mesmo é válido também para ligações e mensagens via SMS.

A jurisprudência brasileira já vem se posicionando no sentido de penalizar esses atos, conforme mostra o exemplo abaixo:

CIVIL. CDC. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. FACEBOOK. FALHA: USURPAÇÃO DA LINHA TELEFÔNICA DO CONSUMIDOR (BLOQUEIO) E VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE, POR ACESSO AOS DADOS EXTRAÍDOS DE SUA REDE SOCIAL NO WHATSAPP, A PONTO DE PERMITIR O COMETIMENTO DE FRAUDES POR TERCEIROS, QUE SE FIZERAM PASSAR PELO CONSUMIDOR EM SUA PRÓPRIA REDE SOCIAL (ESTELIONATO CIBERNÉTICO). DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. II. Verifica-se pertinência subjetiva da empresa de telefonia com a presente demanda, na medida em que, ao menos em tese, sua conduta falha na prestação de serviço (ofensa ao dever de segurança - CDC, Art. 14, § 1º) pode ter contribuído significativamente para o bloqueio (e usurpação) da linha telefônica do consumidor **e consequente violação de privacidade por acesso aos dados da sua rede social no WHATSAPP**. VIII. Igualmente, inequívoca a falha da empresa FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, uma vez usurpada a linha telefônica do consumidor e a sua intimidade, em função do acesso aos dados extraídos de sua rede social no WhatsApp (do Facebook), **a ponto de permitir o cometimento de fraudes por terceiros, que se fizeram passar pelo consumidor em sua própria rede social** (estelionato virtual). (Processo nº 07145105920208070016 - (0714510-59.2020.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). Terceira Turma Recursal. Relator: GILMAR TADEU SORIANO. Publicado no DJE: 21/01/2021).

De todo modo, como bem acentua Palhares (2021) as empresas necessitam designar estratégias de gestão, para que não ocorra situações de tal modo, que os dados de seus clientes sejam expostos ou utilizados para fins criminosos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo cada vez mais globalizado, e com os avanços tecnológicos cada vez mais presentes na sociedade, as transações de informações e dados pessoais de indivíduos é uma medida recorrente e instantânea. É algo que o crescimento tem fugido do nosso controle, visto que, cadastro de indivíduos em base de banco de dados é prática usual entre empresas de todos os segmentos.

Ocorre que muito se averiguava que os dados entregues pelos clientes nas empresas, que tem como função principal o registro no sistema como forma de proteção, vinha sendo utilizado para outros fins, muitos deles criminosos.

Com base nessa situação e de outras, o ordenamento jurídico brasileiro promulgou a Lei nº 13.709/2018 denominada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que tem como enfoque principal impor os limites do uso e exposição de dados particulares.

Diante desse cenário, a escolha inicial para discussão do presente temático, se deu por entender que a sociedade atual de consumo, tem presenciado cada vez mais uma vulnerabilidade na preservação de sua privacidade, que nesse caso se remete às suas informações pessoais que estão disponibilizadas nos sistemas operacionais das empresas.

Uma vez que é quebrado o sigilo de um dado pessoal de um cliente, passa a existir para o Direito a obrigação de penalização do responsável, e a devida reparação.

Nos resultados, claro restou que quando além das informações internas, a empresa apresenta a necessidade de gerir ao mesmo tempo os dados pessoais dos clientes, esse cuidado na segurança precisa ser redobrado. Essa estratégia de gestão de dados pode ser sustentada em três pilares centrais: ser transparente deixando claro o que é oferecido a partir dos dados que os clientes fornecem; solicitar dados razoáveis, ou seja, somente aqueles que realmente serão usados para o cliente utilizar um determinado serviço, e garantir a segurança da informação a cada cliente, trabalhando para que não seja possível mapear de quem são aqueles dados.

Em contrapartida, para que os clientes saibam escolher e o façam com consciência, é essencial que eles conheçam os termos de uso, bem como as melhores práticas de segurança da informação. Somente assim poderá ser vislumbrada uma segurança no cenário digital entre empresa e cliente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3º ed. Editora Forense, 2021.

BITTENCOURT, Rodolfo Pacheco Paula. **O anonimato, a liberdade, a publicidade e o direito eletrônico**. 2017. Disponível em: <<https://rodolfoppb.jusbrasil.com.br/artigos/371604693/o-anonimato-a-liberdade-a-publicidade-e-o-direito-eletronico>> Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CHERRY, Denny. **Fundamentos da privacidade digital**. 1º ed. Editora: GEN LTC, 2014.



CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CORRALES, Juan Andrés. **Conheça o cenário de privacidade digital no Brasil e como as marcas podem se adaptar a ele**. 2021. Disponível em: <<https://rockcontent.com/br/blog/privacidade-digital/>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3º Edição. Revista dos Tribunais, 2021.

GARCEA, Beatriz. **Privacidade digital: como respeitar os dados dos clientes**. 2021. Disponível em: <<https://brasil123.com.br/privacidade-digital/>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campi longo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

LOPES, Alan Moreira. **Direito Digital e LGPD na Prática**. 1º ed. Editora: Editora Rumo Jurídico, 2021.

MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 120/2018, p. 555 - 587. Nov. - Dez/2018.

MUHLBAUER, Larissa. **Privacidade digital: quais são os limites?** 2019. Disponível em: <<https://digitalks.com.br/artigos/privacidade-digital-quais-sao-os-limites/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PALHARES, Felipe. **Estudos sobre privacidade e proteção de dados**. 1º ed. Revista dos Tribunais, 2021.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Os desafios da compreensão do Direito à Privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias**. Ano 6 (2020), nº 2, 389-418.

PINHEIRO, Pátria Peck. **Proteção de Dados Pessoais**. 3º ed. Editora: Saraiva Jur, 2021.

PINHEIRO, Victor Sales; BONNA, Alexandre Pereira. **Sociedade da informação e direito à privacidade no Marco Civil da Internet: fundamentação filosófica do Estado de Direito**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 21(3), 365-394. 2020.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas.** Porto Alegre/RS: AGE Ltda., 2006.

SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. **Crimes virtuais e o ordenamento jurídico Brasileiro: análise dogmática.** 1 ed. Editora: Clube dos Autores, 2020.

TAVARES, Vinícius Matias. **Estelionato Eletrônico e Necessidade de Tipificação Legal.** 2013. 58 f. Trabalho de conclusão de curso de Direito – Faculdade UNIRG, Gurupi – TO, 2013.

TEIXEIRA, T.; SABO, P.H.; SABO, I.C. **Whatsapp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 607 - 638, jul./dez. 2017.

VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder.** 1º ed. Editora Contracorrente, 2021.

NOTA:

[1] Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

## O DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO PROJETO FLORENÇA

### **RODRIGO BASTOS GARRIDO:**

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes/OAB-RJ. Advogado<sup>21</sup>.

**Resumo:** o acesso à justiça é direito e garantia fundamental primordial a todo e qualquer Estado Democrático de Direito, possuindo especial importância na proteção e promoção de direitos. O escopo do presente trabalho é abordar o acesso à justiça à luz do Projeto Florença, analisando as barreiras e as ondas renovatórias.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Garantias Fundamentais. Acesso à justiça.

**Sumário:** Introdução. 1. O direito e garantia fundamental ao acesso à justiça. 2. O acesso à justiça à luz do Projeto Florença. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa analisar o direito e garantia fundamental ao acesso à justiça no ordenamento jurídico pátrio à luz do projeto Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth; na medida em que o tema possui relevantíssima repercussão social e prática por, acima de tudo, assegurar o efetivo acesso aos direitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o acesso à justiça e sua previsão legal, constitucional e convencional, enquanto direito fundamental e garantia fundamental absolutamente imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>21</sup> E-mail: rodrigobgarrido@gmail.com

Em seguida, no segundo capítulo, são reconhecidas as barreiras ao acesso à justiça, identificadas as ondas renovatórias do direito trabalhadas por Cappelletti e Garth e expostas as formas como os referidos obstáculos são combatidos em nosso ordenamento jurídico.

## 1. O DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

O Estado Democrático de Direito destina-se, em sua essência, à promoção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, e à proteção desses direitos por garantias fundamentais.

Em outras palavras, incumbe ao Estado reconhecer direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, e direitos difusos e fraternos, classificados por Karel Vasak, respectivamente, como de 1ª, 2ª e 3ª geração, e viabilizar instrumentos adequados para assegurar o exercício efetivo.

Ilustrando, o direito fundamental à liberdade de locomoção é garantido por *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, consoante previsão do artigo 5º, LIV e LXVIII, da CRFB/8822, e do artigo 647 do Código de Processo Penal<sup>23</sup>.

O direito fundamental à educação, no que concerne à oferta de vagas para a educação básica dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, é garantido por instrumentos como o

---

22 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

23 BRASIL. *Decreto Lei nº. 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

mandado de segurança, com fundamento nos artigos 5º, LXIX, e 205 da CRFB/8824, e no artigo 1º da Lei nº. 12.016/0925.

Da mesma forma, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em hipótese de degradação de ecossistemas, é garantido por mecanismos processuais como as ações civis públicas, com fulcro nos artigos 129, III, e 225 da CRFB/8826 e no art. 1º, I, da Lei nº. 7.347/8527.

Importante destacar, nesse contexto, a colossal relevância do efetivo acesso à justiça em nosso ordenamento, ao se posicionar tanto como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CRFB/8828 e do artigo 3º do Código de Processo Civil<sup>29</sup>, e um

---

24 BRASIL, op. cit., 1988.

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas-corporus*" ou "*habeas-data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

25 BRASIL. *Lei nº 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

26 BRASIL, op. cit., 1988.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

27 BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente;

28 BRASIL, op. cit., 1988.

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

29 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

direito humano, com fundamento nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>30</sup>, e no artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>31</sup>, quanto como uma garantia fundamental inafastável que concretiza e instrumentaliza o próprio acesso aos direitos, vide artigo 5º, §1º, da CRFB/88<sup>32</sup>, artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>33</sup> e artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>34</sup>.

---

30 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 678/92. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Promulgado em 06 de novembro de 1992. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

31 ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1966. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (2200A[XXI])*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>. Aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 226/91. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Promulgado em 24 de abril de 1992. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art. 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (...).

32 BRASIL, op. cit., 1988.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

33 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 1969.

Art. 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

34 ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (217[III] A)*. Paris. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso em: 04 jan. 2024.

**Art. 8.** Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.



Bryant Garth e Mauro Cappelletti<sup>35</sup> lecionam que

o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

A respeito da impossibilidade de suspensão e imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito das garantias fundamentais para assegurar o acesso aos direitos, dispõe o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>36</sup>:

#### ARTIGO 27

##### Suspensão de Garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), **nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (grifo nosso)**

No mesmo sentido, o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>37</sup>:

---

35 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p.9.

36 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 1969.

37 ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, op. cit., 1966.

#### ARTIGO 4

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2), 11, 15, 16, e 18.

Cabe, por fim, destacar, que o acesso à justiça e aos direitos, dentro de uma lógica de Sistema de Justiça Multiportas, de forma alguma se restringe à via judicial.

## 2. O ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO PROJETO FLORENÇA

Não há como tratar de acesso à justiça, em sua devida complexidade, sem a influência e a análise do clássico e paradigmático estudo capitaneado pelos renomados juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth no Projeto Florença.

O entendimento a respeito do que seria o direito e garantia fundamental ao acesso à justiça está intrinsecamente vinculado ao momento econômico, cultural e social vivido pela sociedade.

Nos estados liberais burgueses, essencialmente individualistas e patrimonialistas, dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era examinado sob a perspectiva de igualdade meramente formal, enquanto o direito do indivíduo de propor ou contestar uma ação<sup>38</sup>.

Cappelletti e Garth<sup>39</sup> destacam que

afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem

38 CAPPELLETTI, Mauro e TALLON, D., *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milão, Dobbs Ferry; NY., Giuffrè/Oceana, 1973, p.659-726.

39 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p.9.

enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.

Na prática, acessar a justiça era um privilégio para pouquíssimos, acentuando exponencialmente a desigualdade já existente no acesso aos direitos.

O fortalecimento da universalidade e inerência dos direitos humanos, a partir de marcos históricos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consolida o reconhecimento de direitos sociais e a superação da leitura meramente formal do acesso à justiça.

Nesse panorama, gradativamente, a importância da efetividade no acesso à justiça ganha reconhecimento.

Elucidam M. Cappelletti e B. Garth<sup>40</sup> que

a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação de direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico a que custo.

Em outras palavras, de acordo com os juristas, o reconhecimento dos obstáculos a serem transpostos é a primeira tarefa a ser cumprida para um efetivo acesso à justiça. Na sequência, identificam as três principais barreiras e agrupam suas soluções em três grupos, as chamadas "ondas renovatórias do direito".

A primeira barreira identificada seria os custos judiciais imputados às partes para o desenvolvimento de uma lide, a partir das elevadas custas e emolumentos judiciais e dos honorários advocatícios, agravados pela desproporção em relação às pequenas causas e pela prolongada duração processual.

Assim, sem o suporte financeiro necessário para arcar com as custas e emolumentos judiciais e com os honorários advocatícios, seria obstado o acesso a determinado direito subjetivo.

---

<sup>40</sup> Ibid.

Considerando essa barreira, o Projeto Florença de acesso à justiça apresenta a assistência judiciária para os pobres como primeira onda renovatória.

Nela são expostas como soluções para possibilitar o acesso dos mais pobres, a adoção do sistema *judicare*, do modelo de advogados remunerados pelos cofres públicos ou de ambos combinados, bem como uma reanálise sobre as custas judiciais.

Primeira das soluções, o sistema *judicare* reconhece a assistência judiciária como um direito subjetivo daqueles que se enquadrem em predefinições fixadas em lei. Sua finalidade é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma qualidade de representação que teriam caso possuíssem condições econômicas de contratar um advogado. Em um cenário ideal, a única distinção feita seria o endereçamento da nota de honorários ao Estado, ao invés de ao cliente<sup>41</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro incorpora residualmente o sistema *judicare* sob a forma de advogados dativos, enquanto aqueles nomeados pelo juízo no curso de uma ação, com honorários remunerados pelo Estado, para patrocinar causa ante a impossibilidade estrutural de a prestação do serviço ser realizada pela Defensoria Pública.

Cabendo, também, destacar o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, no RMS 64.894/SP42, da atual relevância dessa figura à efetividade do acesso à justiça ao, em interpretação sistemática e teleológica do artigo 186, §2º, do Código de Processo Civil<sup>43</sup>, entender pela extensão da prerrogativa da intimação pessoal da parte assistida pelo advogado dativo, além da previsão expressa do §3º do mesmo artigo do *computo* em dobro do prazo para todas as manifestações processuais.

Ao lado do sistema *judicare*, a adoção de um modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos também seria fundamental para a superação da barreira financeira e econômica.

Além da prestação de assistência jurídica por pequenos escritórios localizados nas comunidades pobres, o referido modelo caracteriza-se pela conscientização e informação

---

41 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p.35.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 64.894/SP*. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002783738&dt\\_publicacao=09/08/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002783738&dt_publicacao=09/08/2021)>. Acesso em: 07 jan. 2024.

43 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 186, § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

das pessoas a respeito de seus direitos e por sua defesa, tanto individualmente, como enquanto classe.

Bryant G. e Mauro C.<sup>44</sup> observam vantagens no modelo

As vantagens dessa sistemática sobre a *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. (...) Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se das vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres.

Por outro lado, ressaltam a existência de dificuldades

As desvantagens ou limites do sistema das equipes de advogados provêm de sua grande agressividade e capacidade de criar tais advogados. É evidente, em primeiro lugar, que a maior repercussão e melhor resultado aparente dos casos-teste e das iniciativas de reformas legais, podem na prática levar o advogado de equipe a negligenciar os interesses de clientes particulares. (...) Em segundo lugar, muitas pessoas entendem que um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses é muito paternalista. (...) Provavelmente, um problema ainda mais sério desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo. Essa dependência pressupõe que uma sociedade tenha decidido que qualquer iniciativa jurídica para ajudar os pobres é desejável, mesmo que signifique um desafio à ação governamental e às ações dos grupos dominantes na sociedade.

Nosso ordenamento incorpora a referida solução, sob a forma *salaried staff model* direto, a partir da Defensoria Pública, instituição constitucional autônoma, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e

---

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p.9.

coletivos de forma integral e gratuita aos vulnerabilizados, conforme redação dada pela importantíssima Emenda Constitucional nº 80, de 2014, ao artigo 134 da CRFB/8845.

O regime jurídico da instituição é uma referência tanto em nível latino-americano, como em nível global, afastando cada uma das três desvantagens apontadas pelo Projeto Florença.

A respeito do risco de negligência dos interesses dos clientes particulares em prol de melhores resultados em casos-teste, isto é, demandas paradigmáticas de maior repercussão, nosso modelo defensorial possibilita a atuação institucional por diversas formas, inclusive concomitantemente, como a representação processual, a substituição processual, a curadoria especial e a atuação enquanto *custos vulnerabilis*.

Dessa maneira, é possível que a Defensoria Pública, por órgãos de execução distintos, atue em uma determinada demanda possessória multitudinária como representante processual de pessoa vulnerável, como substituto processual da associação de moradores, como curador especial de réus revéis citados por edital enquanto não for constituído advogado, na forma do artigo 72, II, do Código de Processo Civil<sup>46</sup>, e como *custos vulnerabilis* ou guardião dos vulneráveis, consoante artigo 554, §1º, do Código de Processo Civil<sup>47</sup>, em defesa de interesses comuns ou não.

No que concerne ao perigo de paternalismo exacerbado por parte da instituição, é essencial o fortalecimento de uma escuta ativa e qualificada da comunidade, em especial nas demandas coletivas. Assim é possível a manutenção do protagonismo e da autonomia nas decisões daqueles que, de fato, são os detentores dos direitos.

A Ouvidoria-Geral, órgão auxiliar da Defensoria Pública, incluído pela Lei Complementar nº 132 de 2009 na Lei Complementar nº 80 de 1994<sup>48</sup>, assume papel fundamental nessa integração, seja a partir da escolha do Ouvidor-Geral dentre cidadãos de reputação ilibada, não integrantes da carreira, indicados em lista tríplice formada pela

---

45 BRASIL, op. cit., 1988.

46 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

47 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 554, § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

48 BRASIL. *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.



sociedade civil, seja a partir de sua contribuição na disseminação das formas de participação popular dentro da instituição ou no estabelecimento de comunicação direta com a sociedade.

No mesmo viés, a função institucional da convocação de audiências públicas, incluída pela Lei Complementar nº 132 de 2009 sob a forma do inciso XXII ao artigo 4º da Lei Complementar nº 80 de 199449, é essencial ao direcionamento da atuação institucional e à aproximação aos movimentos populares para, conhecendo seus reais anseios e necessidades, proporcionar o acesso efetivo aos direitos.

A terceira dificuldade apresentada por Cappelletti e Garth ao modelo de órgãos estatais destinados à prestação de assistência judiciária é a necessidade de apoio governamental para atividades muitas vezes dirigidas contra o próprio Estado ou grupos dominantes na sociedade.

De fato, o apoio estatal para o fortalecimento das Defensorias Públicas é um problema a ser enfrentado. A Emenda Constitucional nº 80 de 2014 reconhece o déficit e a necessidade de ampliação do número de defensores públicos no prazo de 08 anos, ao acrescentar o artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>50</sup>.

No ano de 2022, o referido prazo transcorreu por completo. Todavia, o caminho a ser percorrido para que todas as unidades jurisdicionais contem com defensores públicos ainda é longo.

Em decorrência do insuficiente quantitativo de defensores públicos federais, apenas 71 do total de 279 subseções judiciárias federais são regularmente atendidas pela

---

49 BRASIL, op. cit., 1994.

Art. 4º, XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

50 BRASIL, op. cit., 1988.

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Defensoria Pública da União, representando 26,4% do quantitativo total, com base em dados extraídos na Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023<sup>51</sup>.

No âmbito estadual a situação é um pouco melhor e os dados revelaram um aumento da cobertura entre os anos de 2021 e 2023, mas ainda segue distante da previsão da Emenda Constitucional nº 80, com apenas 1.286 comarcas regularmente atendidas pela Defensoria Pública, representando 49,8% do quantitativo total<sup>52</sup>.

Vale destacar, ainda, a grande disparidade na extensão das comarcas atendidas pelas Defensorias Públicas estaduais entre as unidades federativas. Enquanto unidades jurisdicionais como Acre, Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia e Tocantins possuem cobertura integral de atendimento, estados como Goiás (3,3%), São Paulo (13,7%), Paraná (17,2%), Santa Catarina (21,4%) e Bahia (22,2%) ainda necessitam consideráveis esforços para ampliação do acesso à justiça<sup>53</sup>.

Por sua vez, em âmbito normativo, observa-se um relevante amadurecimento institucional. A Constituição da República de 1934 previu, pela primeira vez, a assistência judiciária aos necessitados em seu artigo 113, 32) <sup>54</sup>. Após algumas omissões e retomadas, a Constituição de 1988 materializa o modelo de Defensoria Pública e amplia o direito fundamental à assistência judiciária para a assistência jurídica integral e gratuita no inciso LXXIV do artigo 5º<sup>55</sup>, abrangendo, portanto, não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também toda a atuação e orientação extrajudicial em prol de um acesso efetivo aos direitos.

Posteriormente, as Emendas Constitucionais nº 45 de 2004, nº 69 de 2012 e nº 74 de 2013 asseguram relevantíssimas proteções para a atuação institucional livre de pressões e

---

51 ESTEVES, Diogo e outros. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023*. Brasília: DPU, 2023. E-book. Disponível em: <<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2023-ebook.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2024.

52 Ibidem.

53 Ibidem.

54 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

55 BRASIL, op. cit., 1988.

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

influências externas no artigo 134, §§ 2º e 3º<sup>56</sup>, a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, respectivamente, às Defensorias Públicas do Estado, do Distrito Federal e da União.

Outrossim, a salvaguarda da autonomia e da independência das Defensorias Públicas também é tratada e incentivada por Resoluções da Organização dos Estados Americanos – OEA, em especial, a Res. nº 2.656/2011, a Res. nº 2.714/2012 e a Res. 2.887/2016.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.140.005/RJ57, julgado em 26 de junho de 2023, com repercussão geral (Tema 1.002), em decisão unânime, se manifestou pela superação da Súmula nº 421 do STJ:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA QUE LITIGA CONTRA O ENTE PÚBLICO QUE INTEGRA. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, FUNCIONAL E FINANCEIRA. 1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute se os entes federativos devem pagar honorários advocatícios sucumbenciais às Defensorias Públicas que os integram. **2. As Emendas Constitucionais nºs 45/2004, 74/2013 e 80/2014 asseguraram às Defensorias Públicas dos Estados e da União autonomia administrativa, funcional e financeira.** Precedentes. 3. A partir dessa evolução constitucional, a Defensoria Pública tornou-se **órgão constitucional autônomo, sem subordinação ao Poder Executivo. Não há como se compreender que a Defensoria Pública é órgão integrante e vinculando à estrutura administrativa do Estado membro, o que impediria o recebimento de honorários de sucumbência.** Superação da tese da confusão. Necessidade de se

---

56 BRASIL, op. cit., 1988.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.140.005/RJ*. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360099643&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2024.

compreender as instituições do Direito Civil à luz da Constituição. **4. A missão constitucional atribuída às Defensorias Públicas de garantir o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis da população demanda a devida alocação de recursos financeiros para aparelhamento da instituição. No entanto, após o prazo de oito anos concedido pelo art. 98 do ADCT, os dados sobre a situação da instituição revelam que os recursos destinados pelos cofres públicos não são suficientes para a superação dos problemas de estruturação do órgão e de déficit de defensores públicos.** 5. As verbas sucumbenciais decorrentes da atuação judicial da Defensoria Pública devem ser destinadas exclusivamente para a estruturação de suas unidades, contribuindo para o incremento da qualidade do atendimento à população carente, garantindo, desta maneira, a efetividade do acesso à justiça. 6. Recurso extraordinário provido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: "1. É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra; 2. O valor recebido a título de honorários sucumbenciais deve ser destinado, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, vedado o seu rateio entre os membros da instituição" (grifo nosso).

Como segundo remédio para o obstáculo dos custos judiciais, foi exposta a ideia da universalização da justiça, por meio da qual haveria uma reanálise das custas e emolumentos judiciais a partir do tipo de litígio e das características das partes.

Nosso sistema jurídico prevê o direito à gratuidade de justiça para pessoas naturais ou jurídicas com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento, com fundamento no artigo 98 do Código de Processo Civil<sup>58</sup>, em absoluta congruência com o reconhecimento do acesso à justiça enquanto um direito e uma garantia fundamental. Caso vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes da sucumbência ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos seguintes ao trânsito

---

58 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

em julgado, o credor comprovar a alteração da situação de insuficiência de recursos financeiros, como base no artigo 98, §3º, do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

Da mesma maneira, adota objetivamente a isenção de custas, emolumentos, honorários de sucumbência e despesas processuais, por exemplo, nos termos do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública<sup>60</sup>, aos legitimados para a propositura de ações coletivas, que, por sua natureza, instrumentalizam o acesso efetivo à justiça.

A segunda barreira ao acesso à justiça observada pelo Projeto Florença foram os problemas especiais dos interesses difusos.

Em um momento anterior à constitucionalização do processo civil, a relação processual era analisada, unicamente, como aquela entre duas partes, e, em razão dessa natureza, ou ninguém teria direito a corrigir uma lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção seria pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

Para superar essa importante barreira, Cappelletti e Garth apresentam a representação dos interesses difusos como a segunda onda renovatória do direito.

Nela são desenvolvidas soluções como a reforma processual com relação à legitimidade ativa para a representação dos interesses difusos e às normas procedimentais em processos coletivos, especialmente a eficácia da coisa julgada.

No que concerne à legitimação ativa, é fundamental que haja previsão normativa para que determinadas pessoas ou entidades possam agir em juízo em nome de coletividades, sob a forma de legitimados extraordinários ou substitutos processuais. Tal inovação é primordial para a efetividade das ações coletivas, tendo em vista a necessária especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem estruturados possuem.

---

<sup>59</sup> BRASIL, op. cit., 2015.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

<sup>60</sup> BRASIL, op. cit., 1985.

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

Além disso, a existência desses legitimados também combate a questão do desinteresse popular pelo ajuizamento de ações coletivas, tanto por seu alto custo, quanto pelas pequenas ou ínfimas vantagens individualmente aferidas.

Nossa ordem jurídica, a partir do microsistema de tutela coletiva, acolhe um extenso rol de legitimados ativos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, instituições constitucionais autônomas essenciais à função jurisdicional do Estado, e como a União, os estados, o distrito federal, os municípios, as empresas públicas e as associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais o objeto da demanda.

Por sua vez, a reforma das normas procedimentais em processos coletivos, especialmente a eficácia subjetiva da coisa julgada, também possui grande relevância na superação da segunda barreira ao acesso à justiça, acima de tudo, por resguardar o princípio da máxima efetividade ao possibilitar a extensão dos efeitos da decisão além das partes do processo.

Conforme disposição do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor<sup>61</sup>, os efeitos subjetivos da coisa julgada variam de acordo com a natureza do direito controvertido, podendo ser *erga omnes* nos direitos difusos e *ultra partes* nos direitos coletivos, exceto na improcedência por insuficiência de provas, ou *erga omnes* nos direitos individuais homogêneos para beneficiar a vítima e seus sucessores.

No sentido da adequada proteção dos direitos metaindividuais e da efetividade e instrumentalidade do processo, o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.101.937/RJ62, julgado em 08 de abril de 2021, com repercussão geral (Tema 1.075), declarou a inconstitucionalidade da limitação territorial da eficácia de sentença em ação civil pública

---

61 BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.937/SP*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346690863&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2024.



constante no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública<sup>63</sup>, consoante ementa abaixo colacionada:

I - É inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997.

II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990. Sendo regional o alcance, serão competentes os foros ou circunscrições de capitais do Estado ou do Distrito Federal, desde que inseridos na região em que se projetem os efeitos da decisão; sendo nacional o alcance, será concorrente a competência entre as capitais de Estado e o Distrito Federal.

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

Por fim, os obstáculos à efetividade do processo, a prolongada duração e os custos processuais foram identificados como a terceira barreira ao acesso à justiça.

Para superar tal barreira, Garth e Cappelletti propõem, como terceira onda renovatória, a adoção de uma concepção mais ampla de acesso à justiça, sob um enfoque que privilegie a instrumentalidade do processo, enquanto meio de efetivação de direitos.

A terceira onda apresenta os meios consensuais de solução de conflitos, a necessidade de adaptação procedimental de acordo com o tipo de litígio e a atuação extrajudicial como importantes meios de prevenção e de solução de disputas nas sociedades modernas.

A solução consensual de conflitos, principalmente pela via extrajudicial, compõe o rol de normas fundamentais do Processo Civil, promovida sempre que possível pelo Estado e estimulada, inclusive no curso do processo judicial, pelos juízes, defensores públicos,

---

<sup>63</sup> BRASIL, op. cit., 1985.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

membros do Ministério Público e advogados, na forma do artigo 3º, §2º e 3º, do Código de Processo Civil<sup>64</sup>.

Outrossim, a restituição do protagonismo às partes possui relevantíssimo papel na efetividade do sistema de justiça ao reduzir o número de demandas judiciais e ao proporcionar soluções mais céleres e adequadas às especificidades do litígio.

O Código de Processo Civil prevê como mais relevantes meios consensuais a conciliação, preferencialmente nos casos em que não haja vínculo anterior entre as partes, com a previsão da possibilidade de o conciliador sugerir soluções para o litígio, e a mediação, especialmente nas hipóteses em que haja vínculo anterior entre as partes, com o auxílio do mediador à compreensão das questões e à identificação, pelos interessados, por si próprios, de soluções consensuais para o litígio que gerem benefícios mútuos.

Vale ainda destacar a previsão da audiência de conciliação ou de mediação como regra procedimental, podendo não ser realizada excepcionalmente em hipóteses em que ambas as partes manifestem expressamente desinteresse, em que não seja admitida autocomposição ou em que haja histórico de violência doméstica e familiar contra a mulher, sob pena de revitimização.

Em contexto processual ou extraprocessual coletivo consensual, o compromisso de ajustamento de conduta, tomado dos interessados pelos legitimados ativos, terá a eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 6º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública<sup>65</sup>.

Dentro do modelo cooperativo, também merece destaque a previsão de negócios jurídicos processuais, nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil<sup>66</sup>,

---

64 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 3º, § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

65 BRASIL, op. cit., 1985.

Art. 6, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

66 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

possibilitando, às partes, estipular mudanças procedimentais para ajustá-las às especificidades das causa.

Ademais, nosso ordenamento reproduz a adaptação procedimental de acordo com o tipo de litígio, em consonância com a terceira onda renovatória, a partir do microsistema de Juizados Especiais. Os litígios cíveis de menor complexidade ou os julgamentos de infrações penais de menor potencial ofensivo são norteados pelos critérios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a solução consensual.

Da mesma forma, as ações de procedimento especial flexibilizam regras procedimentais em busca da efetividade, como a previsão de mandado de citação apenas com os dados necessários à audiência e desacompanhado de cópia da petição inicial nas ações de família, com fundamento no artigo 695, §1º, do Código de Processo Civil<sup>67</sup>, almejando o apaziguamento de conflitos com alta carga emocional em prol de soluções consensuais que sejam efetivamente adequadas ao caso concreto.

Importante, por fim, destacar, o direcionamento do ordenamento jurídico, inclusive sobre instituições constitucionais essenciais à Justiça, à promoção prioritária da solução extrajudicial de litígios, função institucional da Defensoria Pública, na forma do artigo 4º, II, da Lei Complementar nº 80 de 1994<sup>68</sup>, em redação dada pela Lei Complementar nº 132 de 2009.

Há, ainda, a previsão de que instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público constitua título executivo extrajudicial, vide artigo 4º, §4º, da Lei Complementar nº 80 de 1994<sup>69</sup>, também com redação dada pela Lei Complementar nº 132 de 2009.

---

67 BRASIL, op. cit., 2015.

Art. 695, § 1º O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

68 BRASIL, op. cit., 1994.

Art. 4º, II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

69 BRASIL, op. cit., 1994.

Art. 4º, § 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Ambas as disposições consolidam o direito e garantia fundamental à assistência jurídica integral e gratuita instrumentalizada pela Defensoria Pública. O acesso à justiça não se restringe ao acesso ao Poder Judiciário, devendo ser interpretado de forma ampla no sentido do acesso aos direitos.

É fundamental, portanto, uma leitura processual constitucional para a superação dos obstáculos à efetividade do processo.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou, como problemática essencial, as questões acerca do direito e garantia fundamental ao acesso à justiça à luz do Projeto Florença.

A partir do reconhecimento dos obstáculos a serem transpostos para um efetivo acesso à justiça, é possível identificar as três principais barreiras e agrupar suas soluções em três grupos, as chamadas "ondas renovatórias do direito".

A primeira barreira identificada foram os custos judiciais imputados às partes para o desenvolvimento de uma lide, elevadas custas e emolumentos judiciais e honorários advocatícios, a serem combatidos por modelos de assistência judiciária para os pobres e pela universalização da justiça.

A segunda barreira observada foram os problemas especiais dos interesses difusos, superados a partir de reforma processual com relação à legitimidade ativa para a representação dos interesses difusos e às normas procedimentais em processos coletivos.

Por fim, a terceira barreira ao acesso à justiça verificada foram os obstáculos à efetividade do processo e a prolongada duração processual, reduzidos por meios consensuais de solução de conflitos, pela necessidade de adaptação procedimental de acordo com o tipo de litígio e pela atuação extrajudicial.

Muito embora ainda seja longo o caminho para a absoluta universalização do acesso à justiça e, conseqüentemente, aos direitos, é notória a evolução de tal direito e garantia fundamental em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (2200A[XXI]*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>. Aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 226/91. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Promulgado em 24 de abril de 1992. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (217[III] A)*. Paris. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso em: 04 jan. 2024.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº. 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 64.894/SP*. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002783738&dt\\_publicacao=09/08/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002783738&dt_publicacao=09/08/2021)>. Acesso em: 07 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.937/SP*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1534669>>

0863&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.140.005/RJ*. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=153600>

99643&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e TALLON, D., *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milão, Dobbs Ferry; NY., Giuffré/Oceana, 1973.

ESTEVES, Diogo e outros. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023*. Brasília: DPU, 2023. E-book. Disponível em: <<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2023-ebook.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 678/92. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Promulgado em 06 de novembro de 1992. Acesso em: 04 jan. 2024.