

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1096

(Ano XIV)

(18/06/2022)

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:** Bacharelada 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 1096



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1096, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 334 f.

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

### COLONISTA DA SEMANA



**Quando um pai pode deserdar um filho?**  
*Andrea Lury, 08.*

### ARTIGOS

**Medidas executivas atípicas: requisitos e limites para a aplicação segundo a doutrina e a jurisprudência**

*Daniel Feitosa Naruto, 11.*

**Comentários a respeito da democracia: sua fetichização e a supressão histórica da coletividade e protagonismo humanos**

*Denise Waine Rota Modesto, 40.*

**Função constitucional do instituto da prescrição penal**

*Lucas Rabelo Dorneles Vieira, 54.*

**Responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica e cirurgia estética reparadora**

*Bruna Barradas Storti, 78.*

**A atuação do advogado criminal no inquérito policial**

*Aroldo Gomes Arruda Junior, 89.*

**A questão da imputabilidade do psicopata no Direito Penal**

*Arielle Camila Fernandes de Souza, 111.*

**Teletrabalho: uma análise da sociedade, tecnologias em período de covid-19**

*Rayana Micaele Cunha Fróes, 123.*

**Responsabilidade Civil do Estado por Obras Públicas: condutas de agentes públicos e privados e a possível configuração de ato de improbidade administrativa**

*Fernanda Silva Marcião, 143.*

**A lei do superendividamento e a necessidade de regulamentação do mínimo existencial**

*Dorvilê Sobrinho Costa, 156.*

**Crispr-Cas9: revolução científica e inquietação bioética**

*Aparecida Caroline Leão de Araujo, 179.*

**Sharenting: a hiperexposição dos filhos em redes sociais**

*Thais Silva Barriquello, 198.*

**Dano Ambiental: Responsabilidade Civil e Formas de Reparação**

*Isolda de Pontes Prado, 215.*

**Como o advogado público interfere na administração do Poder Executivo**

*Roberta Millene Fernandes Costa, 251.*

**Superendividamento do consumidor idoso: uma análise jurídico-social sobre a prevenção e tratamento à luz da Lei 14.181 de 2021**

*Pedro Paulo Lorenzoni Almeida, 262.*

**A perspectiva das eleições ao longo do tempo no Brasil e as inovações do financiamento eleitoral**

*Hugo Victório Lopes Campos, 279.*

**O direito de acesso à justiça e a expansão do papel institucional da Defensoria Pública**

*Lucas Oliveira da Costa Moreira, 295.*

**Ausência de regulamentação das criptomoedas no Brasil e sua normatização internacional**

*João Pedro Brandão da Silva, 319.*

## QUANDO UM PAI PODE DESERDAR UM FILHO?

**ANDREA LURY:** Integrante da equipe Battaglia & Pedrosa Advogados [www.bpadvogados.com.br](http://www.bpadvogados.com.br) e graduada em Direito

O Direito pátrio admite a exclusão sucessória do herdeiro ou legatário em situações excepcionais. Para tanto, o Código Civil dispõe acerca de dois institutos: a indignidade e a deserdação, que, segundo Flávio Tartuce (2020, p.111), são penas civis, haja vista serem mecanismos de coerção adotados pelo Direito em face das lesões contra a dignidade humana, dentre elas a maldade, a traição e a falta de respeito.

### Principais Diferenças

Para melhor elucidação de referidos institutos, faz-se necessário apresentar suas principais diferenças:

- A indignidade é declarada por sentença judicial (art. 1.815 CC) e a deserdação deve estar disposta de forma expressa no testamento deixado pelo autor da herança (art. 1.964 CC), que deverá ser homologado judicialmente;
- No que tange às pessoas abrangidas por referidos institutos, verifica-se que a indignidade permite a exclusão da sucessão dos legatários e dos herdeiros necessários, enquanto a deserdação somente exclui estes últimos.

Note-se que legatários são aqueles que recebem um determinado bem conforme estipulado em testamento, ao passo que os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e cônjuges, conforme prevê o art. 1.845 do Código Civil (CC).

As hipóteses de declaração de indignidade se resumem às previstas no art. 1.814 do CC, por outro lado, além das previsões em referido artigo, a deserdação também pode ocorrer se constatadas as situações indicadas nos artigos 1.962 e 1.963 do CC.

Portanto, faz-se necessária a análise do art. 1.814, que prevê a exclusão dos herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

### **Tipicidade Finalística**

Destaca-se que, apesar do rol ser taxativo em razão do seu caráter punitivo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a tese da tipicidade finalística, que corresponde à possibilidade de o juiz considerar outras hipóteses de indignidade cujas finalidades sejam as mesmas preceituadas pela lei, tal como seria o caso de um herdeiro ou legatário que induza o suicídio do autor da herança. (STJ RESP 334.773/RJ)

No que tange à indignidade, conforme supramencionado, a exclusão depende de declaração judicial, mediante a Ação de Indignidade, que pode ser ajuizada por qualquer interessado na sucessão no prazo de 04 (quatro) anos contados da abertura da sucessão, segundo o art. 1.815, § 1º do CC. Frise-se que na hipótese do inciso I, qual seja homicídio doloso ou tentativa, o Ministério Público poderá promover referida ação, nos termos do art. 1.815, §2º do CC.

Se o autor da herança perdoar o indigno, poderá o herdeiro ou legatário suceder desde que o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento ou mediante outro ato autêntico. Todavia, se o testador já conhecia a causa de indignidade e, mesmo assim testar contemplando o indigno, este poderá suceder ainda que não haja uma reabilitação expressa. (art. 1.818, caput e parágrafo único do CC).

### **Hipóteses de Deserdação**

Ainda, faz-se necessário indicar as demais hipóteses de deserdação dispostas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, conforme segue:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Destaca-se que diferentemente da indignidade, na deserdação, somente o autor da herança tem legitimidade para requerer a exclusão do herdeiro da sucessão.

Por fim, com o fito de impedir o abandono afetivo e moral dos filhos maiores em relação aos seus pais, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3145/2015, que tem como objetivo acrescentar aos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil o inciso V, com seguinte redação: “V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres.



## **MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: REQUISITOS E LIMITES PARA A APLICAÇÃO SEGUNDO A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA**

**DANIEL FEITOSA NARUTO:**

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado

**RESUMO:** O presente estudo tem como intuito apresentar, inicialmente, as inovações referentes ao processo de execução no Código de Processo Civil de 2015, em especial, a efetiva possibilidade do magistrado para aplicação de medidas executivas atípicas, positivado no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015. Em seguida, foram realizados breves apontamentos quanto a esse dispositivo legal, sua redação e localização no próprio Código de Processo Civil, e o dissenso criado em relação a tais pontos. Adiante, adentrou-se à interpretação doutrinária sobre o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 e sua relevância ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, buscou-se investigar se a atipicidade se tornou a regra geral da execução no Brasil; quais os parâmetros apontados pela doutrina e pela jurisprudência para conferir limites à cláusula geral de efetivação em comento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução. Medidas executivas atípicas. Requisitos. Limites. Efetividade

**ABSTRACT:** This study aims to present, initially, the innovations related to the execution process in the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, in particular, the effective possibility of the magistrate to apply atypical executive measures, positive in article 139, IV, of the Brazilian Code of Civil Procedure/2015. Then, brief notes were made regarding this legal provision, its wording and location in the Brazilian Civil Procedure Code itself, and the dissent created in relation to such points. Further on, the doctrinal interpretation of article 139, IV, of the Brazilian Code of Civil Procedure/2015 and its relevance to the Brazilian legal system was discussed. In the end, we sought to investigate whether atypicality has become the general rule of execution in Brazil; which parameters have been pointed out by doctrine and jurisprudence to limit the general clause of effectiveness under discussion.

**KEY-WORDS:** Execution. Atypical executive measures. Requirements. Limits. Effectiveness

### **1. INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil de 2015, embora de longe de ser a salvação para os problemas do sistema jurisdicional brasileiro, representa, indubitavelmente, um avanço para o alcance de um processo jurisdicional mais democrático, visto como garantia para efetivação de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o presente estudo tratará das chamadas medidas executivas atípicas, com ênfase na interpretação do artigo 139, inciso IV, do CPC de 2015. Este dispositivo é referenciado pela literatura jurídica especializada como cláusula geral de efetivação e, desde o primeiro ano de vigência do atual CPC, vem sendo objeto de polêmicos debates entre os processualistas, na tentativa de estabelecer quais os limites para a aplicação dessa cláusula jurídica tão genérica.

Neste estudo, buscou-se entender quais foram os parâmetros comuns apontados pela doutrina e pela jurisprudência, até o momento, para conferir limites à aplicação da cláusula geral do art. 139, inciso IV, do CPC, no caso concreto, concentrando-se a maior parte de seus esforços na aplicação das medidas executivas atípicas no trato das obrigações pecuniárias fundadas em título executivo judicial ou extrajudicial.

Inicialmente, a abordagem será desenvolvida em torno das significantes mudanças trazidas, no que se refere ao processo executivo, no Código de Processo Civil de 2015, bem como a relevância que algumas delas trouxeram para àqueles que litigam em busca do recebimento de seu crédito, seja ela de qualquer natureza.

Em seguida, passa-se a analisar o artigo 139, IV em si. Primeiramente, aborda-se sua redação e eventuais lacunas deixadas pelo legislador. Ato contínuo, discorre-se sobre a sua localização no Código, pois, em que pese sua utilização nos feitos executivos, referido dispositivo encontra-se no Capítulo de Poderes do juiz.

Ainda sob esse ponto, trata-se de sua interpretação como cláusula geral, bem como suas implicações. Além disso, discorre-se sobre a fatídica, porém, muito importante decisão judicial que, valendo-se do art. 139, IV, do CPC, determinou a apreensão de documentos (CNH e passaporte) do devedor, tida como marco na utilização das medidas executivas atípicas.

Por fim, abordam-se os requisitos e limites para a aplicação do art. 139, IV do Código de Processo Civil, sob a ótica da Constituição Federal e do próprio CPC. E, para complementar o estudo, discorre-se sobre outros pontos trazidos pela doutrina e que devem ser ponderados quanto a utilização das medidas atípicas.

## **2. A EXECUÇÃO APÓS A VIGÊNCIA DO ART. 139, IV, DO CPC/2015**

## 2.1 As principais alterações do procedimento executivo no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, no tocante à sua estrutura dogmática, não inovou em relação ao CPC/73, cujos procedimentos haviam sofrido suas maiores alterações a partir das leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, conforme se demonstrou no capítulo antecedente.

O CPC de 2015, por exemplo, manteve a diferenciação procedimental a depender do tipo de título que se está a executar. Nesse sentido, conforme elucida Marcus Vinícius Motter Borges<sup>1</sup>, os procedimentos executivos no CPC de 2015 podem ser sistematizados do seguinte modo:

“a) procedimento para títulos executivos extrajudiciais com obrigação de pagar (artigos 824 a 920); b) procedimento para títulos executivos judiciais com obrigação de pagar, com base em decisão definitiva (artigos 523 a 527) ou em decisão provisória (artigos 520 a 522); c) procedimento para títulos extrajudiciais com obrigação de entrega de coisa, que pode ser certa (artigos 806 a 810) ou incerta (artigos 811 a 813); d) procedimento para títulos judiciais com obrigação de entrega de coisa, que pode ser certa ou incerta (art. 538); e) procedimento para títulos extrajudiciais com obrigação de fazer fungível (artigos 817 a 820) ou infungível (art. 821) e de não fazer (artigos 822 e 823); f) procedimento para títulos judiciais com obrigação de fazer fungível ou infungível e de não fazer (artigos 536 e 537); g) procedimentos especiais executivos, os quais possuem meios executórios exclusivos ou diferenciados (por exemplo: execução de alimentos e execução contra a Fazenda Pública).”

No entanto, em relação ao conteúdo procedimental propriamente dito, interessantes e significativas modificações se fizeram presentes.

Após uma breve leitura do CPC/15, é possível perceber que novas técnicas típicas de execução indireta foram inseridas no sistema processual, tais como: a possibilidade de protesto da decisão judicial transitada em julgado e inadimplida pelo devedor (art. 517 do CPC) e a possibilidade de o credor requerer a inclusão do nome do

---

1 BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019.p.42.

executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º, do CPC). Essas medidas, embora já existentes, foram positivadas pelo CPC de 2015 e são de extrema relevância no contexto da execução, pois afetam diretamente o crédito do devedor, em especial, no mercado financeiro, forçando-o a pagar seus débitos.

Quanto ao protesto, a inclusão de previsão expressa nesse sentido no novo Código representou um enorme ganho, pois afastou possíveis questionamentos sobre a possibilidade de protesto de decisão judicial transitada em julgado (art. 517 do CPC), inovou ao permitir a determinação do protesto de ofício pelo magistrado em caso de cumprimento provisório de prestação alimentícia (art. 528, § 1º, do CPC) e acabou por constituir um incentivo ao uso dessa eficiente técnica de coerção indireta.

Buscando do mesmo objetivo, o art. 782 do CPC, por meio de seus parágrafos 3º e 4º, possibilita que, a requerimento do exequente, o juiz determine a inclusão do nome da parte executada em cadastros de inadimplentes.

Sobretudo em um país em que grande parte das pessoas, ou não possui patrimônio algum, ou, se possui, consegue ocultá-lo com facilidade, atacar o crédito é uma forma eficaz de compelir o adimplemento de obrigações pecuniárias.

Por isso, tais medidas coercitivas, uma vez trazidas para o sistema processual e consolidadas no CPC de 2015, demonstram a lucidez do legislador ao perceber a importância de se pensarem novas formas de trazer efetividade ao sistema executivo, que vão além da tradicional busca patrimonial em nome do devedor, sem, no entanto, surpreendê-lo, porquanto se encontram previstas em lei e ofertam previsibilidade aos jurisdicionados acerca do que poderão sofrer caso optem pela inadimplência.

Neste contexto, vale trazer o entendimento de Leonardo Greco<sup>2</sup>, no sentido de que toda e qualquer medida coercitiva, ainda que prevista em lei, como no caso das *astreintes*, do protesto e da inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, assim como será demonstrado ao longo deste estudo, deve ser aplicada em caráter excepcional e, em qualquer caso, deve ser submetida a um juízo de proporcionalidade a ser feito pelo magistrado no caso concreto, a fim de que se verifique se a medida de fato passa pelos testes da necessidade, adequação e conexão instrumental específica entre o meio e o resultado que se pretende alcançar.

Isto porque, no que se refere ao protesto e a negativação, especificamente, dizem respeito a medidas que não atingem somente o patrimônio do executado, como

---

<sup>2</sup> GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Medidas Executivas Atípicas*. Salvador: Juspodium, 2018, p. 395-420. (Grandes Temas do Novo CPC, 11)

também a sua honra, reputação e o seu crédito no mercado financeiro, bens jurídicos que interferem diretamente no exercício regular do direito ao trabalho ou ao desempenho de atividade lícita pelo devedor. Daí a importância de uma criteriosa verificação pelo órgão jurisdicional da ocorrência dos pressupostos que justifiquem a determinação dessas medidas.

Compartilhando desse entendimento, Cassio Scarpinella Bueno<sup>3</sup>, ao tratar do princípio da tipicidade dos atos executivos, pondera que, ainda quando a lei traz expressamente os meios executivos a serem empregados, o magistrado, considerando o modelo constitucional de processo, deve “aplicar o processo de filtragem constitucional para, diante de cada caso concreto, verificar a plena compatibilidade entre os meios típicos, desejados em abstrato pelo legislador, e sua aptidão concreta (sua adequação) para atingir os fins que justificam e impõem a prestação da tutela jurisdicional executiva, isso é, os meios.”

Porém, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto a tal posicionamento. A redação do § 3º do art. 782 do CPC, embora contenha a expressão “o juiz pode determinar a inclusão”, não significa abertura para a discricionariedade do julgador quanto à escolha se determina ou não a inclusão do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito após requerimento do credor e ante a ausência de pagamento espontâneo.

Segundo Marcus Vinícius Motter Borges<sup>4</sup>, eventual ponderação a ser feita pelo magistrado, nesse caso, diz respeito apenas quanto ao momento de realizar tal providência caso não haja o pagamento do débito em três dias: se antes ou após a análise dos argumentos postos nos embargos à execução. Isso porque a própria legislação apresenta, no § 4º do art. 782, as hipóteses para que o devedor afaste o suposto desconforto que lhe venha a ser causado com a negativação de seu nome: basta que pague ou pelo menos garanta o juízo e a inscrição será imediatamente cancelada. No caso do protesto da sentença judicial, a opção é mesmo pagar, porque dúvidas não restam quanto à certeza da dívida, pois já terá transcorrido todo um processo de conhecimento a demonstrá-la.

Não obstante, como será tratado adiante, nada impede que o magistrado, antes de efetivar essas medidas, advirta o devedor sobre possibilidade de incidência delas, configurando uma espécie de “ameaça”, seja no bojo da intimação para o cumprimento de

---

3 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23

4 BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019.p.163.

sentença, que antecede o protesto, seja no corpo da citação do devedor, em processo autônomo de execução, para que realize o pagamento em três dias, no caso da negativação nos cadastros de inadimplentes<sup>5</sup>.

Desta feita, as medidas coercitivas de protesto e negativação acabam mesmo por restringir um direito da personalidade do devedor, na medida em que atacam diretamente a sua honra objetiva, ou seja, a sua reputação perante a sociedade. Por essa razão, aliás, não são medidas passíveis de aplicação em sede de execução provisória (art. 517, caput, e art. 782, § 5º, do CPC).

Entretanto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade ou abuso de direito, na previsão dessas medidas coercitivas típicas, porque os direitos fundamentais não são absolutos, a restrição ao direito da personalidade ocorre após aplicação de medidas previstas em lei e com estrito respeito ao devido processo legal.

Além da inserção do protesto e da negativação, outras modificações pontuais ocorreram no procedimento executivo com o advento do CPC de 2015, as quais não serão objeto de grandes debates neste trabalho, para que não se perca de vista o seu principal foco, qual seja, a discussão em torno do art. 139, IV, do CPC.

Desse modo, apenas para que não passem despercebidas, menciona-se, de forma sucinta, algumas das demais alterações empreendidas pela novel legislação: (i) possibilidade do órgão jurisdicional determinar que terceiros indicados pelo exequente forneçam informações relacionadas ao objeto da execução, inclusive aportando documentos aos autos (art. 772, III); (ii) possibilidade do portador do título extrajudicial, mesmo sendo-lhe franqueado promover diretamente a execução, optar pelo procedimento cognitivo, a fim de obter uma sentença de mérito que trate daquela relação jurídica, ou seja, obter um título executivo judicial (art. 785); (iii) a necessidade do exequente de instruir seu requerimento ou petição com demonstrativo atualizado do débito e, sempre que possível, indicar os bens do executado passíveis de penhora, a fim de simplificar o ato de apreensão judicial de bens (arts. 524 e 798, I, "b" e II, "c", e seus parágrafo único); (iv) o legislador transferiu para o executado o ônus de demonstrar a ofensa ao princípio da menor onerosidade da execução, pois deverá também indicar meios mais eficazes e menos gravosos para si, sob pena de manutenção dos atos executivos por ele discutidos (art. 805, parágrafo único); e (v) a sistematização advinda do Código quanto à prescrição intercorrente (art. 921, III e seus parágrafos). Caso não sejam encontrados bens penhoráveis do executado, tanto nas execuções de título judicial quanto nas de título extrajudicial, o processo será suspenso por um ano, prazo no qual a prescrição ficará igualmente suspensa. Findo esse prazo, sem localização de bens penhoráveis, os autos da

---

<sup>5</sup> *Idem*. p. 166



execução ficarão arquivados provisoriamente (podendo o exequente desarquivá-los a qualquer momento, se forem encontrados bens) e começará a fluir a contagem do prazo de prescrição intercorrente. Ultimado o prazo prescricional da respectiva modalidade obrigacional, o juízo oportunizará manifestação por ambas as partes e, posteriormente, poderá/deverá reconhecer a prescrição e extinguir o processo (arts. 921, § 5º, 924, V e 925)<sup>6</sup>.

À primeira vista, ao se realizar um comparativo entre as normas que informam todo o procedimento executivo no CPC de 1973 e no CPC de 2015 (arts. 513 a 538 e 771 a 925), percebe-se que, apesar de alterações pontuais, conforme se demonstrou, o panorama da tipicidade e da atipicidade, parece não ter sido modificado.

O conteúdo do art. 461, § 5º, do Código revogado foi transportado para o art. 536, § 1º, do CPC de 2015, mantendo-se a autorizada atipicidade em relação às medidas executivas que poderão ser determinadas no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer. Da mesma forma, a aplicação ao cumprimento de sentença para entrega de coisa, por força do que dispõe o § 3º do art. 538 do CPC de 2015. Ainda no cumprimento de sentença, a medida coercitiva típica antigamente prevista no art. 475-J do CPC revogado foi transposta para o art. 523, § 1º, do CPC de 2015. Assim, na execução contra devedor solvente fundada em título executivo judicial, o executado terá um acréscimo de dez por cento no valor da condenação e honorários, caso não realize o adimplemento em quinze dias.

Quanto ao título executivo extrajudicial, a legislação processual foi silente para com a multa coercitiva, o que, segundo Edilton Meireles<sup>7</sup>, abre a possibilidade de fixação com base no art. 139, IV, do CPC. O autor não descarta também, nesse caso, a possibilidade de aplicação de outras medidas, a exemplo da aplicação de juros progressivos.

Além disso, não pairam mais dúvidas de que as medidas de apoio previstas no § 1º do art. 536 do CPC, direcionadas para a fase de cumprimento de sentença, podem ser aplicadas à execução autônoma de prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta

---

6 VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. **O processo de execução no estado democrático de direito**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 124-125. Sobre as inovações trazidas pelo NCPC no tocante ao procedimento executivo, consulte-se também BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. Estudo sistemático do NCPC: com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016. 2.ed. Belo Horizonte, D'Plácido, 2016. p. 211-214

7 MEIRELES, Edilton. **Cooperação judicial e poderes do juiz na execução**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.-geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodium, 2018, p. 521-547. (Grandes Temas do Novo CPC, 11).

de dinheiro fundada em título executivo extrajudicial, porquanto o parágrafo único do art. 771 do CPC de 2015 assim o diz expressamente.

A ausência de novidades cai por terra apenas quando se promove uma leitura sistemática de todo o CPC, e se percebe que a legislação ora vigente, por meio de suas cláusulas gerais, notadamente a do art. 139, inciso IV, parece ter ampliado as margens para a atipicidade das medidas executivas, ao estender a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas também às ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Não foi outra a razão pela qual essa consistente novidade do CPC em relação à matéria ganhou da doutrina a nomenclatura de “revolução silenciosa da execução por quantia”<sup>8</sup>.

## 2.2 O art. 139, IV, do CPC: redação e localização topográfica

A mais significativa alteração promovida pelo CPC de 2015, no que diz respeito à tutela executiva foi, como se apontou, inserida no art. 139, inciso IV, do CPC, que assim dispõe:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

No que se refere à redação empregada na redação do art. 139, IV, do CPC, Marcos Youji Minami<sup>9</sup>, afirma que houve impropriedade técnica do legislador ao fazer referência a medidas “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”.

Isto porque, parecem existir quatro técnicas executivas passíveis de serem empregadas pelo magistrado, quando, de acordo com a doutrina contemporânea, existem apenas duas, a saber: medidas coercitivas, que englobam as indutivas e formam o que se chama de execução indireta, e medidas sub-rogatórias, que se referem à execução direta. Mandamentais, de seu turno, são os efeitos das ordens judiciais, não se tratando de técnica executiva propriamente dita.

---

<sup>8</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A revolução silenciosa da execução por quantia**. Revista Jota. 24.08.2015.

<sup>9</sup> MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodium, 2019. p. 147-153



Quanto à tutela executiva, o dispositivo de fato representa a revolução da execução das obrigações pecuniárias, que, até então, eram as únicas em que não se admitia o emprego de medidas coercitivas.

Com o advento do CPC de 2015, a execução de obrigações de pagar quantia também passou a ser objeto de aplicação de medidas coercitivas atípicas, completando a generalização da atipicidade no sistema processual executivo, embora, no caso das obrigações pecuniárias, conforme se demonstrará, a atipicidade não seja a regra.

Outra questão que se coloca é se as medidas necessárias a que se refere o art. 139, IV, do CPC podem ser empregadas também para a satisfação de execuções de títulos executivos extrajudiciais. A doutrina diverge em relação a isso, mas é possível identificar uma tendência majoritária à aceitação dessa hipótese.

Seguindo, quanto a topografia do dispositivo verifica-se, de plano, que o seu conteúdo não se restringe ao procedimento executivo propriamente dito, podendo o juiz se valer de medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive, em qualquer fase procedimental, haja vista o modelo sincrético adotado pelo CPC.

Por essa razão, como bem aponta Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>10</sup>, a ordem judicial a que o dispositivo faz menção não é necessariamente aquela que decorre do título executivo, mas, sim, a decisão do juiz que determina ao executado o cumprimento de sua obrigação.

Marcos Youji Minami<sup>11</sup> defende que o art. 139, IV, ao ser inserido na parte geral do CPC, teve como finalidade ampliar a atipicidade a todo tipo de prestação, em qualquer tipo de procedimento específico, o que não exclui execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

---

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC.** In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Medidas Executivas Atípicas.* Salvador: Juspodium, 2018, p. 627-666. (Grandes Temas do Novo CPC, 11). p. 628-629.

<sup>11</sup> MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *Non Factibile*.** uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodium, 2019. p. 192-193

Nessa linha, posicionam-se Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>12</sup>, ao afirmarem que o art. 139, IV, do CPC aplica-se a qualquer atividade executiva, baseada em título executivo judicial ou extrajudicial.

Tais autores fazem referência ao enunciado 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, e ao enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, que reforçam essa interpretação conferida à norma em apreço, senão vejamos:

Enunciado 48 da ENFAM: O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Enunciado 12 do FPPC: Art. 139, IV; Art. 537; Art. 550; Art. 787. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II (Grupo: Execução)

Em sentido contrário é o entendimento de Araken de Assis<sup>13</sup>, segundo o qual a regra se aplica tão somente ao cumprimento de sentença, vez que o Livro II da Parte Especial do CPC não trata de poderes executivos indeterminados, fazendo referência apenas à aplicação subsidiária do art. 536, § 1º, em virtude da redação do art. 771 do CPC.<sup>204</sup>

Posicionam-se também contrariamente ao cabimento das medidas coercitivas atípicas em obrigações de pagar baseadas em título executivo extrajudicial Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart e Eduardo Talamini<sup>14</sup>.

---

12 DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 8.ed. Salvador: Juspodium, 2018, v.5. p. 107.

13 ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. *In*: DIDIER Jr., Fredie (Coord.-geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 111-133. (Grandes Temas do Novo CPC, 11).

14 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 783;

Ao que nos parece, em que pese a norma faça expressa menção ao termo “ordem judicial”, não se deve excluir de sua aplicação a execução de executivo extrajudicial, porque essa ordem não se refere necessariamente à ordem constante do título executivo, mas às ordens judiciais genéricas, que determinam o cumprimento de obrigação.

Além disso, há que se considerar que, mesmo o processo autônomo de execução sendo embasado em um documento que não foi emitido pelo órgão jurisdicional, haverá ordens judiciais a serem cumpridas ao longo do procedimento instaurado, para que se possa buscar a realização concreta do direito inscrito no título. Não há razões, portanto, para que se exclua desse procedimento o comando do art. 139, IV, situado na Parte Geral do CPC.

### **2.3. O art. 139, IV, do CPC como cláusula geral e o microsistema da atipicidade das medidas executivas**

A partir da leitura do art. 139, IV, em conjunto com o art. 297, *caput*, e 536, § 1º, do CPC, verifica-se a existência do microsistema da atipicidade no âmbito da sistemática processual. Todos eles consistem, conforme explicam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em “cláusulas gerais processuais executivas”.

Segundo esses autores, cláusula geral é “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Ainda conforme os referidos juristas, as cláusulas gerais são importantes para que se possa adequar o procedimento às peculiaridades do caso concreto<sup>15</sup>.

Dierle Nunes<sup>16</sup> aponta que as cláusulas gerais têm sua origem na técnica legislativa adotada no âmbito da elaboração das leis que promoveram as reformas processuais implantadas no fim do século XIX e início do século XX com vistas transformar o processo em instrumento de pacificação social. Quanto mais conceitos jurídicos

---

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. *In*: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 27-57. (Grandes Temas do Novo CPC, 11). p. 37.

15 DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 8.ed. Salvador: Juspodium, 2018, v. 5. p. 104.

16 NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p.84-85.

indeterminados houvesse nos textos legais, maior a possibilidade de escolhas pelo juiz, de acordo com suas convicções e valores.

Lenio Streck<sup>17</sup>, que é considerado por muitos o maiores crítico das cláusulas gerais, considera absolutamente antidemocrático confiar ao juiz a liberalidade de preencher o conceito dessas cláusulas, sobretudo mediante o uso da “ponderação” de princípios, o que, segundo Streck, remete a um juízo de valor a ser feito pelo decisor, com base em escolhas fundadas em critérios metajurídicos. Afirma, ainda, que delegar ao juiz a tarefa de resolver o problema da textura aberta das cláusulas gerais implica um retrocesso ao positivismo jurídico, que via na discricionariedade do magistrado a solução para a resolução dos casos difíceis. Sob essa ótica, “qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam “construir” princípios que substituíssem ou derogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que convenhamos, é um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito”.

Nesse passo, a discussão que ora se inicia diz respeito aos limites a serem conferidos a essas cláusulas gerais, de modo a frear a discricionariedade judicial e a impedir a predominância do arbítrio, hipóteses que, seguramente, comprometem a integridade e a segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Segundo Marcus Vinícius Motter Borges<sup>18</sup>, o primeiro limite que se apresenta às cláusulas gerais é a legalidade, ou seja, “diante da presença, no ordenamento, de normatização expressa ou indiretamente aplicável, o julgador deve preferir a sua aplicação para a solução do caso concreto.” O segundo parâmetro limitador, na visão desse mesmo autor, decorre da Constituição Federal e da própria legislação processual, qual seja, o dever de fundamentação da decisão. O julgador atrai para si o ônus de demonstrar substancialmente que a aplicação da cláusula geral é a melhor opção para a garantir a proteção do direito material ameaçado. Por fim, o terceiro limite diz respeito ao “resultado do cotejo entre as consequências do uso da cláusula geral e as peculiaridades do caso concreto”, por meio da aplicação da “regra da proporcionalidade”, que será objeto de nossas críticas.

Fato é que, desde a aprovação do CPC/15, a doutrina se dedica a fixar os parâmetros para que se viabilize a aplicação do art. 139, IV, do CPC, em consonância com as disposições constitucionais e processuais.

---

17 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *Ebook*. p.258.

18 BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019. p.85-88.

Aliás, trata-se da mesma discussão que fora outrora travada por força de reforma ao CPC de 1973, quando nele se introduziu o § 5º do art. 461, trazendo a atipicidade das medidas executivas no sistema processual brasileiro, gerando entre os estudiosos inquietação em relação à necessidade de se fixarem limites para a imposição de medidas executivas ditas inominadas.

À época, muito se falava, em especial, sobre a proporcionalidade. Além disso, ao tempo da vigência do antigo Código, a preferência se deu pela adoção das medidas típicas exemplificadas do art. 461 e, sobretudo, pela aplicação de multas.

Situação diversa é a que vem ocorrendo no contexto de aplicação do art. 139, IV, do CPC de 2015. Logo no início de sua vigência, ganhou notoriedade decisão judicial proferida em 25/8/2016 pelo Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional XI – Pinheiros, na Comarca de São Paulo, no processo judicial nº 4001386-13.2013.8.26.0011.223.

Trata-se de execução de título extrajudicial, em que o juízo da execução atendeu a requerimento formulado pelo exequente e determinou, simultaneamente, a suspensão da CNH do executado, a apreensão de seu passaporte e o cancelamento de seus cartões de crédito, até o pagamento da dívida.

A magistrada fundamentou sua decisão nas possibilidades conferidas pela redação genérica do art. 139, IV, do CPC, consignando que a medida escolhida deverá ser “proporcional”, sem que ofenda os princípios e garantias assegurados na Constituição.

Em seguida, a decisão foi suspensa quanto à apreensão de passaporte e CNH, por força da concessão de liminar no habeas corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000,226 impetrado pelo executado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, ao conceder a liminar, entendeu que as medidas executivas aplicadas são desproporcionais, e que, além de não alcançarem necessariamente a efetividade pretendida, violam a dignidade do devedor, porquanto restringem a sua liberdade de locomoção.

A partir desse quadro, a polêmica restou instaurada em torno da temática em comento. Vasta produção bibliográfica começou a surgir sobre a matéria, debruçando-se a literatura especializada na fixação de limites para a determinação das medidas coercitivas atípicas embasadas na redação do art. 139, IV, do CPC.

Aliás, antes mesmo da vigência do novo CPC, parcela da doutrina já antevia a possibilidade de haver abusos cometidos pelos órgãos jurisdicionais, pautados na cláusula geral do referido dispositivo, razão pela qual já se falava, inclusive, na possibilidade de controle da decisão pela via do agravo de instrumento.

### **3. REQUISITOS E LIMITES PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS**

Conforme já tratado acima, a redação do art. 139, IV, do CPC é, para muita, uma das maiores novidades do novo Código em termos de execução, em que pese estar o dispositivo situado no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz.

Isso porque, o art. 139, IV, de acordo com a interpretação discorrida anteriormente, estendeu a atipicidade das medidas executivas também às obrigações de pagar quantia, conferindo relativa isonomia no trato do procedimento executivo. Aliás, a maior parcela dos processualistas, de certa forma, comemorou a inserção de referido dispositivo no CPC de 2015.

Importante registrar os posicionamentos de Araken de Assis e Guilherme Pupe de Nóbrega, os quais afirmam que a (relativa) atipicidade conferida pelo art. 139, IV, do CPC é inconstitucional, ao passo que infringe a cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Inclusive, a constitucionalidade, ou não, do inciso IV do art. 139 do CPC e de outros dispositivos, foi, inclusive, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.941), ainda pendente de julgamento pelo STF, proposta em 11 de maio de 2018 pelo Partido dos Trabalhadores (ADI 5.941).

Nessa ADI, pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade parcial com vistas a rechaçar como medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias deles decorrentes a apreensão de CNH, suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitações públicas.

Frise-se que a matéria suscita maiores controvérsias no tocante à aplicação do art. 139, IV, em relação às execuções de obrigações pecuniárias. Quanto às execuções específicas, ou seja, referentes a obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, não há tantos questionamentos, pois a doutrina entende que a atipicidade das execuções específicas já era um fato consolidado na vigência do CPC de 1973, tendo apenas ganhado um reforço a partir da inserção do art. 139, IV, na parte geral do atual Código.<sup>282</sup>

Em meio a esse cenário, os processualistas passaram a debater sobre possíveis medidas executivas que poderão decorrer da aplicação do art. 139, inciso IV, com ênfase nas execuções pecuniárias, e, principalmente, sobre quais os limites de sua aplicação. Vejamos, então, quais são os critérios legais e as sugestões doutrinárias mais recorrentes para que se confirmem limites às chamadas medidas executivas atípicas que podem ser determinadas com base nesse dispositivo legal.

#### **3.1. Critérios sob a ótica da Constituição Federal**



Com a instituição do chamado poder geral de efetivação no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015, o legislador buscou dar solidez ao princípio fundamental da efetividade da tutela executiva, visando a satisfação do direito subjetivo material.

No entanto, ao lado do princípio fundamental da tutela executiva e da integral satisfação do mérito, o processo civil, como atividade voltada à pacificação social com justiça e garantidora de direitos constitucionais, resguarda o devedor, impondo limites à execução.

Assim, sob este preceito e tendo em vista que, em maior ou menor grau, as garantias constitucionais processuais, derivadas do supraprincípio do devido processo legal, estão todas interligadas, não se busca neste tópico enfrentá-las de forma exauriente, mas pinçar as regras e os princípios constitucionais relevantes para o específico contexto da aplicação das medidas executivas atípicas.

### 3.1.1 Princípio da efetividade

A objeto do processo civil contemporâneo é, sem dúvida, a efetividade. Não há dúvidas que o processo é o instrumento para dirimir conflitos em busca da pacificação social. Ocorre que a paz social apenas será alcançada se o direito declarado for materializado e efetivamente fruído pelo jurisdicionado.

Sob essa premissa, a efetividade ganha especial relevo na atividade executiva, pois de nada adiantar “ganhar”, mas não “levar”.

Como bem nos ensina José Carlos Barbosa Moreira<sup>19</sup>, cinco concepções devem ser necessariamente observados quando se trata de aferir a efetividade do processo: a) a existência, expressa ou implícita no sistema jurídico processual, de instrumentos aptos para a tutela de todas as modalidades de direitos; b) o acesso irrestrito de todos à utilização desses instrumentos, mesmo quando o sujeito for indeterminado; c) a existência de condições adequadas para a exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto for possível, com a verdade dos fatos ocorridos; d) a tutela obtida em juízo seja apta a entregar à parte tudo o que ela teria se não fosse necessário recorrer ao Poder Judiciário; e, e) que esse resultado semelhante ao cumprimento espontâneo se dê com o mínimo de dispêndio de tempo e de energia.

---

<sup>19</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo**. Temas de direito processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28.

Nesse sentido, Olavo de Oliveira Neto<sup>20</sup> destaca que um sistema executivo tende à completude: a) quando maior se apresenta a existência de remédios processuais aptos a tutelar todas as modalidades de prestação não adimplidas; b) quando esses instrumentos podem ser utilizados por quem detenha interesse jurídico em fazê-lo; e, c) quando a tutela confere total e exata satisfação do que não foi adimplido, num prazo adequado ao caso concreto e com um volume reduzido de atos processuais.

Esse ideal de efetividade, de origem constitucional, nas palavras de Olavo de Oliveira Neto<sup>21</sup>, “não se coaduna com a existência de um sistema que não dê a quem dele se utiliza a proteção plena ao direito violado”, destacando que “tal deficiência sistêmica equivale, na sua essência, à negativa de prestação de tutela jurisdicional”.

Assim, para se alcançar a efetividade desejada pelo sistema processual no âmbito da tutela executiva, é certo que a ampliação das modalidades e da eficácia da via executiva, mediante a atribuição de maiores poderes e de maior liberdade ao juiz, faz-se necessário, para não dizer imprescindível.

É inegável, portanto, a relevância de o sistema executivo prever mecanismos não tipificados em lei que viabilizem a um só tempo não apenas a realização do direito material, mas também a realização célere, justa e tempestiva deste.

Por fim, vale ressaltar o postulado e a proibição ao *non liquet*, que também deve ser aplicado à tutela executiva, ou ainda do *non factibile*, vez que ambos decorrem imediatamente da vedação à negativa da prestação jurisdicional diante de possíveis lacunas na lei, ponto que encerra a necessidade da previsão de medidas executivas atípicas<sup>22</sup>.

### 3.1.2 Princípios da proporcionalidade e razoabilidade

A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico, dentre outras balizas, devem considerar as diretrizes do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do artigo 8º do Código de Processo Civil, que trata da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso, da eficiência e da menor onerosidade.

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019, p. 220.

<sup>21</sup> *Idem*. p. 222

<sup>22</sup> MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao *non factibile*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 59-74.



Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito específico da tutela executiva atípica, Marcelo Lima Guerra<sup>23</sup> entende que o critério da adequação (meio/fim) passa pela análise sobre se a medida escolhida pelo credor é capaz, ao menos em tese, de propiciar o resultado almejado.

Tratando-se de medida coercitiva, por exemplo, significa dizer que a medida deve propiciar exercício de pressão sobre a vontade do devedor suficiente a induzi-lo ao cumprimento da obrigação.

Sob a ótica da necessidade, a medida executiva atípica escolhida e aplicada deve ser aquela estritamente necessária para se alcançar o fim almejado e da qual resulte o menor prejuízo possível ao devedor.

Segundo Elias Marques de Medeiros Neto<sup>24</sup>, “os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade determinam que a medida atípica aplicada seja equilibrada com o resultado almejado pelo credor, porém, respeitando o princípio da menor onerosidade”.

Para Fredie Didier Junior<sup>25</sup>, o princípio da razoabilidade se revela de três formas: como “dever de equidade”, exigindo-se a harmonização da norma abstrata com o caso concreto, impondo seja considerado o que geralmente acontece em detrimento do extraordinário e impondo sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto diante da generalidade da norma; como “dever de congruência”, o que exige a harmonização das normas com base na realidade em que foram editadas, ou seja, em suas condições externas de aplicação e, por fim; como “dever de equivalência”, impondo-se uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Neste mesmo sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.782.418/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que assim assentou:

---

23 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1998, p. 176.

24 MEDEIROS NETO, Elias Marques de; REINAS, Caroline Pastrri Pinto. A aplicação das medidas executivas atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 286, p. 277-297, dez. 2018.

25 DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil, v. 5, **Revista de Processo**, v. 267/2017, p. 227-272.

Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo.

Em suma, registram-se aqui os primeiros critérios para a aplicação das medidas executivas atípicas: a medida executiva atípica deverá respeitar o princípio da proporcionalidade, passando pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; deverá respeitar o princípio da razoabilidade, porque a medida deverá ser equânime, congruente e equivalente; por fim, a medida deverá respeitar o princípio da proibição do excesso.

### 3.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

É certo que a execução não pode levar o executado à situação incompatível com a dignidade humana. O juiz, ao utilizar a cláusula geral executiva do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, deverá empregá-la de forma atenta, embasado na utilidade da medida para alcançar o fim destinado.

O princípio da dignidade da pessoa humana atuará na execução por meio de outras normas que assegurarão o núcleo desta, como o princípio da menor onerosidade, da patrimonialidade e do mínimo existencial, dentre outros<sup>26</sup>.

Tem-se, portanto, que a dignidade humana é valor relevante, que deverá nortear o magistrado na aplicação das medidas executivas atípicas. Tendo em vista tratar-se de conceito indeterminado, caberá ao magistrado o dever de motivação. Assim, ao fundamentar sua decisão, o magistrado deverá explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (artigo 489, § 1º, II, do Código de Processo Civil/2015).

E a dignidade da pessoa humana, também, restou lembrada pelo STJ<sup>27</sup>:

Vale destacar, por oportuno, que o CPC/15, em seu art. 8º, estabeleceu com norma fundamental do processo civil o atendimento aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, observado o resguardo e a promoção da dignidade

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Diogo. **A extensão dos poderes de efetivação e a técnica coercitiva na execução pecuniária no CPC/2015**. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Walter Piva Rodrigues. 244 f. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2020.

<sup>27</sup> REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019

da pessoa humana, assim como da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Portanto, para viabilizar a correta motivação da decisão, trazer segurança jurídica para o uso do conceito jurídico indeterminado “dignidade humana”, e evitar que sob esse rótulo o magistrado faça alusão a critérios morais ou de índole pessoal, sugere-se que a fundamentação do magistrado contemple alguns pontos: primeiramente, cabe ao magistrado examinar a necessidade da medida executiva atípica, tendo por base o princípio da razoabilidade e o princípio da menor onerosidade; em segundo plano, checar a proporcionalidade estrita, sopesando-se a proibição do excesso.

#### 3.1.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Como é sabido, um dos princípios formadores do modelo constitucional do processo é o princípio do contraditório (artigo 5º, LV, CF), o qual, em apertada síntese, refere-se à possibilidade que as partes devem ter de contrariar e de discutir os argumentos apresentados pela parte adversa.

O princípio do contraditório em sua concepção moderna, segundo Araken de Assis<sup>28</sup>, é composto pelos seguintes elementos: (i) direito à informação prévia; (ii) direito de intervenção no processo, em qualquer fase deste, no estado em que se encontra; (iii) direito à contradição, ou ao debate das questões de fato e de direito; (iv) direito de provar afirmações de fato e debater os resultados da prova.

Há muito se sabe que foi superada a ideia de que o processo de execução padeceria de contraditório, pelo que não se alongará sobre isso. Tendo-se por premissa indiscutível que o contraditório se faz presente durante toda a atividade executiva, faz-se necessário saber qual o momento de sua observação, tendo por base as características ontológicas da atividade executiva.

Enquanto na tutela de conhecimento, por força da incerteza quanto a um direito, a decisão somente acontece posteriormente ao contraditório prévio, na tutela executiva, por força da definição prévia do direito, já declarado em pronunciamento judicial (definitivo ou provisório) ou por força de seu equivalente legal (título extrajudicial), o ato executivo deve ser praticado antes do contraditório. A certeza ou o alto grau de probabilidade do direito mais do que autoriza, justifica e recomenda a inversão.

---

<sup>28</sup> ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. I. São Paulo: RT, 2015, p. 419.

Desta feita, na tutela executiva, o contraditório deve ocorrer de maneira diferida, ou seja, depois do pronunciamento jurisdicional.

Neste contexto, temos que, no que se refere à concessão de medidas executivas atípicas, o artigo 9º do Código de Processo Civil não seria aplicado. Isto porque, além das especificidades já apontadas, é notório que o contraditório prévio para a concessão dessas medidas poderia mitigar a efetividade destas medidas, já que o devedor poderia valer-se de meios inidôneos para fugir da execução.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em seu julgamento mais recente sobre o tema<sup>29</sup>, reprisou entendimento datado de 2019, e afirmou que deve ser observado o contraditório substancial, antes da adoção de medida executiva atípica.

### **3.2. Critérios sob a ótica do Código de Processo Civil**

#### **3.2.1 Princípio da menor onerosidade ao devedor**

O princípio da menor onerosidade ou menor sacrifício para o devedor, previsto no artigo 805 do Código de Processo Civil/2015, expõe que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Conforme observa Fredie Didier Junior<sup>30</sup>, tal normativa acentua que “havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido, deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado”. O princípio da menor onerosidade é consectário da dignidade humana e do princípio da eticidade, visto que protege a lealdade, a ética processual e impede comportamentos abusivos do exequente que “sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se do meio executivo mais danoso ao executado”.

Sob essa premissa, a prática dos atos de execução deve respeitar a dignidade humana e o direito do devedor de que não lhe seja causado prejuízo maior do que aquele

---

29 “(...) Consubstanciada nesse dispositivo legal, a jurisprudência desta Corte Superior, a exemplo do REsp n. 1.788.950/MT, assentou-se no cabimento de medidas executivas atípicas “desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade” (Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 26/4/2019). (...) (REsp 1951176/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 28/10/2021)

30 DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 324.

estritamente necessário para a consecução do direito do credor. Não é difícil compreender o espírito do legislador, que se revela preocupado em proteger o devedor de sacrifícios e de situações vexatórias desnecessárias.

Quanto ao tema, o CPC/15 inovou com a regra estabelecida no parágrafo único do artigo 805, de modo que resta positivado que “ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

Em suma, para que o devedor possa se valer do princípio da menor onerosidade, é relevante que, ao exercer o contraditório diferido, indique outros meios executivos igualmente eficazes, sob pena de, se não o fizer, ter contra si validado o ato executivo, com fundamento no artigo 805, parágrafo único do Código de Processo Civil/2015.

### 3.2.2 Princípio da patrimonialidade

O princípio da patrimonialidade está expresso no artigo 789 do Código de Processo Civil/2015: “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações”.

Entende-se que os atos executivos devem recair sobre o patrimônio do executado, alçado à condição de garantia legal da dívida, não sobre a pessoa do devedor. Assim, os atos executivos indiretos atípicos, por terem como alvo o inadimplemento em si, eis que o objetivo central da medida é promover a coerção psicológica sobre o executado, seriam inadmissíveis.

Entretanto, não se deve confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade da execução por configurarem punições ao não pagamento da dívida.

A diferença de mais fácil percepção entre os dois institutos enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado substituem, se sub-rogam, na dívida patrimonial inadimplida, o que não ocorre na execução indireta.

Assim, na execução indireta não são as medidas executivas que satisfazem o direito inadimplido. Pelo contrário, atuam apenas sobre a vontade do devedor, compelindo-o ao cumprimento de sua obrigação.

Sobre a questão, veja-se, pois, a lição de Daniel Amorim Assunção Neves<sup>31</sup>:

a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, eis que, na verdade, são apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação.

O exemplo mais ilustrativo do tema é extraído da medida de prisão civil do devedor de alimentos. Inobstante seja o devedor privado de sua liberdade temporariamente, ainda assim continuará devedor da obrigação de prestar alimentos (artigo 528, § 5º, do Código de Processo Civil/2015).

Em suma, como ensina Vinicius Silva Lemos<sup>32</sup>, as medidas de execução indireta expressas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 servem ao desiderato de potencializar o princípio da responsabilidade patrimonial, porque, uma vez aplicadas, propõem a satisfação da execução e não a mera penalização do devedor.

### 3.2.3 Princípio da utilidade

Segundo às lições de Olavo de Oliveira Neto<sup>33</sup>, o princípio informativo da utilidade, no âmbito da tutela executiva, é aquele segundo o qual “não se admite atividade executiva que sirva apenas para prejudicar o responsável executivo, sem que haja real benefício no mundo empírico para o exequente”. A execução não pode se resumir a atos que apenas causem prejuízo ao executado, sem proveito algum para o exequente.

A utilidade da medida executiva atípica está umbilicalmente ligada à adequação ou à pertinência desta para a consecução do direito do exequente, portanto, deve ser uma medida pensada conforme as especificidades do caso concreto, que tenha o condão de resultar em benefício prático para a obtenção parcial ou total da satisfação da execução.

---

31 NEVES, Daniel Amorim Assunção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – artigo 139, IV, do Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, mar. 2017.

32 LEMOS, Vinicius Silva. A penhora e sua função neutralizadora ao artigo 139, IV, do CPC e as medidas atípicas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 87, p. 123-148, mar. 2018.

33 OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019, p. 236.



Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>34</sup> afirma que para a adoção de medidas executivas atípicas na execução, deve haver indícios no processo de que o cumprimento da obrigação é possível – o não adimplemento é uma opção do executado.

### **3.3. Critérios apontados pela doutrina para conferir limites às medidas executivas atípicas**

#### 3.3.1 Subsidiariedade (ou não) das medidas coercitivas

Conforme já se abordou em linhas anteriores, a redação do art. 139, IV, chegou a ser amplamente discutida pelo grupo responsável pelo estudo da execução no FPPC, realizado em 2013, dando ensejo ao enunciado 12 desse Fórum. Disso resultou um certo, mas não absoluto, consenso, em doutrina e jurisprudência, no sentido de que as medidas executivas atípicas somente devem ser utilizadas para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação pecuniária após esgotadas as medidas típicas sub-rogatórias previstas expressamente na legislação processual (arts. 513 a 535 e 824 a 913).

Isso porque nenhum sentido haveria no fato de o legislador ter detalhado os procedimentos executivos a serem seguidos para cada tipo de obrigação se esses puderem ser, de plano, substituídos por medidas sem previsão legal. Deve restar amplamente demonstrado que, pelo fato de o meio típico não ter sido suficiente, faz-se necessário lançar mão de outra medida não prevista na legislação. Essa é a hipótese defendida por esta pesquisa como tentativa de resposta ao primeiro problema apresentado. Defende-se, pois, a ideia de que o art. 139, IV, do CPC, embora tenha estendido a atipicidade também às obrigações pecuniárias, não a transformou em regra para esse tipo de obrigação.

Ao tratar da excepcionalidade das medidas atípicas, Leonardo Greco<sup>35</sup> pondera que, nessa espécie de execução, não se pode falar, “de modo irrestrito, em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade subsidiária e excepcional desses meios”.

---

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – artigo 139, IV, do Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, p. 107-150, mar. 2017.

35 GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. - geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 395-420. (Grandes Temas do Novo CPC, 11). p. 412.

Fredie Didier Junior<sup>36</sup> lembra que a tipicidade *prima facie* das medidas na execução por quantia é confirmada também pelos artigos 921, III e 924, V, do Código de Processo Civil/2015. Segundo o autor, “se a atipicidade fosse a regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito”. Em primeiro lugar, deve-se aplicar o procedimento de penhora e expropriação de bens.

De forma oposta, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>37</sup>, defendem a aplicação direta das medidas atípicas em situações urgentes, em que o procedimento típico, baseado na penhora e expropriação de bens, acarretaria prejuízo à parte em razão da excessiva demora.

Esse também é o entendimento de Olavo de Oliveira Neto<sup>38</sup>, segundo o qual “a tutela coercitiva deve ser aplicada pelo magistrado de forma autônoma e independente das demais espécies de tutela, não sendo necessário aguardar a frustração da atividade executiva em outras modalidades (...)”.

Seguindo o posicionamento quanto à interpretação restritiva do art. 139, IV do CPC, adere-se ao critério da subsidiariedade, por entender que a tipicidade é a regra no procedimento executivo brasileiro, sendo a atipicidade exceção, sobretudo em obrigações pecuniárias, mesmo na vigência do CPC de 2015. Isso porque, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o processo é que confere legitimidade à atividade jurisdicional. Se é assim, o processo precisa trazer em seu bojo previsibilidade, o que somente se alcança por meio da aplicação das normas jurídicas existentes e do diálogo em contraditório.

Apenas para fins de ponderação, acredita-se que solução mais adequada para se conferir efetividade às execuções, seria a combinação entre o artigo 139, IV, ao art. 190, ambos do CPC, o qual refere-se aos negócios processuais. Isto porque, permitir-se-á às partes adaptar o procedimento executivo, antes ou depois de instaurado o processo, conferindo previsibilidade ao litígio e evitando riscos, sobretudo neste momento de incertezas quanto aos limites e possibilidades em torno do art. 139, IV, do CPC.

A doutrina defende a possibilidade das partes convencionem sobre as próprias medidas executivas atípicas que poderão ser aplicadas diretamente pelo magistrado no

---

36 DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 314.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 693-697.

38 OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O Poder Geral de Coerção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243.



âmbito da execução, afastando o critério da subsidiariedade, desde que não se trate de medidas ilícitas<sup>39</sup>.

### 3.3.2 A (des)necessidade de correlação entre a medida atípica e o bem da vida perseguido no feito executivo

Durante algum tempo, defendeu-se que as medidas executivas atípicas deveriam guardar estrita relação com o direito material perseguido na execução. Em razão disso, por exemplo, não seria possível aplicar medidas executivas atípicas coercitivas para o cumprimento de obrigação de pagar quantia, visto que não haveria correlação instrumental com a finalidade da atividade executiva.

Porém, esse entendimento está devidamente superado. Aliás, o próprio ordenamento jurídico confirma tal situação. Ora, veja-se, pois, a prisão civil referente à dívida alimentar. Não há relação, entretanto, é medida de coerção positivada.

Conforme detalhado anteriormente, a medida executiva atípica deve respeitar diversos princípios e limites, no entanto, dispensa-se a correlação com o bem da vida.

Daniel Amorim Assunção Neves<sup>40</sup>, ao contrapor-se à tese da necessidade de correlação entre a espécie de obrigação inadimplida e a medida executiva indireta, afirma que as medidas indiretas visam a pressionar psicologicamente o devedor ao cumprimento voluntário da obrigação e não a atingir a satisfação da obrigação por si próprias. Sob essa lógica, não haveria que se falar em violação do princípio da patrimonialidade quando são aplicadas às execuções pecuniárias, porque, mesmo sendo coagido, o executado permanece na condição de devedor e, ao se convencer a pagar, ele o fará com o seu patrimônio e não com seu próprio corpo.

O autor pondera que entender de modo distinto seria aceitar que somente a execução de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa admite imposição de medidas coercitivas restritivas de direitos fundamentais do executado, enquanto na obrigação de pagar isso é vedado, o que, segundo ele, não faz sentido algum.

---

39 DIDIER, Jr. Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, v. 275, p. 193-228, jan.2018

40 NEVES, Daniel Amorim Assunção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *In*: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 627-666. (Grandes Temas do Novo CPC, 11). p. 633.

Assim, se a medida executiva atípica cumpriu com os requisitos acima, servirá ao fim destinado, qual seja, obter, ainda que parcialmente, a satisfação da execução, pelo que, respeitados os demais critérios deste estudo, poderá ser utilizada.

#### **4. CONCLUSÃO**

Não há dúvidas que execução é a fase responsável pelo maior índice de congestionamento de processos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Isso representa que, mesmo tendo seu direito reconhecido em um título executivo, nem sempre o jurisdicionado alcança, ao final, a satisfação de sua pretensão.

A incessante busca pela efetividade da tutela jurisdicional foi o que deu ensejo ao art. 139, IV, do CPC de 2015. Esse dispositivo, como se viu, embora localizado na Parte Geral do Código, que trata dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, consignou que as execuções de obrigações pecuniárias também poderão ser alvo da aplicação de medidas executivas atípicas com vistas a forçar o cumprimento de ordem judicial.

Já nos primeiros meses de vigências do CPC de 2015 começaram a ganhar notoriedade julgados em que se aplicaram medidas coercitivas ao executado, consistentes em restrição de direitos. As mais recorrentes têm sido a suspensão da CNH, apreensão do passaporte e bloqueio de cartões de créditos do devedor.

Em razão disso, a preocupação dos estudiosos do processo civil se voltou para a concretude da cláusula geral do art. 139, IV, do CPC e para a fixação de parâmetros que confirmem limites à sua aplicação, de forma a evitar, ao mesmo tempo, a proliferação de decisões arbitrárias e o esvaziamento do conteúdo da norma, considerada um sopro de esperança para a efetividade da execução civil.

Este estudou procurou reproduzir as manifestações doutrinárias existentes até o momento em torno desse dispositivo legal, com vista a extrair os critérios mais comumente apontados para aplicação do dispositivo em referência, bem como avaliar se estes encontram receptividade na jurisprudência pátria.

Partiu-se da premissa de que, ainda que se esteja diante de uma cláusula geral de efetivação, sua concretude não pode ficar submetida unicamente à criatividade do magistrado, porque o processo, enquanto garantia de direitos fundamentais, não admite protagonismo de sujeitos nem discricionariedade decisória. Ao contrário, o processo, mesmo em sua fase executiva, deve transcorrer de forma participada e apresentar previsibilidade para viabilizar o controle das decisões pelo jurisdicionado.

Sob essa perspectiva, o magistrado, ao aplicar medidas coercitivas para forçar o cumprimento de obrigações específicas deveria compatibilizar, no caso concreto, diversos

valores e princípios, sejam eles constitucionais ou presentes no próprio Código de Processo Civil.

Constatou-se, ao final, que a doutrina ainda se mostra cambiante em relação aos parâmetros suscitados e que as controvérsias doutrinárias vêm se refletindo na jurisprudência do STJ.

A incerteza em torno da matéria ainda prevalece e causa bastante insegurança jurídica, pois não se sabe ao certo até onde o Estado-juiz pode chegar quando invade a esfera jurídica do cidadão. No entanto, não há como negar que o art. 139, IV, do CPC/15 trouxe grande avanço ao processo executivo, de modo a, ao menos tentar, evitar o famigerado “ganha mas não leva”.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Tatiane Costa de. **Medidas executivas atípicas: a interpretação do art. 139, inciso IV, do CPC e suas controvérsias**. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Dierle Nunes. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. I. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. **Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodium, 2018.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 8.ed. Salvador: Juspodium, 2018.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC**. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil, v. 5, Revista de Processo, v. 267/2017.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antônio do Passo. **Negócios jurídicos processuais atípicos e execução.** Revista de Processo, v. 275, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A revolução silenciosa da execução por quantia.** Revista Jota. 24.08.2015.

GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária.** In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodium, 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: RT, 1998.

LEMOS, Vinicius Silva. **A penhora e sua função neutralizadora ao artigo 139, IV, do CPC e as medidas atípicas.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 87, p. 123-148, mar. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; REINAS, Caroline Pastrí Pinto. **A aplicação das medidas executivas atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Revista de Processo, São Paulo, v. 286, p. 277-297, dez. 2018.

MEIRELES, Edilton. **Cooperação judicial e poderes do juiz na execução.** In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodium, 2018

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao Non Factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas.** Salvador: Juspodium, 2019.

\_\_\_\_\_; **Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao non factible.** In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodium, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo.** Temas de direito processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC.** In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodium, 2018.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p.84-85.

OLIVEIRA, Diogo. **A extensão dos poderes de efetivação e a técnica coercitiva na execução pecuniária no CPC/2015**. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Walter Piva Rodrigues. 244 f. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2020.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6.ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.- geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Medidas Executivas Atípicas*. Salvador: Juspodium, 2018.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. **O processo de execução no estado democrático de direito**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

## COMENTÁRIOS A RESPEITO DA DEMOCRACIA: SUA FETICHIZAÇÃO E A SUPRESSÃO HISTÓRICA DA COLETIVIDADE E PROTAGONISMO HUMANOS

**DENISE WAINE ROTA MODESTO:**

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis – São Paulo.

41

ELOÍSA DA SILVA COSTA<sup>42</sup>

**RESUMO:** O escopo do presente trabalho encontra-se em apresentar a problemática da fetichização da Democracia e do fenômeno democrático dentro da construção social, bem como demonstrar como tal conceito ideal se ergue através da história enquanto um fenômeno em sua aparência, agindo como instrumento e mecanismo técnico de manutenção de um sistema ausente de coesão social e distante das liberdades individuais, erguendo-se através da legitimação de seus meios pelo próprio homem. Desse modo, a partir de uma perspectiva de pesquisa bibliográfica, tendo como base uma análise teórica de autores que estudam o fenômeno da Democracia e o indivíduo humano e seu papel, bem como sua atuação na história, como Ronald Dworkin, Wendel Antunes Cintra e, de forma complementar, Oliveira Viana, conteúdo ao qual se funda grande parte da obra de sua vida e a de autores como Marx, analisando através de teorias e fatos que abordam o tema em perspectiva temporais e históricas diferentes, trazendo para esse diálogo autores como Hegel, utilizando-se ainda do materialismo histórico dentro de um método histórico-dedutivo para que se possa compreender o contexto de construção social no qual se deu a Democracia e o seu contexto social, partindo ainda de uma reconstrução histórica do tema.

**Palavras-chave:** Democracia. Fenômeno democrático. Liberdades individuais.

**ABSTRACT:** The scope of the present work is to present the problematic of the fetishization of Democracy and the democratic phenomenon within the social construction, as well as to demonstrate how such an ideal concept rises through history as a phenomenon in its appearance, acting as a technical instrument and mechanism of maintaining a system absent from social cohesion and distant from individual freedoms, rising through the legitimation of its means by man himself. Thus, from a bibliographic research perspective, based on a theoretical analysis based on authors who study the phenomenon of Democracy and the human individual and their role, as well as their role in history, such as

---

41 E-mail: denisemodestodireito@gmail.com.

42 Professora Orientadora na Universidade Brasil, Curso de Graduação em Direito, Campus Fernandópolis. E-mail: eloisacosta14@gmail.com.



Ronald Dworkin, Wendel Antunes Cintra and , in a complementary way, Oliveira Viana, content on which a large part of his life's work and that of authors like Marx is founded, analyzing through theories and facts that approach the theme in different temporal and historical perspectives, bringing to this dialogue authors as Hegel, still using historical materialism within a historical-deductive method to understand the context of social construction in which Democracy and its social context took place, starting from a historical reconstruction of the theme.

**Keywords:** Democracy. Democratic phenomenon. Individual freedoms.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do panorama atual do fenômeno democrático concebido hodiernamente, vemos surgir um problema ontológico em seu discurso. Temos o desenvolvimento atual da Democracia enquanto ator de solução para os problemas sociais, políticos, econômicos. Jurídicos e culturais que são levantados ao redor do mundo, no entanto, essa visão da Democracia enquanto estado perfeito de governo do povo bebe de uma fonte muito perigosa a respeito do que pode se considerar enquanto participação popular.

Investigar as bases que transformaram a Democracia ao longo do tempo, é compreender como ela se instaura no mundo atual e por consequência, entender também seus problemas de atuação e efetividade. Trazer tal debate ao âmbito acadêmico é dar continuidade ao estudo desenvolvido por filósofos e juristas ao longo dos séculos na investigação de um sistema democrático de direito que melhor atenda às necessidades humanas e corresponda ao sentido de coletividade e de comunidade envolta no momento de sua fundação pelos atenienses.

Desse modo, diante de uma visão estrita do objeto ao qual se apetece a presente pesquisa, é que se levantam as seguintes questões: Como o que se tem por Democracia moderna se apresenta enquanto falseamento da realidade e indução do povo a um governo não-coletivista?

Assim, o presente trabalho será então desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica, com o intuito de utilizar o material existente a respeito do tema, bem como traçar um diálogo entre os autores de fundamental importância para a discussão do assunto a ser abordado, como Ronald Dworkin, Oliveira Viana, Amartya Sen, Bercovici e Boaventura de Souza Santos.

Enquanto método de abordagem entende-se que aqui se faz necessária a escolha do Dialético, tratando-se de uma apresentação de situações diversas e oponentes e o

choque de realidades para a demonstração de elementos conflitantes que nascem das mesmas, com a apresentação de fatos que se opõem como fonte de explicação de uma nova situação proveniente do embate, desse modo, será possível estabelecermos uma relação temporal e espacial do fenômeno democrático com a questão do homem enquanto sujeito ativo e formador de decisões dentro da coletividade.

## **2 COMENTÁRIOS A RESPEITO DA DEMOCRACIA E O SEU DEBATE FILOSÓFICO**

O mundo moderno parece ter deixado cair no esquecimento os alertas e questionamentos feitos por tais filósofos antigos a respeito da Democracia. Prefere-se pensar na Democracia enquanto um bem inequívoco, do contrário de compreendê-la como um sistema que só chega a ser tão efetivo quanto o sistema educacional que a envolve. Como resultado disso, têm-se a eleição de diversos tiranos e exploradores dos desejos humanos, bem como a deterioração dessa instituição em uma Demagogia (CINTRA, 2013).

É comum o entendimento de que o sistema democrático ao qual fazemos parte hoje, é fruto do que foi criado ainda na Grécia Antiga, concebendo-a e cultuando-a enquanto resposta aos anseios humanos por igualdade e justiça social. No entanto, quando se trata de analisar as similaridades entre a Democracia Ateniense e a Democracia Moderna, é possível observar de forma mais contrastante ainda as suas diferenças, de modo que, a Democracia Ateniense tratava-se de uma democracia direta, na qual as pessoas, coletivamente, enquanto indivíduos, tinha um voto em particular para tomar decisões em nome da nação. Já na Democracia Moderna, tem-se o que se considera enquanto um governo representativo, na qual são eleitos representantes, que estes irão tomar as decisões em nome da nação (CINTRA, 2013).

No que compreende tais fatos, os atenienses possivelmente nem mesmo reconheceriam atual conjuntura Democrática moderna enquanto Democracia, de fato. Nesse sentido, um ponto crucial é compreender como ocorreu tal mudança, para que se possa racionalizar a respeito de suas repercussões na sociedade atual, assim, na Grécia Antiga, filósofos como Platão e Sócrates criticavam a Democracia por entregar o poder da decisão de assuntos da nação a indivíduos que não eram capacitados para realizar tais reflexões críticas (PLATÃO, 2001).

Assim, ainda sendo observadas as construções históricas e as experiências romanas com a formação da República, a Democracia foi sendo moldada para abrigar em si a liderança daqueles representantes que eram escolhidos pelo povo, defendendo a ideia de que a ideia de um líder experiente para a tomada de decisões seria mais benéfica que estender essa responsabilidade àqueles que não tinham capacidade para tal (CINTRA, 2013).



No entanto, a crítica à Democracia que foi feita pelos antigos, continua a ser destacada desse sistema reformado, de modo que, se a crítica à democracia direta, formada pela tomada de decisão coletiva de indivíduos era embasada na sua inaptidão para formular um pensamento mais aprofundado e claro a respeito de tais decisões, afastando-o de uma decisão que liderasse para o bem estar da nação, do mesmo modo, a crítica à democracia moderna pode ser elencada em um modo ainda mais significativo, pois tal representatividade ainda é guiada pela escolha equívoca de tais indivíduos, tendo em vista que os mesmos continuam a mover suas ações a partir de um mundo sem a educação adequada para que se possa eleger um indivíduo que possa de fato representar a população.

Há evidentemente em tudo isto um grande equívoco, uma grande ilusão, que perturba a visão exata das realidades nacionais a todos esses descentristas e autonomistas, que são, afinal, aqui, todos os espíritos que se jactam de liberais e adiantados. Porque é preciso recordar, com Seeley, que a Liberdade e a Democracia não são os únicos bens do mundo; que há muitas outras causas dignas de serem defendidas em política, além da Liberdade - como sejam a Civilização e a Nacionalidade; e que muitas vezes acontece que um governo não liberal nem democrático pode ser, não obstante, muito mais favorável ao progresso de um povo na direção daqueles dois objetivos. Um regime de descentralização sistemática, de fuga à disciplina do centro, de localismo ou provincialismo preponderante, em vez de ser um agente de força e progresso, pode muito bem ser um fator de fraqueza e aniquilamento e, em vez de assegurar a liberdade e a democracia, pode realmente resultar na morte da liberdade e da democracia (VIANA, 1930, p. 97).

Desse modo, passa-se a criar da Democracia um mito, uma falsa realidade de que a mesma se desenvolve em um sentido de alcance das igualdades e liberdades humanas, mas se por um lado ela se ergue com o intuito de melhor realizar o que foi iniciado na Grécia Antiga, por outro ele ainda arrasta os mesmos vícios de seu conceito ancestral, trazendo para si uma nova ilusão de solução social, que em suma verte-se em utopia.

Apesar da crítica à Democracia Ateniense realizada pelos filósofos antigos ser fundamentada nas capacidades, ou melhor, incapacidades de escolha dos membros da sociedade na tomada de decisões em nome da nação, faz-se de fundamental importância compreender que a população ateniense, mesmo sob tais circunstâncias, era significativamente mais educada do que a nossa sociedade moderna, tendo em vista a

constante busca pelo saber travada pelos gregos, partindo ainda de sua participação ativa nas decisões sobre o Estado, a busca pelo justo e pelo conhecimento da política era algo que dominava a maior parte da população naquela era (CABRAL NETO, 1997).

## 2.1 Considerações sobre seus princípios e pretensões

Com o intuito de construir uma melhor fundamentação sobre o que é Democracia, bem como suas distinções, conceitos e pretensões, passa-se a utilizar como base fundante para a construção desse tópico do trabalho, o texto escrito por Ronald Dworkin.

Nesse sentido, o autor quando se debruça a analisar a questão travada entre o Constitucionalismo e a Democracia, debatendo as ideias que indicam uma subversão da Democracia pelo Constitucionalismo, o mesmo vem a traçar e elucidar um conceito do que é Democracia, bem como a sua distinção de outras definições que comumente são associadas a ela. E no que diz respeito a isso, Dworkin traz as seguintes palavras:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria *legítima*, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas *algum* tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia (DWORKIN, 2013, p. 2).

Assim, Dworkin ressalta que o próprio conflito entre a ideia da subversão da Democracia pelo Constitucionalismo é ilusório, no sentido de que, não há uma compreensão clara, em termos gerais, do que é Democracia quando se fala da mesma, isto é, o debate a respeito da Democracia é fundamentado a partir de visões também ilusórias sobre o que de fato a mesma representa.

Com isso, a partir da diferenciação que Dworkin faz entre Democracia e regra de maioria, percebe-se que a Democracia, em termos do que se tem por Democracia moderna, trata-se de uma legitimação dessa vontade majoritária, ou seja, depende ainda da validação social de determinada tomada de decisão, para além da escolha da maioria. E para ele, tais condições para que se possa estabelecer essa ideia de validação social, são fornecidas através das constituições, que age na promoção das garantias fundamentais e com o intuito de que mesmo uma escolha majoritária não venha a suprimir os direitos fundamentais de uma minoria.

Seguindo este pensamento, Dworkin discorre acerca de tais requisitos para a formação de uma democracia, tendo o posicionamento majoritário como algo incompleto para que a mesma possa ser possível. De modo que ele ainda acrescenta:

Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essências à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo (DWORKIN, 2013, p. 3).

Dando prosseguimento a essa questão, é possível compreender a complexidade do papel do indivíduo dentro dessa democracia moderna, de maneira que, esse papel que ocupa em tomar as decisões a partir de uma representatividade e não mais de forma direta como na antiga Grécia, mas agora de maneira indireta a partir de seus representantes, há de observar ainda a manutenção e promoção das garantias e direitos dos outros indivíduos humanos.

Assim, percebe-se que dentro do sistema democrático moderno, perde-se a antiga ideia de uma democracia que se ergue enquanto união da coletividade ou força e escolha individual de cada pessoa a respeito dos problemas que se referem a nação. Mas o povo passa a ocupar um papel de figurante, que resulta de sua "incompletude" (CINTRA, 2013, p. 54).

Ainda sobre a democracia, Dworkin vem salientar o que a mesma vem a significar dentro de seu aspecto coletivo:

A democracia, como quase todas as outras formas de governo, envolve uma ação coletiva. Dizemos que numa democracia o governo é do povo: queremos dizer que o povo faz coisas coletivamente – escolhe líderes, por exemplo – que nenhum indivíduo faz ou pode fazer sozinho. Existem dois tipos de ação coletiva, contudo – estatística e comunitária – e nossa concepção das pré-condições essenciais da democracia mudarão segundo cada tipo de ação coletiva acharmos que um governo democrático requer. A ação coletiva é estatística quando o que o grupo faz é apenas uma questão de alguma função, rudimentar ou específica, a qual os

membros individuais do grupo exercem para si próprios, ou seja, sem qualquer noção de fazer algo como um grupo (DWORKIN, 2013, p.3).

Nesse sentido, podemos perceber que o que Dworkin retrata enquanto ação coletiva estatística, é o que obtemos hoje dentro do sistema que compreende a Democracia moderna. De modo que, não o cultivo de uma noção de coletividade, ou de ações voltadas para um pensamento comum.

A Democracia em seus primórdios se voltava para a promoção de uma unidade de povo, não em um conceito fictício, como abordado por Cintra (2013), mas parte de uma noção de consciência coletiva, despertada com o intuito de se pensar não apenas a partir do eu, mas a partir do bem comum.

Tem-se, desse modo, uma ampliação do conteúdo que abarca a feitura das normas e dos ordenamentos, para além do que se considera Estado Democrático de Direito, essa visão de povo enquanto coletividade legítima uma convivência humana de não-coercitividade, no sentido da não imposição da vontade de uns sobre os outros, mesmo que seja a vontade da maioria.

### **3 AS EXPECTATIVAS SOBRE A DEMOCRACIA MODERNA E A SUA FETICHIZAÇÃO**

Espera-se da Democracia uma fonte inacabável de justiça social e toma-se tal instituição por uma cura de todos os males quem podem vir de uma sociedade doente. No entanto, importa compreender Democracia como um instituo que também está carregado de seus próprio vícios e problemas, que anseiam resolução na medida em que se propõe a realizar uma transformação social.

Nesse sentido, a promoção de uma Democracia baseada em uma ação coletiva comunitária (DWORKIN, 2013), é o que nos pode proporcionar uma reflexão possível a se obter uma real forma de cidadania, bem como de participação social.

Para Marx (2015, p. 37), "a emancipação política não implica em emancipação humana", de modo que, ele ainda nos afirma que "toda emancipação é a redução do mundo humano, das relações, ao próprio homem" (MARX, 2015, p. 51).

Isto é, assim como a Democracia se propões a ser instrumento de emancipação humana, a mesma cumpre apenas o seu papel enquanto emancipador político do indivíduo humano. Com isto, a cidadania então emerge enquanto ponto muito importante das liberdades do capitalismo moderno, porém atua de forma extremamente limitada. Não somos realmente livres.

O que nos é hoje assegurado enquanto cidadania, partindo do conceito de Democracia moderna, vindo ainda de garantias conquistadas tardiamente e herdadas da Revolução Francesa, se volta para o conceito do que Marx (1985) nos fala enquanto falsidade da realidade, pois se apresenta enquanto ideia e acaba por nos trazer uma falsa noção de participação da sociedade, tendo em vista que ela não se apresenta de modo efetivo, a partir do momento em que o indivíduo humano está inserido nessas relações sociais enquanto objeto de direitos.

### **3.1 A contradição histórica da democracia no mundo moderno**

Hodiernamente, pra se falar de democracia, não se fala de democracia, se fala de Estado de Direito, enfatizando a forma de como o próprio discurso jurídico acaba se ligando intimamente ao discurso político, havendo uma certa confusão entre os mesmos, chegando ao ponto de uma polarização partidária, na qual a busca e a luta por direitos se dão apenas por uma concepção partidária.

Não podendo se fundar em determinado truísmo como ponto de partida metodológico dentro de uma abordagem da Democracia como forma política, tratando-se acima de tudo, de buscar tratar da especificidade de cada esfera. Dentro dessa perspectiva, enquanto a moral se apresenta enquanto aspecto singular, a ética se demonstra enquanto patamar mediador entre a atividade do homem individual, mediações sociais e uma esfera universal que vai se caracterizar enquanto Estado.

A Democracia então, ao mesmo tempo em que assume um papel de representatividade humana e, portanto, traz consigo a realidade factual construída, o modo pelo qual essa realidade vai se operar só é possível até certo ponto.

Marx (2015) ao tratar sobre a Revolução Francesa, ressalta que a mesma já havia promovido um grau de emancipação, a qual se caracterizou enquanto a separação do Estado e da religião, no entanto, ele percebia essa emancipação enquanto incompleta e irreal, representando, além de tudo, os interesses burgueses e o próprio capitalismo.

O homem então passa a se tornar produto de si mesmo, dando início ao processo de objetificação do indivíduo, tendo na exploração do trabalho o principal mecanismo dessa estrutura de complexos. No entanto, partindo da grande quebra social causada através da Revolução Francesa, que, apesar de atuar em prol de um sistema ainda fundado em atar o indivíduo com suas próprias correntes, ele nos deu a oportunidade de atingir uma concepção de que o homem poderia sim atuar de forma ativa dentro de sua própria história.

Nesse sentido, Netto ainda nos afirma que, “o que interessa é que o estabelecimento do mundo burguês abriu uma etapa de desenvolvimento sócio-humano que, previamente, sequer seria vislumbrada” (NETTO, 2006, p. 11-12).

Desse modo, podemos pensar então, que a partir desse passo inicial que foi dado com a Revolução Francesa, e através da “questão da revolução proletária” (NETTO, 2006, p. 11) que foi ascendida após ela durante o século XIX, dá-se início a uma nova etapa dentro da construção histórica do homem, na qual, através da luta de classes, cria-se uma consciência social do lugar do indivíduo a história.

Essa consciência de classe é o primeiro passo na busca pela emancipação humana dentro da sociedade, tomando o ser humano enquanto indivíduo humano e ativo dentro do seu processo de construção social, sendo ele parte da natureza e agindo a partir dela (MARX, 1985).

#### **4 O QUE NOS LEVA A IDEALIZAR UM CONCEITO IRREAL DE DEMOCRACIA?**

Seguindo uma visão em que esse complexo entendimento a respeito da Democracia, nesse sentido de Democracia moderna, atuante a partir de uma ação coletiva estatística (DWORKIN, 2013), ela atua enquanto instrumento, torna-se um mecanismo de alienação e reificação do sujeito, que se funda no modo de ocultar a opressão da maioria pela minoria e, desse modo, a própria objetificação do sujeito e desconsideração da particularidade do ser.

Nessa perspectiva, temos uma concepção de uma relação social que se funda dentro de um sistema capitalista com base nessas concepções mercantis de um processo de afastamento do valor de uso, agindo de forma a transformar uma sociedade, afastando-a de suas características iniciais, fazendo do objeto mercadoria.

Da mesma forma, o homem, através de sua transformação dentro desse processo capitalista pelo qual perpassa a sociedade civil burguesa, perde o seu valor, havendo uma derrelição, abandono de sua particularidade enquanto ser social e separação de suas características enquanto sujeito ativo à destinatário de direitos, observando a categoria do direito como forma de expressão da categoria econômica.

Então, dentro dessa estratificação social, o indivíduo humano, dentro desse conceito de Democracia enquanto cumpridora de uma função específica (DWORKIN, 2013), passa a ser uma engrenagem de uma linha de montagem maior, motivo pelo qual ele perde o controle sobre a própria produção, o que se caracteriza enquanto a alienação do trabalhador, aliada a reificação do mesmo, que se dá através de um processo de coisificação do homem, transformando-o em *res*, a partir do momento em que no mundo moderno, tudo passa a ser mercadoria (MARX, 2015).



#### 4.1 O que nos sobra pensar sobre o papel do indivíduo humano na construção histórica

Partindo de uma ideia na qual as vontades dos indivíduos venham a partir de uma perspectiva da sociedade primitiva, que ainda preserva suas barreiras naturais, podemos fundar uma ideia pura de Estado enquanto a própria reunião das vontades dos indivíduos.

A partir de um momento em que temos uma sociedade autogestionada e capaz de ser suficiente e operar por si mesma, desvinculando-se de mecanismos que ocultam os atributos capazes de fazer com que o homem se veja enquanto ator e autor dentro da sua própria história, podemos então ver o momento real do ser social (LUKÁCS, 2013) e a atuação de uma práxis social real.

Seguindo esse posicionamento, também podemos concluir que, segundo assinalou Hegel em seu livro a Filosofia do Direito:

O Estado é a efetividade da ideia ética, - o espírito ético enquanto vontade substancial *manifesta*, nítida a si mesma, que se pensa e se sabe e realiza o que sabe e na medida em que sabe. No *costume*, ele [O Estado] tem sua existência imediata e, na *autoconsciência* do singular, no saber e na atividade do mesmo, a sua existência mediata, assim como essa, mediante a disposição de espírito nele [no Estado], como sua essência, seu fim e seu produto de sua atividade, tem sua *liberdade substancial* (HEGEL, 2010, p. 229).

O Estado então se funda numa construção que se dá a partir das consciências individuais e dos espíritos humanos, como uma grande nuvem que acolhe estes pensamentos humanos e o que pode ser concebido como momentos do ser social, de modo que, que surge no mesmo momento em que nasce essa *autoconsciência* humana. Desse modo, atribui-se uma ideia de uma imanência do sujeito.

A partir dessas observações, surge o materialismo histórico, que posteriormente criará espaço para o surgimento do materialismo dialético, funda-se na práxis política e teórica, na própria teoria como critério da práxis, sua principal característica então se encontra no fato de ser "uma ciência que não só inspira a ação política, mas também busca verificação na prática, desenvolvendo e crescendo através da própria prática política" (ALTHUSSER, 1953, p. 10).

Nessa perspectiva, Marx (2007) vai se pautar através de um viés da contradição (alienação) trazida pelo sistema capitalista e da apresentação da luta de classes como base

para a construção de um sujeito que, a partir da consciência de classe, possa tomar o seu lugar a sociedade e reconhecer o seu espaço enquanto sujeito humano ativo dentro de sua própria história.

Assim, assume-se o conceito do determinismo econômico, isto é, retoma-se aqui a ideia do complexo categorial da economia enquanto aspecto prioritária no controle das relações humanas dentro da sociedade enquanto civil burguesa, compreendendo então as relações sociais enquanto relações de produção, uma vez que todas essas relações irão derivar de um fator econômico determinante.

Funda-se então o apontamento das relações sociais enquanto desdobramentos e continuidade das relações de produção existentes na sociedade.

Desse modo, identificamos uma construção da materialidade da criticidade do ser, dentro da perspectiva de um materialismo histórico, do sujeito enquanto consciente da práxis social e pensando através de um cientificismo. A partir da dialética, podemos observar a aplicação de tal materialismo histórico a partir de cinco passos que Marx (2007) vai considerar enquanto fundadores da historicidade humana, sendo o primeiro o fato de que os homens devem estar em condição de viver e fazer história, dentro da qual a primeira realidade histórica é a produção da vida material.

Assim, de modo conclusivo, como nos afirma Dworkin, podemos conceber que:

Se adotarmos uma concepção estatística da democracia, então devemos refletir sobre as pré-condições da democracia no seguinte sentido. O fato nu e cru de que uma maioria ou pluralidade de pessoas favoreça uma decisão ao contrário de outra não proporciona, apenas por si só, mais legitimidade – não oferece uma razão moral convincente justificando a coerção da minoria, a qual pode ter sido seriamente posta em desvantagem pela decisão. [...] Um voto da maioria não alcança a legitimidade requerida a menos que, primeiro, todos os cidadãos tenham a independência moral necessária para participar da decisão política como agentes morais livres, e a menos que, segundo, o processo político seja tal que trate todos cidadãos com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2013, p. 5-6)

De fato, é preciso repensar a Democracia enquanto instrumento não perpetuadora da alienação e reificação humanas, mas sim enquanto mecanismo de poder coletivo e representação do povo enquanto grupo, sendo respeitadas essas considerações e necessidades dos indivíduos em particulares.

Para isso, se faz fundamental a construção de um sistema educacional que tenha por fundamento a construção de um senso político e que parta do estímulo do pensamento reflexivo, para que cada indivíduo possa despertar a consciência necessária para pensar sobre os assuntos humanos e sobre os problemas do Estado enquanto questões intrinsecamente ligadas a ele mesmo. De modo que, a “democracia deve ser algo maior do que apenas dois lobos e uma ovelha votando no que se deve ter para o jantar” (BOVARD, 1994, p. 333, trad. livre)

## **5 CONCLUSÃO**

Ao final e de forma apenas para encerrar o trabalho, pois o debate continua de forma mais abrangente enquanto sentido científico e filosófico, percebe-se que o tema da Democracia no mundo moderno é extremamente complexo e ao analisarmos de um viés histórico e ontológico, no sentido de compreendermos como a mesma se desenvolveu ao longo do tempo, torna-se ainda mais espinhoso.

Assim, podemos compreender que a Democracia não adquire uma qualidade de positiva ou negativa em si, mas a sua modelação através da história, bem como a sua adaptação a outros moldes sociais vai transformando-a em algo que acaba por restringir e limitar o indivíduo humano.

É inegável os avanços trazidos pela democracia num contexto social e de promoção dos direitos humanos no mundo moderno, bem como das garantias fundamentais e das liberdades individuais. No entanto, é de fundamental importância considerar que a forma como essa democracia se apresenta hodiernamente, implica em uma ilusória noção de participação do povo.

Desse modo, o que temos agora enquanto Democracia moderna, reflete uma ação coletiva estatística que visa das respostas imediatas a problemas imensuravelmente mais profundos, de maneira que age a partir de um falseamento da realidade, porque se de um lado obtivemos uma maior oportunidade de garantia de direitos através da instauração dos governos democráticos, por outro lado, ao longo do tempo esses governos vão cada vez mais se afastando de uma ideia de coletividade efetiva, ou seja, do intuito de uma construção e promoção da emancipação humana, e não tão somente emancipação política.

É necessário reviver e trazer à tona o pensamento dos antigos filósofos a respeito da Democracia enquanto decisão coletiva consciente. De modo que, é necessário, para que se alcance uma real representação do povo dentro desse sistema de governo, uma

promoção da consciência política, social, econômica e histórica de tais indivíduos humanos, para que suas ações de escolha e voto dentro desse sistema não sejam mal guiadas.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **For Marx**. New York: The Penguin Press, 1969.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOVARD, James. **Lost Rights: The Destruction of American Liberty**. New York: St. 1994.

CABRAL NETO, Antônio. Democracia: velhas e novas controvérsias. **Estudos de Psicologia**. Natal - RN, v. 2, n. 2, p. 287-312, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CINTRA, Wendel Antunes. **Qual democracia? O governo do povo no pensamento político brasileiro (1914-1945)**. 2013. 212 f. Tese (Doutorado em Ciência Política)– Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. Trad. por Emílio Peluso Neder Meyer, v. 9, n. 02, 2013. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, 1995.

FERNÁNDEZ, Luis Gil. **Sobre la democracia ateniense**. Librería-Editorial Dykinson, 2011.

FORDE, Steven. **The Ambition to Rule: Alcibiades and the Politics of Imperialism**. Cornell University Press, 2019.

GOTTLIEB, Anthony. **Socrates**. São Paulo: UNESP, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da história**. Brasília: EDU-UnB, 2008.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito** (Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio). Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo – RS: Ed. Unisinos/Unicap/Loyola, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2012.

LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social II**. São Paulo: Boitempo. 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. Trad. José Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985.

\_\_\_\_\_. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

\_\_\_\_\_. **Sobre a questão judaica**: Inclui as cartas de Marx a Ruge publicadas nos Anais Franco-Alemães. Boitempo Editorial, 2015.

NETTO, José Paulo. **O que é Marxismo**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

PLATÃO, **A República**. Trad., introd. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

SILVA, Lucas Trindade da; PARANÁ, Edemilson; PIMENTA, Alexandre Marinho. A dupla superação do "Sujeito" pela crítica marxista da economia política. **Lutas Sociais**, v. 20, n. 37, p. 23-36.

VIANA, Oliveira. **Problemas de Política Objetiva**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1930.

## O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DE SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA LEI Nº 12.234/2010

**LUCAS RABELO DORNELES VIEIRA**<sup>43</sup>:  
Acadêmico do curso de Direito do Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

**RESUMO:** Este trabalho tem como sustentação os resultados colhidos em uma pesquisa bibliográfica, tendo como objetivo a análise da prescrição penal a partir da Lei nº 12.234/2010 e seus conceitos coadjuvantes. Utilizou-se de análise documental de artigos e demais trabalhos acerca da regulamentação nacional que remete ao tema prescrição penal, no período compreendido entre os anos de 2010 a 2020. As fontes literárias foram livros e artigos, disponibilizados em meio eletrônico e físicos, com temática específica sobre a prescrição penal no âmbito da legislação brasileira. Frente à complexidade desse tema, é possível denotar que o debate acerca deste assunto ganhou relevância e destaque com a revisão da prisão em segunda instância por parte do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, verifica-se que a prescrição penal se alicerça sobre outros sistemas e dispositivos de punibilidade, logo, falar de prescrição requer partir para seu outro extremo, que é a punição, pois é dela que são oriundas as mais diferentes estratégias institucionais de controle e vigilância dos indivíduos. Ficou demonstrado que a prescrição penal é produzida por orientações coletivas, reforçadas não somente em regulamentações oficiais, mas também por diferentes práticas sociais que enfatizam ações jurídicas, e, por isso, a prescrição penal não pode ser entendida separadamente das práticas de punibilidade decorrentes da ação penal cabível.

**Palavras-Chave:** Prescrição; Penal; Punição.

**ABSTRACT:** This work is supported by the results collected in a bibliographic research, with the objective of analyzing the criminal prescription from Law nº 12.234/2010 and its supporting concepts. Documentary analysis of articles and other works about national regulations that refer to the criminal statute of limitations was used, in the period between 2010 and 2020. The literary sources were books and articles, available in electronic and physical media, with thematic on the criminal statute of limitations under Brazilian law. Faced with the complexity of this issue, it is possible to denote that the debate on this subject has gained relevance and prominence with the review of the arrest in second instance by the Federal Supreme Court. In this sense, it appears that the criminal prescription is based on other systems and devices of punishment, therefore, talking about

---

<sup>43</sup> E-mail: [Luc4z15@gmail.com](mailto:Luc4z15@gmail.com). **Artigo escrito sob a orientação de Ednan Galvão Santos:** Advogado e Professor universitário. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorando em Filosofia pela Universidade do Porto (Portugal).



prescription requires going to its other extreme, which is punishment, since it is from this that the most different institutional control strategies come from. and surveillance of individuals. It was demonstrated that the criminal prescription is produced by collective guidelines, reinforced not only in official regulations, but also by different social practices that emphasize legal actions, and, therefore, the criminal prescription cannot be understood separately from the practices of punishment resulting from the action penal applicable.

**Keywords:** Prescription; criminal; Punishment.

## 1 INTRODUÇÃO

O conteúdo disposto no presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo primário demonstrar os efeitos jurídicos e as consequências diretas da prescrição penal no direito brasileiro. A escolha pela análise dessa matéria se deu em decorrência da sua importância e relevância social. Com isso, buscou-se um melhor entendimento dos diferentes sentidos da prescrição penal a partir da Lei nº 12.234/2010 alojados na estrutura jurídica brasileira.

Foi necessário reunir um conjunto de documentos oficiais, textos, artigos, dissertações e anotações de seminários, palestras e conferências sobre este tema, o que gradativamente configurou a explicitação dos propósitos investigativos do estudo em tela.

A problematização desse trabalho se debruçou em analisar a Lei nº 12.234/2010, como um movimento de contradições e paradoxos, como um dos mecanismos de poder que controla, normatiza e pune os indivíduos. Deixa evidente, na medida do possível, que a mudança na legislação está na ordem da lei e que sua reprodução também é controlada, selecionada e redistribuída por procedimentos que apontam para sua busca de eficiência.

Em sua delimitação, enquanto vinculação ao projeto investigativo já enunciado, decidiu-se, como recorte, dimensionar a Lei nº 12.234/2010, sobre prescrição penal no Brasil, no período compreendido entre os anos de 2010 a 2020, tendo como foco as nuances dessa legislação. Nesse sentido, cabe salientar que, no dia 06 de maio de 2010, entrou em vigor a Lei 12.234/2010. Referida lei apresenta apenas quatro artigos, mas que alteram consideravelmente algumas modalidades de prescrição no Direito Penal brasileiro, alterando, assim, os artigos 109 e 110 do Código Penal.

No que tange ao conceito de prescrição, pode-se dizer que é uma das modalidades de extinção da punibilidade. É de conhecimento que o Estado tem o poder de punir. Assim sendo, na medida em que ocorre uma infração penal, surge para o Estado a

responsabilidade de investigar e logo em seguida punir com o menor lapso de tempo o autor dessa conduta.

Atualmente a legislação brasileira prevê quatro modalidades de prescrição, sendo três delas relacionadas à prescrição da pretensão punitiva (PPP) – quais sejam: prescrição em abstrato (ou propriamente dita), prescrição intercorrente (ou interveniente) e prescrição retroativa – e uma de prescrição da pretensão executória (PPE), que ocorre quando o Estado perde o poder punitivo em decorrência do tempo, a execução de uma pena já aplicada.

Espera-se que os resultados deste estudo possam subsidiar novas pesquisas que contribuam para melhoria do sistema jurídico penal, além de oferecer elementos de análise de políticas públicas nesta área.

## **2 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESCRIÇÃO PENAL**

Haja vista que o presente artigo se esmera em analisar a função constitucional do instituto da prescrição penal, se faz necessário evidenciar, neste primeiro momento, que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, não discorre sobre a prescrição propriamente dita, isto é, não apresenta a “missão” dessa possibilidade de extinção da punibilidade e tampouco discorre sobre as suas modalidades, supramencionadas.

Dessa forma, para alcançar o entendimento do que vem a ser a função constitucional da prescrição penal, importa fazer o caminho inverso e esclarecer que a CRFB/88 prevê quais são os crimes imprescritíveis, são eles: “a prática do racismo” (Art. 5º, XLII) e “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (Art. 5º, XLIV).

Diante disso, é válido salientar que aqueles previstos também no Art. 5º, mas no inciso XLIII, não fazem parte do rol de crimes imprescritíveis, visto que a CRFB/88 somente os considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, quais sejam: “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Ante a previsão, no Art. 5º da CRFB/88, de quais crimes são imprescritíveis, tem-se duas constatações: a primeira é de que a imprescritibilidade de tais condutas expressa a preocupação do legislador em proteger determinados direitos fundamentais, à título de exemplo, veja-se:

(...) a determinação constitucional expressa de que o racismo deve ser criminalizado (art. 5º, XLII) visa à **tutela do direito fundamental à igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana**. Esse

sentido é reforçado pelo art. 5º, XLI, que determina: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (Tavares, 2012, p. 352. Grifo nosso).

A segunda, por sua vez, é de que a prescrição – a perda do direito de punir ante a inércia do Estado, também é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e diz respeito à necessidade de preservação da segurança das relações sociais, vez que não seria coerente admitir que o Estado pudesse, como regra, punir um indivíduo em qualquer momento, não considerando o tempo transcorrido desde o cometimento de determinada conduta criminosa.

Daí que, em se tratando da função constitucional da prescrição, depreende-se que visa evitar que os indivíduos se tornem reféns da punição estatal (evita a eternização da persecução penal), além de incentivar, por exemplo, que o Ministério Público cumpra com os seus encargos em tempo oportuno.

Interessa mencionar que a doutrina entende que o tempo é o elemento crucial para justificar o instituto da prescrição, assim escreve Magalhães Noronha:

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração. (2001, p. 362)

Magalhães Noronha conclui o seu raciocínio explicando que “é indisfarçável que, ao menos aparentemente – e, portanto, com reflexos sociais nocivos – a pena tão tardiamente aplicada surgiria sem finalidade, e antes como vingança”. (2001, p. 362)

Do exposto, sem adentrar às teorias que explicam a aplicação da prescrição (teoria do esquecimento, da expiação moral, da emenda e teoria psicológica), infere-se que a CRFB/88 ao dispor apenas sobre as exceções à regra de prescritibilidade da pena, defendeu o direito de a pessoa que praticara conduta criminosa, não tendo sido devidamente punida no tempo previsto, se portadora de conduta reta e não mais reincidente, não se torne mero objeto de vingança estatal.

Não se pode esquecer, igualmente, que a inércia estatal que culmina na prescrição em estudo não se confunde com a renúncia ao direito de ação, uma evidência disso é a alternativa de ajuizamento da ação penal subsidiária da pública, ocasião em que não tendo o Ministério Público ajuizado a ação penal no prazo cabível, abre-se a possibilidade de a própria pessoa ofendida apresentar a denúncia. (TEIXEIRA, 2016)

A prescrição do direito de punir configura-se como verdadeira garantia processual penal, neste sentido, Morais leciona que o Direito Penal é instrumentalizado por meio do Processo, que fora dele “não tem realidade concreta” (2018, p.24). Nesta senta, Aury Lopes Júnior (2016,) postula que o processo penal é o caminho necessário para a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (...) à estrita observância de uma série de regras que compõe o processo penal.

O processo penal é regido pelo princípio da garantia do “devido processo legal”, que pode ser compreendido como um conjunto de garantias mínimas que devem ser observadas com o intuito de promover a seguridade dos direitos inerentes a toda pessoa humana, bem como efetivar os direitos e garantias constitucionais que são inerentes à condição de justiça.

Neste aspecto, o Processo e o Direito Penal, triangulados com a garantia de prescrição não devem mais ser visto com um instrumento do poder punitivo, mas sim um limitador do *jus puniendi*, e também, com um escudo que garante o indivíduo a ele submetido. (LOPES JÚNIOR, 2016)

Aury Lopes Júnior, explica ainda que “o processo penal é um caminho necessário para se chegar legitimamente à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo do caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionais asseguradas”. (2016, p. 34)

Destaca-se por oportuno, ante todo o exposto, que a função constitucional da prescrição penal de forma alguma diz respeito a qualquer pretensão de impunidade de eventuais responsáveis por condutas delitivas, colocando em perigo o conceito de justiça, pelo contrário, o que se buscou foi evitar condenações injustas, desprovidas de material probante suficiente e sem máculas, além de incentivar o Estado a proceder com dedicação ao que lhe cabe quando das investigações, oferecimento de denúncias e o exercício de seu direito de punir.

Adiante se serão examinadas as características da pretensão punitiva conferida ao Estado, tal como os limites legais de tal pretensão.

### **3 POSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO PUNITIVA**

Pois bem. Ainda que se considere o fato de o ente estatal ter tomado para si a prerrogativa do direito punitivo, onde trouxe para si todas as responsabilidades pertinentes à persecução penal, a referida entidade teve o cuidado de condicionar esse poder, por meio da instituição no ordenamento jurídico, das causas que possibilitam a extinção do poder punitivo.

Tais causas extintivas da punibilidade, como estão descritas, tem previsão no rol não taxativo do artigo 107 do Código Penal. Sendo a inicial, o óbito do agente, que se fundamenta no princípio *mors omnia solvit*, que significa dizer que após a morte do agente delituoso tudo é apagado ou dissolvido, considerando a impossibilidade de aplicação da sanção penal a quem for descendente do praticante do ato ilícito, em que pese o princípio constitucional de que nenhuma pena será transferida para outrem.

Outras formas de extinção da punição são a anistia, o indulto e a graça. A anistia decorre por meio de lei, onde o ato ilícito é eliminado, o indulto, se caracteriza por excluir somente a possibilidade de punição de um aglomerado de agentes condenados e não o ato ilícito, no caso da graça, a exclusão da punição, é dada de forma total ou parcial para um agente determinado.

Outra forma extintiva da pena é a *abolitio criminis*, ou retroatividade legal. Essa teoria não entende um fato criminoso como tal, e se encontra amparada no artigo 107 inciso III, no Código Penal.

A possibilidade é extinta ainda, por meio da prescrição, pela decadência, que se faz pela perda, pelo não cumprimento do prazo legal, da ação penal privada ou da representação, e pela forma peremptória, ou seja, por meio de uma sanção aplicada ao ente por omitir a promoção de ato que lhe compita, durante um período de tempo determinado, estando tal princípio baseado no artigo 60, da Lei Penal.

Além disso, repiso, o elenco do artigo 107 do Código Penal, não é taxativo, sendo possível encontrar em dispositivos diversos, outras causas que extinguem a punibilidade, tais como o ressarcimento do dano no peculato culposo (artigo 312, parágrafo 3º, Código Penal) e o cumprimento do período de prova no livramento condicional (artigo 90, Código Penal), e, ainda, em leis especiais, veja-se, pois, a extinção de punibilidade no *sursis* processual (artigo 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95).

A questão da prescrição em vigência no sistema jurídico penal brasileiro, tem sua fundamentação baseada em três fundamentos: O decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), reeducação do apenado e negligência da autoridade.

Após a transcurso temporal, é considerada a inexistência de interesse por parte do Estado em solucionar um fato ocorrido há muito tempo, ou de punir o agente. As prevenções gerais e específicas provenientes da resposta emitida por meio da aplicação da pena, com o passar dos anos, perde a validade e eficiência.

Denota-se que a prática de novo ato delituoso pelo apenado determina a não reeducação do mesmo, porém, se após o primeiro delito não é cometido um segundo, tem-se a presunção da correção do agente. Dessa forma, o transcurso temporal sem que haja reiteração delituosa faz se presumir a capacidade do agente em ser reintegrado ao convívio social, não existindo mais a razão para a imposição de sanção em decorrência do primeiro ato infracional. A fundamentação dessa análise encontra-se em texto do Código Penal, no artigo 117, inciso VI, que dá previsão de interrupção da prescrição da pretensão executória por meio de reincidência.

A jurisdição penal trata da inércia da autoridade pública, no exercício do jus persecuendi in iudicio ou do jus executionis, por meio da punição no decurso do prazo prescricional. Ou seja, é uma punição para atos de negligência do ente estatal. Esse preceito foi reafirmado na reforma do Código Penal no ano de 1977, através da lei nº. 6.416/77, que deu previsão na legislação brasileira para a prescrição retroativa, com punição na mora do trâmite processual criminal com a eliminação da pretensão executória da pena principal, com base no parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal.

A prescrição só tem poder de extinção da pretensão punitiva ou executória, não recaindo sobre a tipicidade e antijuridicidade do fato. No mesmo sentido, a prescrição não exclui o juízo de culpabilidade. Em face dela, o fato subsiste típico e ilícito, e autoria de um agente com eventual culpa. A possibilidade legal de imposição penal, no entanto, é extinta pelo decurso do tempo.

Sabe-se que a prescrição penal conceitualmente pode variar segundo o doutrinador jurídico. Dessa maneira, optou-se em apresentar algumas abordagens acerca dessa conceituação.

Fragoso (1992, p. 403) entende que: “prescrição é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido. A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou o seu direito à execução da pena imposta”.

Por conseguinte, pode-se dizer que a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória do Estado, que extinguirá o *ius puniendi* em concreto, em virtude do transcurso do tempo, sendo matéria de ordem pública que não pode ser renunciada pelo acusado. A prescrição pode ocorrer no momento da pretensão punitiva ou na fase da pretensão executória, dependendo de sua espécie. Com a prescrição se impede que com



o transcurso de determinado lapso temporal se efetive a pretensão punitiva ou a pretensão executória contra a pessoa.

É importante salientar que esse fenômeno chamando pretensão punitiva tem sua gênese atrelada a ocorrência de um crime, surgindo nesse momento para o Estado o *ius puniendi*. Cabe, no entanto, lembrar que as exceções previstas no art. 5º, incisos XLII (prática de racismo) e XLIV (ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) da Constituição Federal, a pretensão punitiva não pode eternizar-se.

Sabendo-se que a legislação penal brasileira estabelece critérios que limitam o exercício do direito de punir do estado, a partir da fixação de um lapso temporal dentro do qual poderá a pena ser perseguida e/ou executada, o qual varia de acordo com a gravidade do crime e a sanção aplicada, conforme art. 109 do Código Penal.

Como foi dito sistemática legal do Código Penal distingue duas espécies de prescrição: a 1) prescrição da pretensão punitiva (PPP), também conhecida impropriamente como *prescrição da ação penal*, que ocorre antes do trânsito em julgado, devendo ter como efeito a cessação da persecução penal ou a declaração de impossibilidade de seu início; e a 2) prescrição da pretensão executória (PPE), impropriamente conhecida como *prescrição da condenação* ou *prescrição da pena*, que se dá após ao trânsito em julgado da condenação. Nesta última, o Estado perde o dever-poder de executar a sanção imposta na decisão definitiva. A prescrição da pretensão punitiva possui três espécies expressamente previstas: I) prescrição pela pena de prisão máxima em abstrato (art. 109, *caput*, do Código Penal); II) prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, do Código Penal); e III) prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do Código Penal).

### **3.1 A relevância da teoria prescritiva no direito penal brasileiro**

A Prescrição é uma ferramenta jurídica, por onde o poder estatal perde o direito punitivo sobre o agente delituoso ou de executar o ato punitivo, pelo não exercício em determinado prazo de tempo, tudo isso com previsão dada pelo Código Penal em seus artigos 109 e 110, que determina a perda por parte do ente estatal do direito punitivo, fazendo com que venha a ocorrer a extinção da punibilidade, pois esta para ser realizada deve satisfazer todos os requisitos, onde o ente estatal deve agir conforme os prazos determinados.

Nesse sentido têm-se as seguintes determinações:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 deste Código Penal Brasileiro, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:  
I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é superior a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação alterada pela lei 12.234/10 de 5 de maio de 2010)

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais aumentam de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente.  
Parágrafo 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial, data anterior a da denúncia ou queixa. (Redação alterada pela lei 12.234/10 de 5 de maio de 2010)

Parágrafo 2º A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

A prescrição se coloca como uma ferramenta jurídica de grande importância para a legislação penal brasileira, pois o legislador não pode buscar a vida inteira apenas um ente em decorrência da prática de um ato delituoso cometido em uma determinada época, ou seja, um delito praticado no passado, considerando que o tempo por si só tem o poder de corrigir a pessoa do apenado, impossibilitando que este perpetue um fato em desvantagem ao apenado.

No transcorrer do tempo foram surgindo várias bases de fundamentação justificando a necessidade do instituto da prescrição, com destaque para o esquecimento relativo à infração penal, a supressão da necessidade de exemplificação junto à sociedade, a perda e dispersão das provas, além do fator de tranquilidade para aquele que praticou uma infração penal há anos atrás, pois um erro cometido no passado não pode perdurar e perseguir o autor da infração para sempre.

Conforme descrever Greco (2009), a prescrição penal é um instituto jurídico pela qual o Estado, por não ter apresentado capacidade de fazer valer o seu poder punitivo em determinado espaço de tempo determinado legalmente, fez com que ocorresse a extinção da possibilidade de punição.

Bitencourt (2002, p. 176), ensina que: *"Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do início."*

Como pode ser visto, existem controvérsias quanto à natureza jurídica recaída sobre a prescrição penal. A Legislação Penal brasileira dá duas previsões para a questão, a primeira é a punição e a segunda a execução da punição do agente delituoso, sendo assim, surgem as duas formas principais da prescrição, sendo a pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

### **3.2 Tipos de prescrição no processo penal**

A sistemática legal do Código Penal distingue duas espécies de prescrição: a 1) prescrição da pretensão punitiva (PPP), também conhecida impropriamente como *prescrição da ação penal*, que ocorre antes do trânsito em julgado, devendo ter como efeito a cessação da persecução penal ou a declaração de impossibilidade de seu início; e a 2) prescrição da pretensão executória (PPE), impropriamente conhecida como *prescrição da condenação* ou *prescrição da pena*, que se dá após ao trânsito em julgado da condenação prescrição da pretensão punitiva possui três espécies expressamente previstas: I) prescrição pela pena de prisão máxima em abstrato (art. 109, *caput*, do Código Penal); II) prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, do Código Penal); e III) prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do Código Penal).

O Código Penal Brasileiro adota dois grandes grupos de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão executória e prescrição da pretensão punitiva, sendo cinco modalidades de prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro: a) prescrição penal pela pena máxima em abstrato; b) Prescrição superveniente ou intercorrente; c) prescrição

retroativa; d) prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva; e) prescrição da pretensão executória. Contudo, é na prescrição em sua modalidade retroativa que deve-se orientar as principais mudanças e críticas com a nova roupagem dada pela lei 12.234/10.

Quanto a Prescrição Retroativa, esta trata-se de uma prescrição contada para trás, após a prolação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a condenação. A prescrição retroativa era fundamentada pelo § 2º do art. 110 do Código Penal. Tal dispositivo, hoje revogado, rezava que a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, arrematando a via de entendimento desta modalidade de prescrição.

Segundo Greco (2005, p. 818):

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a de fato.

Admitindo que a prescrição penal apresente algumas espécies já mencionadas, será tratado a seguir de dois tipos a saber: prescrição de pretensão executória e prescrição de pretensão punitiva.

### **3.3 Prescrição de pretensão executória**

Conceitualmente a prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O seu prazo é determinado pela pena imposta na sentença condenatória. O reconhecimento da prescrição da pretensão executória impede que o estado execute a pena ou medida de segurança imposta, subsistindo os efeitos da condenação, como custas, reincidência etc. Sendo que a mesma pode ser executada no juízo cível com o intuito de reparar os danos causados pelo ato lesivo.

Assim sendo, os prazos de prescrição de acordo com o artigo 115 do Código Penal são reduzidos de metade, se na data do fato, ou seja, da execução do crime ou da contravenção, o agente era menor de 21 anos ou maior de 70 anos na data da sentença.

Abaixo aponta-se alguns pressupostos característicos da prescrição executória a saber:

- Inocorrência de Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP) em quaisquer de suas modalidades;

- Sentença condenatória irrecorrível – atingindo a acusação e a defesa. Surge após o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- Não satisfação da pretensão executória estatal: só inicia o prazo quando prejudicada está a pretensão executória. Não corre enquanto o Estado está executando a pena imposta.

Quanto ao Termo inicial o Art. 112 do Código Penal dispõe que do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação: 1º) Evasão após prolação da sentença condenatória – sem cumprimento de um só dia de pena – surge com o trânsito em julgado para acusação e defesa; mas se conta do dia em que se torna definitiva para acusação – *dies a quo*: Ministério Público não recorre da sentença; ocorre com o transcurso do prazo in albis da apelação, que é de 05 dias. Ministério Público recorre da sentença – dá-se o trânsito em julgado com o transcurso do último recurso disponível (Especial e Extraordinário = 15 dias). Não conta o dia do início, uma vez que em matéria de recursos, os prazos são processuais. 2º) Evasão após cumprimento de parte da pena: inicia a cumprir pena e foge: no dia da fuga inicia o prazo prescricional que transcorrerá até quando se efetive a captura. A base do prazo prescricional aqui é o restante da pena a cumprir.

O debate relativo ao termo inicial da prescrição da pretensão executória ganha notória relevância, já que, conforme o caso em julgo bem como a posição adotada pelo tribunal julgador, poderá ter a consideração de extinta/anulada ou não, a imposição penal de punição do réu. Nesse contexto tem-se a jurisprudência do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. 2. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. É assente no Superior Tribunal de Justiça que o "prazo prescricional da pretensão executória é contado do dia em que transitou em julgado a sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, do CP)" (AgRg no HC 323.036/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 17/03/2016). 2. Recurso em habeas corpus provido para reconhecer da prescrição da pretensão executória (BRASIL, 2016).

Assim, a Prescrição Executória começa a correr do dia em que se interrompe a execução, ou seja, quando o Estado não estiver satisfazendo a sua pretensão executória. Exceção: quando o tempo de interrupção deva ser computado na pena – art. 41 do Código

Penal, e por força do art. 42 do Código Penal, computa-se o tempo em que o condenado doente mental permaneceu internado; pois, não houve fuga.

Revogação da suspensão condicional da pena: seja a revogação obrigatória ou facultativa, transitada em julgado a decisão que revoga os sursis, inicia-se a contagem do prazo prescricional da pretensão executória.

A base está no total da pena imposta, uma vez que revogado o Sursis, o réu deve cumprir toda a pena.

Exceção: Art. 161 do Código Penal – sursis tornado sem efeito – aplica-se a 1º regra e não a 2º, descritas acima. O prazo tem início, assim, do trânsito em julgado para o MP, pois não houve revogação do Sursis; ele foi tornado sem efeito.

Revogação do livramento condicional (LC): tempo é o restante da pena a ser cumprida.

Revogação por infração cometida antes do LC – desconta o período em que esteve em LC. O marco inicial do prazo é a data do trânsito em julgado da decisão que revoga o LC, e leva em conta o restante da pena.

Revogação por infração cometida durante o LC – perde o tempo que cumpriu LC – deve cumprir todo o restante da pena.

A contagem do prazo nessa esfera prescricional se dá pela seguinte via: a) tomar a pena privativa de liberdade imposta na sentença; b) obter o prazo, de acordo com o art. 109 do Código Penal; c) causas modificadoras descritas no art. 115 do Código Penal, mais a reincidência, com o prazo sendo então majorado em 1/3 se a reincidência for reconhecida na sentença, porém, aplicando-se apenas à PPExecutória); d) verificar se entre o termo inicial e as interrupções transcorreu o prazo. Se não fluir o prazo, conta-se novo prazo obtido de acordo com o resto da pena.

Quanto a causa suspensiva da Prescrição de pretensão executória, preceituada no parágrafo único, do artigo 116 do Código Penal, a mesma não corre enquanto o condenado está preso por outro motivo – toda e qualquer prisão que não seja a da sentença condenatória – prisões processuais e irrecorríveis de outros feitos, inclusive, civil.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 E, COM ISSO, DE SEU ART. 89, QUE DISPÕE SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM



DENEGADA. "1. O art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Pena) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). "2. Ademais, a suspensão condicional do processo, no caso, resta obstada pela superveniência da sentença penal condenatória. Precedentes do STF. "3. Parecer ministerial pela denegação do writ. "4. Ordem denegada". (HC 142017/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010).

Necessário se faz esclarecer que, o art. 41 do Código Penal determina que para os crimes praticados no âmbito doméstico contra familiares ou contra a mulher, independentemente de qual seja pena a ser aplicada, não há de se adotar os ditames da Lei nº. 9099/95, pois não é admitida a suspensão condicional do processo nos casos em que haja violência no seio doméstico e familiar contra a mulher, mesmo que a pena mínima aplicada ao fato não seja inferior a um ano (JESUS, 2020)

### **3.4 Prescrição de Pretensão Punitiva**

Acontecido o fato surge para o Estado à pretensão punitiva, ou seja, a persecução penal, que a faz através do poder judiciário, que aplicara o direito penal objetivo, por meio da ação penal. Verifica-se desta maneira que o Estado é o titular da pretensão punitiva.

Transitando em julgado a sentença condenatória a direito de punir transforma-se em direito de executar a sanção imposta pela sentença, seja ela pena ou medida de segurança.

Na prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde do direito de punir e ocorre antes da sentença de 1º instancia transitar em julgado, fazendo com que aconteça a extinção da punibilidade. Ela é regulada pela in abstrato, ou seja, aquela que o Código Penal (parte especial) comina, variando de acordo com o Maximo da pena imposta in abstrato, que deverá ser colocada em dos incisos do artigo 109 do Código Penal, para se verificar o prazo prescricional de cada fato típico e antijurídico. Nesse sentido a contagem do prazo prescricional segundo o art. 10, Código Penal (computando o dia do começo e contando os meses e anos pelo calendário comum) esse prazo fatal e improrrogável. Logo, a base de cálculo do prazo prescricional é feita em função da pena privativa de liberdade,

verificando-se o prazo constante da tabela existente no art. 109 do Código Penal, tendo como parâmetro o máximo da pena cominada abstratamente.

### **Tabela do Art. 109 do Código Penal**

| Pena             | Prazo prescricional |
|------------------|---------------------|
| Menor que 1 ano  | 2 anos              |
| De 1 a 2 anos    | 4 anos              |
| Mais de 2 até 4  | 8 anos              |
| Mais de 4 até 8  | 12 anos             |
| Mais de 8 até 12 | 16 anos             |
| Mais de 12       | 20 anos             |

Fonte: desenvolvido pelo autor (2022)

Outro ponto a ser observado nesse estudo são as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes. Estas não influem no cálculo da PPP pela pena em abstrato. Sendo que nesse caso as exceções se referem a agente menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença: reduz o prazo prescricional pela metade (art. 115, Código Penal).

Existem ainda algumas causas suspensivas (sustam o prazo prescricional, fazendo com que recomece a correr apenas pelo que restar, aproveitando o tempo anteriormente decorrido) que se enquadram nas seguintes circunstâncias: Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o conhecimento da existência do crime.

### **3.5 Prescrição da medida de segurança**

A prescrição da medida de segurança é aplicável aos inimputáveis e semi-inimputáveis com previsão dada no artigo 26 do Código Penal, ou seja, aos indivíduos que

não são integralmente capazes ou incapazes de compreender a natureza ilícita do fato, com objetivo de eliminar a periculosidade que tem o agente na prática de determinados delitos, de modo que este não reincida nesse tipo de ato, ou seja, apresenta natureza preventiva assistencial, com tratamento necessário a eliminação da periculosidade do delinquente.

Em relação à medida de segurança se tornam aplicável ao inimputável, três posições características:

- Quando se aplica a prescrição da pretensão punitiva: porque para a executória exige-se a fixação da pena, o que não acontece na medida de segurança. Portanto antes da decisão, é possível haver prescrição; depois, não;
- A aplicação decorre de ambas as prescrições (pretensão punitiva e prescrição executória). No caso da executória, porque não a pena e sim medida de segurança, calcula-se a prescrição pela pena em abstrato fixada ao crime;
- Pode-se aplicar geralmente, a prescrição da pretensão punitiva: antes da decisão; após, diante da inércia da lei, verificando antes da efetivação da medida de segurança de internação ao agente delituoso, quando seu estado permanecer igual, ou seja, se continuar cometendo atos criminosos. Caso tenha eliminado os níveis de periculosidade, não mais se cumpre a medida de segurança. (NUCCI,2008, p. 545).

Ao se tratar de sentença absolutória, em face da inimputabilidade do agente, o tempo prescricional se mantém regulado pela pena em abstrato. Não existe tempo para prescrição específica em medida de segurança, estando esta condicionada a comprovação de que a periculosidade do agente praticante do delito foi cessada, sendo a regulamentação da matéria dada pelo artigo 96, parágrafo único do Código Penal.

#### **4 PRESCRIÇÃO COM BASE NA LEI N° 12.234/2010**

O objeto de análise do presente item será as inovações na Lei 12.234/2010 e seus desdobramentos no Código Penal Brasileiro.

Situando em uma linha temporal tem-se que em 5 de maio de 2010 entrou em vigor a lei 12.234, que alterou os arts.109 e 110 do Código Penal. É o conteúdo dessa lei:

Art. 1º. Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º. Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: ... VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

“Art. 110.... § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, § 2º. (Revogado).” (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.

Analisando assim, tem-se a matéria estabelecida no art. 109 do Código Penal com a nova redação dada pela lei 12.234/2010:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

A partir do que foi exposto acima percebe-se que a lei 12.234/2010 trouxe alterações que prejudicam os interesses do indiciado/réu (*novatio legis in pejus*), pois a prescrição é instituto que existe em desfavor do Estado, acarretando a extinção da punibilidade.

Sendo norma penal mais gravosa que a anterior, a lei 12.234/10 não pode alcançar fatos que tenham sido cometidos antes da sua entrada em vigor, ou seja, somente se aplica a partir de 6 de maio de 2010, ou seja, a lei estabeleceu a não retroatividade no cômputo prescricional considerando não a data do fato, mas a data do oferecimento da denúncia.

Desta maneira, quanto ao direito intertemporal, a prescrição retroativa continuará sendo regida pela redação anterior dos § 1º. e 2º do art. 110 do Código Penal, para crimes cuja conduta ocorreu até a data de 5 de maio de 2010, porque a nova redação é mais gravosa para o réu, tratando-se, pois, de "lex gravior".

#### **4.1 Prescrição antes de transitar e julgado a sentença**

Como citado em item anterior, o Código Penal brasileiro, diz em seu artigo 109, que a prescrição deve considerar alguns prazos antes do trânsito em julgado da sentença final, com exceções descritas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, que atribui à dosimetria o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime,

Como se pode notar até aqui, a prescrição antes de transitar e julgar a sentença absorveu mudanças em sua forma em detrimento da Lei 12.234/2010. O que leva a pensar o impacto dessa lei na estrutura penal brasileira. Obviamente, os doutrinadores do direito penal tais como Mirabete (2020), fazem uma leitura extremamente criteriosa dessas mudanças, mas esses aspectos estarão discorrendo nas próximas linhas desse trabalho.

Nesse momento, será focada a atenção para os aspectos formais da prescrição retroativa e intercorrente.

#### **4.2 Prescrição retroativa e intercorrente**

A prescrição retroativa é espécie de prescrição da pretensão punitiva e sua configuração resultava da combinação, nos moldes da lei 7209/84, dos parágrafos 1º e 2º do art. 110 e do art. 109, todos do Código Penal. Antes da lei 12.234/2010, estava prevista no § 2º do art. 110: A prescrição, de que trata o parágrafo anterior [a prescrição prevista no *parágrafo anterior*, § 1º, é a prescrição superveniente], pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. A lei 12.234/2010 tentou exterminar do sistema jurídico a prescrição retroativa. Estabeleceu em seu art. 1º. a alteração dos arts.

109 e 110 do Código Penal para *excluir a prescrição retroativa*, e revogou expressamente (art. 4º) o § 2º do art. 110: "Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal".

No entanto, essa tentativa do legislador foi mal realizada, pois deu sobrevida à prescrição retroativa ao estabelecer o seguinte acréscimo no § 1º: não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Utilizando uma interpretação a contrario sensu, percebe-se que essa parte final torna possível a retroação da prescrição superveniente, exceto no período primordial que ocorre da data do fato até à acusação (denúncia ou queixa). A prescrição retroativa é a própria prescrição superveniente só que aplicada para trás, retroativamente. Assim, para a análise da prescrição retroativa leva-se em consideração a pena aplicada e não a pena de prisão máxima em abstrato. Se, em grau de recurso, a pena for diminuída pelo Tribunal, será levado em conta esse *quantum*.

O prazo prescricional é contado retroativamente, ou seja, verificando-se se houve extinção em um dos períodos abrangidos anteriores ao período da prescrição superveniente. Em suma, a prescrição retroativa podia, antes da mudança da lei 12.234/2010 ser declarada observando o transcorrer do prazo em um dos períodos prescricionais anteriores ao período da prescrição superveniente, que eram os seguintes:

- 1) da data do início do prazo (111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (117 I);
- 2) da data do recebimento da denúncia ou queixa (117 I) até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (107 IV);
- 3) da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até o trânsito em julgado para a acusação.

Crimes da competência do Tribunal do Júri:

- 1) da data do início do prazo (111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (117 I);
- 2) da data do recebimento da denúncia ou queixa (117 I) até a publicação da pronúncia (117 II);
- 3) havendo recurso da pronúncia, da data de sua publicação (117 II) até a publicação do acórdão confirmatório (117 III);



4) da data da publicação da pronúncia (117 II) ou do acórdão confirmatório(117 III), até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (117 IV);

5) da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até o trânsito em julgado para a acusação;

Com a nova redação dada ao art. 110, § 1º. ficou vedado apenas o reconhecimento da prescrição retroativa desde a época do fato até a denúncia ou queixa. A prescrição retroativa não pode ser declarada quando há recurso pendente da acusação que objetive o aumento da pena de prisão e que influencie no prazo prescricional. Se o recurso visa situação diversa da agravação da pena de prisão, ela pode ser declarada. Não é necessário que haja recurso da defesa para sua decretação.

A prescrição retroativa pode ser reconhecida em primeiro grau, desde que a pena fixada tenha transitado em julgado para a acusação. Essa solução prestigia o princípio da celeridade, dando efetividade ao princípio da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana pela suspensão imediata da persecução penal, que se configura em constrangimento ao acusado. Os efeitos da prescrição retroativa são os próprios de prescrição da pretensão punitiva. Como não ocorreu condenação com trânsito em julgado, os efeitos condenatórios não surgem. Se eventualmente tiver ocorrido o trânsito em julgado, esta prescrição rescinde a decisão condenatória, desfazendo a coisa julgada.

A redação dada ao art. 110, § 1º, do Código Penal pela lei 7.209/1984 (Nova Parte Geral) era: “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

A nova redação dada pela lei 12.234/2010 acrescenta uma parte final a essa redação estabelecida pela Nova Parte Geral, o que limitou a aplicação da prescrição retroativa.

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Esta prescrição é dita superveniente por ter sua existência e aplicabilidade condicionada à superveniência de condenação. Seu cálculo se dá pela pena em concreto e é espécie de prescrição da pretensão punitiva, embora esteja prevista no art. 110.

A prescrição superveniente ou intercorrente conta-se da publicação da decisão condenatória com trânsito em julgado para a acusação até a data do trânsito em julgado final. Pressupõe trânsito em julgado para a acusação no que se relaciona com a pena de prisão aplicada, o que implica que a condenação, quanto à quantidade da pena de prisão, não pode mais ser alterada em prejuízo da defesa, mesmo tendo esta recorrido.

Não se exige recurso da defesa para que possa ocorrer a prescrição superveniente, pois ela pode ocorrer com o recurso da acusação que não almeje aumento da pena de prisão. Somente impede a aplicação da prescrição superveniente o recurso da acusação que vise o aumento da pena privativa de liberdade imposta. Desta forma, não constitui óbice a decretação da prescrição a apelação da acusação que pretende - conformando-se com a quantidade da pena de prisão - a imposição da pena de multa, a impugnação do *sursis* ou outra situação jurídica que não seja aumento da pena de prisão. Além do mais, se a apelação da acusação que visava o aumento da pena de prisão for improvida ou, mesmo se provida, não alterar o prazo prescricional, o próprio Tribunal deverá decretar a prescrição superveniente.

Eventual recurso da acusação poderá evitar a prescrição superveniente, caso o recurso, que almeje o aumento da pena, for provido pelo Tribunal e a pena for aumentada alterando o prazo prescricional.

Os efeitos da prescrição superveniente são os próprios de uma prescrição da pretensão punitiva. Assim, como não houve o trânsito em julgado da decisão, não ocorre os efeitos da decisão condenatória, e se por acaso tiver transitado a sentença em julgado, a PPP superveniente fará rescindir a condenação.

Com base e todos os argumentos até aqui expostos, nos leva a reflexão no tocante a prescrição intercorrente como sendo um instrumento jurídico, que sofreu mudanças significativas dada a nova redação da Lei 12.234/2010. Nesse sentido, é fundamental esclarecer que essas mudanças impactaram as deliberações dos tribunais por todo país.

Existiu a preocupação em delinear as mudanças ocorridas a partir da Lei 12.234/2010 e seus desdobramentos na estrutura jurídica atual. Pontuando ainda que de forma breve discutiu-se sobre os conceitos de prescrição retroativa e prescrição intercorrente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A elaboração do presente artigo demonstrou os desdobramentos ocasionados com a entrada em vigor da Lei nº. 12.234/2010, especialmente no que se refere a prescrição.

Compulsando a história jurídica da prescrição no Brasil, é possível perceber que, com o advento da Lei 12.234/2010, são verificáveis três alterações nas regras prescricionais.

A prescrição intercorrente (ou superveniente) e a prescrição da pretensão executória (PPE) não sofreram mudanças e continuam sendo aplicadas da mesma forma. A nova lei não alterou as cinco modalidades de prescrição, apenas a prescrição pela pena máxima em abstrato, a prescrição retroativa e a prescrição virtual.

A partir de sua vigência, a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, desapareceu da ordem jurídica criminal o instituto da prescrição retroativa no período que vai da data do fato até "a denúncia ou queixa". Esse desaparecimento parcial da prescrição retroativa, vedou a utilização da prescrição antecipada nesse período (período extrajudicial da pretensão punitiva), impedindo pedidos de arquivamentos de investigações ou rejeições de iniciais com base na prescrição retroativa virtual (prescrição antecipada, em perspectiva, projetada).

Esse instituto de direito material é, portanto, inaplicável. Contudo, para a finalização do *ius puniendi* nesse período, que vai da data do fato até "a denúncia ou queixa", o argumento processual da falta de justa causa para a ação penal.

A prescrição virtual não foi abolida completamente, pois pode-se utilizá-la no período que ocorre da data do recebimento da denúncia ou queixa (art. 117, I, do Código Penal) até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 107, IV, do Código Penal).

Para as infrações penais ocorridas até o dia 05/05/2010 incide a redação antiga dos parágrafos 1º e 2º do art. 110 do Código Penal – disposições que admitem a prescrição retroativa no período da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa. Em decorrência, a prescrição antecipada ainda incidirá até 05/05/2010 no aludido período prescricional.

A nova redação do parágrafo 1º do art. 110 foi omissa quanto à *data* da denúncia ou da queixa-crime, não estabelecendo se seria a data do oferecimento ou recebimento. Para quem entende que a lei nova adota a data do oferecimento surgirão duas datas importantes para fins prescricionais: 1) a do oferecimento da inicial acusatória, unicamente para impedir a retroação da prescrição a data anterior a esse ato; 2) a do recebimento da inicial (art. 117, I, do Código Penal), para a finalidade já tradicional de interrupção da prescrição.

Tomando como base tudo que foi escrito e argumentado ao longo desse trabalho, entende-se que a problemática a qual se tinha levantado, foi contemplada ao longo da pesquisa. Sobretudo no que tange a seus aspectos atuais, esclarecendo ainda, que as

hipóteses norteadoras desse estudo foram comprovadas no sentido de demonstrar a Lei 12.234/2010 é alvo de críticas por conta de suas aplicabilidades na prescrição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2018.

CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. *et al.* **Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010**. APMP, São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DELMANTO Jr., Roberto; Delmanto, Roberto; Delmanto, Celso. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume I**. 8 ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, volume I**. 20 ed. Niterói - RJ: Impetus, 2018.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LA ROSA, Mariano R. **La Prescripción en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal, Prescrição Funcionalista**. São Paulo: RT, 2000.

MAGALHÃES, E. Noronha, **Direito Penal**: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volume I, 29. ed.; São Paulo: Atlas, 2020.

MORAIS, Andrea Cardinale Urani Oliveira de. **O saber crítico-criminológico na atuação da magistratura criminal a partir da análise de sentenças proferidas no estado do Tocantins durante o ano de 2016. 2018**. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA E CIRURGIA ESTÉTICA REPARADORA**

**BRUNA BARRADAS STORTI:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil. Campus  
Fernandópolis – São Paulo.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

**RESUMO:** A responsabilidade civil é um braço do direito privado que permite a engenhosidade do jurista. Na regulamentação do tema, o ordenamento jurídico estabelece o direito a indenização, mas deixa a cargo da criatividade do magistrado a averiguação do ato ilícito dentro do caso concreto. A responsabilidade civil do cirurgião plástico na cirurgia estética é objetiva, visto que o médico, no exercício de sua função, se compromete a entregar o resultado prometido. Outrossim, em casos de erro médico dessa natureza, o médico será obrigado a indenizar o paciente, independente de culpa, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, na cirurgia estética reparadora não é incumbido nenhum objetivo com o resultado, desde que o médico realize o melhor trabalho dentro das possibilidades. Dessa maneira, diante da incerteza de entrega do resultado a obrigação é de meio. O legislador não esgota as possibilidades de hipóteses que geram a responsabilidade civil, sendo tratado segundo a forma da cláusula geral, ou seja, a análise de caso a caso, especificamente tratando-se de cirurgia reparadora. Nesta hipótese, o STJ entendeu, no Resp. 1097955/MG, que a atribuição do vínculo obrigacional deve ser analisada de forma fracionada (BRASIL, 2011). Portanto, o objetivo deste artigo é explorar as questões relacionadas a responsabilidade civil do cirurgião plástico na cirurgia estética reparadora e na cirurgia estética, com enfoque no atual posicionamento do STJ.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil- Cirurgia plástica- Culpa- Obrigação de resultado e Obrigação de meio.

**ABSTRACT:** Civil liability is an arm of private law that allows for the ingenuity of the jurist. In regulating the subject, the legal system establishes the right to compensation, but leaves it to the magistrate's creativity to investigate the illicit act within the specific case. The plastic surgeon's civil liability in cosmetic surgery is objective, since the physician, in the exercise of his role, undertakes to deliver the promised result. Furthermore, in cases of medical error of this nature, they will be required to indemnify the patient, regardless of guilt, as understood by the High Court of Justice. However, in reconstructive cosmetic surgery no objective is assigned with the result, as long as the doctor performs the best work possible. Thus, given the uncertainty of delivery of the result, the obligation is of



means. The legislator does not exhaust the possibilities of hypotheses that generate civil liability, being dealt with in the form of the general clause, that is, the analysis on a case-by-case basis, specifically in the case of reconstructive surgery. In this case, the STJ understood, in Resp. 1097955/MG, that the attribution of the obligatory bond must be analyzed in a fractional way (BRASIL, 2011). Therefore, the objective of this article is to explore the issues related to the plastic surgeon's civil liability in reconstructive cosmetic surgery and in cosmetic surgery, focusing on the current positioning of the STJ.

**Keywords:** Civil liability- Plastic surgery- Fault- Obligation of result and Obligation of means.

## INTRODUÇÃO

O papel básico do Direito é se propor a manter uma estabilidade social para que todos possam ter uma vida digna. Nesse sentido, o Direito se divide em vários aspectos, cada um dos quais é responsável por uma determinada questão. Na esfera do direito, a responsabilidade civil tem ramificações diretas, especificamente no campo da medicina, onde o médico tem a obrigação de proteger a vida humana e deve indenizá-la caso produza algum dano.

A Responsabilidade civil tem suas origens antigas e remontam à Lei de Talião, até chegar a Roma antiga, com a *Lex aquila*, como uma forma de culpabilização daquele que comete crime. Nota-se que a responsabilidade civil ainda encontra respaldo na teoria da culpa, ou seja, na responsabilidade civil subjetiva (DOELLE, 2019).

Em casos de erro médico, o Brasil adota a responsabilidade civil subjetiva do profissional da saúde, ou seja, necessária à comprovação de culpa ou dolo do médico no exercício da função.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar na esfera jurídica brasileira, a possibilidade dos profissionais da saúde com especialização no ramo da cirurgia estética de receberem uma punição por faltarem com suas obrigações perante seus pacientes.

A relação médico-paciente possui respaldo no Código de Defesa do Consumidor, que não espera que o profissional venha a agir com dolo, sendo necessário comprovar a conduta negligente, imprudente ou imperita dele.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1997).

Enfim, o artigo acadêmico será dividido em capítulos e tem como propósito além apresentar algumas considerações sobre cirurgia plástica estética, pesquisar e demonstrar conceitos de responsabilidade civil, bem como, responsabilidade civil objetiva e subjetiva, analisar a responsabilidade atual sobre o tema em questão.

## **1 UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO MÉDICO**

### **1.1 UMA BREVE CONCEPÇÃO SOBRE DIREITO MÉDICO E CIRURGIA PLÁSTICA**

Um ramo novo do direito que surgiu com a necessidade de regulamentação de determinadas demandas. No início, as questões mais recorrentes eram relativas à erro médico ou de diagnóstico. Posteriormente, os litígios passaram a incluir os pedidos de medicamentos concedidos pelo governo e problemas relativos à hospitais.

No momento, existe o âmbito preventivo, que diz respeito à qualificação dos profissionais da saúde, que visa evitar a judicialização e eliminar as demandas, judiciais ou extrajudiciais.

A cirurgia plástica estética busca corrigir alguma imperfeição do corpo com a intenção de melhorar a aparência física, conforme definido pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP):

Cirurgia plástica estética é um tipo de cirurgia plástica empregada para remodelar as estruturas normais do corpo, especialmente para aprimorar a aparência e a autoestima do paciente (ANDRÉ, 2010, p. 532).

Entretanto, a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutiva é realizada nas estruturas anormais do corpo, cujas anomalias podem ser devido a traumatismo, infecção, defeitos congênitos, doenças, tumores ou no desenvolvimento.

### **1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O DIREITO MÉDICO**

O direito hospitalar é um ramo que abrange outras áreas do direito, como o direito civil, tratando-se do direito das obrigações, ou o direito administrativo, quando se fala em saúde pública.

Nas palavras de Paulo Bonavides:

De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acabamento de direitos que a norma suprema protege (BONAVIDES, 2009, p. 532).

Os princípios constitucionais que norteiam o direito médico e da saúde estão positivados nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal da República de 1988. Veja:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Em outras palavras, tratam de direitos fundamentais sociais que possuem eficácia plena, ou seja, caso seus efeitos sejam produzidos por ação ou omissão do poder público, os pacientes têm legitimidade para exigirem sua efetivação junto ao poder judiciário.

Diante disso, surgiu a bioética, com a função de solucionar lides que envolvam vida, morte, religião, tratamentos e qualidade de vida, no âmbito da ética médica.

Sendo assim, a bioética surgiu para auxiliar médicos, pacientes e familiares a tomarem decisões e escolherem opções de tratamento, tudo para que os direitos básicos da pessoa humana e a ética médica não sejam feridos.

Observa-se que a cirurgia plástica alcança local de destaque no campo do direito médico, visto que a incidência de processos abordando o assunto aplica dimensões gigantescas, isto é, é cada vez mais recorrente o questionamento da responsabilidade civil do médico em caso de insatisfação do paciente por não ter alcançado o resultado almejado.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

### 2.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Responsabilidade civil é uma área do direito brasileiro estudada no direito civil que se utiliza na norma jurídica ou contratual para a aplicação de uma determinada reparação a um ato danoso que causou prejuízo a terceiros, seja ele por ação ou omissão.

Sergio Cavalieri Filho conceitua a responsabilidade civil como um dever jurídico sucessivo que se origina da violação de dever jurídico originário. No Código Civil, há três elementos elencados no artigo 186 que tratam sobre a responsabilidade:

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 (BRASIL, 2002).

Por fim, a responsabilidade civil é uma garantia e segurança para o lesado que tiver seu direito violado, além de ser uma garantia de reparação.

Nesse sentido, a Responsabilidade civil subjetiva é caracterizada pela presença dos quatro elementos no ocorrido, fato, dano, nexa causal e culpa. Frise-se que a culpa é um elemento obrigatório para que a pessoa seja responsabilizada pelo dano, ou seja, na responsabilidade civil subjetiva cabe ao prejudicado comprovar a existência dos quatro elementos, sem exceção.

Diferente disso, a responsabilidade civil objetiva adota a Teoria do Risco, isto é, cabe ao prejudicado comprovar apenas três elementos, o fato, dano e nexa causal, para que tenha o direito de indenização, sendo dispensável o elemento culpa.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo Único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Conclui-se que ambas as responsabilidades têm a função de indenizar o lesado, ou seja, de recair sobre o causador do dano a responsabilidade de repará-lo através da indenização.

Conforme afirma a jurista consagrada Maria Helena Diniz (2015, p.33), "A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoa ou coisas que dela dependam".

Portanto, a responsabilidade é a certeza e a garantia de que o direito lesado será restabelecido, e também que o dano civil será retificado, seja uma pena civil, para que não volte a violar o direito de outrem.

Para uma pessoa praticar uma conduta ilícita, e a partir dela, ocorrer aquela que tenha conectividade entre elas, desagua no desenvolvimento da culpabilidade civil. Como resultado, todo aquele que comete um ato ilegal contra outro é obrigado a corrigi-lo.

## 2.2 NEXO CAUSAL

Para Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 613):

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar (...).

Ou seja, o nexo de causalidade é necessário para a concretização da responsabilidade civil, assim, a prática da conduta do agente deve ter uma conexão com o dano que recaiu sobre a vítima, visto que, sem este elo de conduta e dano não é possível falar em nexo causal.

Como resultado, para que a vítima tenha direito a indenização, não é apenas necessário que a vítima tenha sofrido uma lesão, também é necessário que o dano tenha ocorrido após o comportamento lesivo, devendo haver comprovação de tal dano, seja ele causado por uma comissão ou omissão. Como resultado, se o direito à indenização foi estabelecido, ele continuará existindo.

O nexo causal está definida no artigo 403 do Código Civil de 2002, e sua presença está ligada a duas funções: determinar quem sofreria o efeito prejudicial e determinar o alcance do direito à indenização. É certo que deve ser ressaltada a necessidade de se estabelecer e comprovar o nexo de causalidade nos casos de responsabilidade civil, o que é fundamental, pois evita a responsabilização injusta, além de simplesmente buscar a reparação de um dano existente.

## 3 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA

### 3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

A responsabilidade civil é uma obrigação legal subsequente que se desenvolve para reparar o dano produzido por outras responsabilidades legais originais; é a necessidade de compensar o dano causado por uma ou outra conduta.

A responsabilidade civil do médico cirurgião se dá através de aplicação de sanção indenizatória que responsabilize o médico a reparar o dano moral ou patrimonial cometido contra seu paciente ante ato médico praticado com imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, não se espera que o profissional venha a agir de má-fé, praticando o dolo, sendo necessária a comprovação da conduta negligente, imperita ou imprudente dele.

Assim, será imputada sobre ele a responsabilidade civil presente nos artigos 186 do Código Civil e artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Em regra, os atos médicos desenvolvem-se como obrigações de meio, em outras palavras, o profissional deve utilizar todo o seu conhecimento e dos seus recursos para tratar o paciente.

### 3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO: CIRURGIA ESTÉTICA X REPARADORA

A responsabilidade civil no que diz respeito ao cirurgião plástico se mostra muito mais complexa, visto que deve ser analisada se a mesma se encaixa dentro dos padrões de cirurgia plástica estética ou reparadora.

Dessa maneira, caso o cirurgião plástico esteja realizando uma cirurgia plástica reparadora, como por exemplo, queimadura decorrente de um grande incêndio, então será obrigação de meio, ou seja, será responsabilidade subjetiva e deve-se comprovar a culpa do médico, conforme elencado no artigo 951 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002).

Contudo, tratando-se de cirurgia estética, estes possuirão uma responsabilidade objetiva, assim dizendo, deverão atender as expectativas e chegar ao resultado prometido, motivo pelo qual, nesses casos, estarão obrigados a indenizar pelo erro médico, independente de culpa.

Todavia, o advogado poderá se utilizar das excludentes de ilicitudes previstas no art. 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a



deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (BRASIL, 2002).

Ou como atribui o art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor para defender o seu cliente. Vejamos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1997).

Isto posto, caso o cirurgião que tenha realizado uma cirurgia embelezadora, deve-se usar como defesa a alegação de culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior, rompendo, assim, o nexo de causalidade entre o dano mostrado e o serviço realizado.

Em outros casos, a culpa exclusiva do paciente pode ocorrer quando ele não segue as recomendações médicas durante o pós-operatório. Outrossim, há casos em que poderá ser alegada culpa de terceiro, quando o produto utilizado, mesmo que de boa qualidade, possui um vício oculto.

Nesse caso, o médico não poderá ser responsabilizado porque seguiu todos os protocolos e agiu com cautela.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois

rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em? termo de consentimento informado? De maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1180815/MG Rel. Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado 19/08/2010).

Não obstante, o advogado deve observar:

I- A obrigação nas cirurgias meramente estéticas é de resultado, comprometendo-se o médico como efeito embelezador prometido. II- Embora a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do cirurgião plástico permanece subjetiva, com inversão do ônus da prova (responsabilidade com culpa presumida). Portanto, não é responsabilidade objetiva. III- O caso fortuito e a força maior, apesar de não estarem expressamente previstos no CDC, podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade. (STJ. 4ªTurma. REsp985.888-SP, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012).

Por fim, o advogado deverá analisar caso a caso e analisar qual o objetivo do procedimento, estético ou reparador, e a partir desse ponto, defender o cliente segundo as possibilidades acima.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reflexão acerca da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas é de urgente e extrema importância, visto que o Brasil é o país com o maior número de cirurgias plásticas realizadas no mundo, além de possuir um dos maiores números de cirurgões plásticos do planeta, por isso, por ser um tema atual no nosso país, e que vem crescendo a cada ano, é importante que os pacientes tenham um respaldo na lei.

Portanto, o trabalho em geral vem para esclarecer o que realmente caracteriza a responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica e quais as medidas cabíveis se enquadram em cada caso.

Indica-se, assim, que o médico tem a obrigação de informar o paciente sobre todos os processos que podem e vão e podem ser realizados, bem como os resultados que podem ser obtidos ao realizar tal procedimento, permitindo que o paciente tome uma

decisão informada sobre a procedimento e esteja ciente de quaisquer riscos que uma determinada cirurgia possa apresentar.

É sabido que no caso da cirurgia estética, o médico tem o dever de garantir o resultado, pois é um benefício para o paciente, pois ele nem tem doença, mas deseja melhorar sua aparência. Como consequência, a menos que seja demonstrada a culpa do paciente ou a intervenção de circunstâncias imprevistas, você estará aceitando o risco do resultado.

Este tema da Culpa e Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético é importante porque tem sido tema de amplo debate e contemplação no direito e na jurisprudência brasileira. A cirurgia plástica já é uma obrigação de consequência, segundo a filosofia e a jurisprudência.

A responsabilidade civil refere-se à violação dolosa ou culposa de um direito, contratual ou extracontratual, que resulte em dano moral ou patrimonial, e que satisfaça os seguintes critérios: culpa, dano e nexo de causalidade.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Fernando Sanfelice. Cirurgia plástica após grande perda ponderal. **Revista Brasileira de Cirurgia Plástica**, v. 25, p. 532-539, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo regimental 328.110/RS**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 25/09/2013. E RESP. 1180815/MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Quarta Turma**, RE 985.888 SP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16 fev. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOELLE, Caroline. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. AURUM, Rio Grande, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao código de ética médica. In: **Comentários ao código de ética médica**. 1994. p. 175-175.

REIS, Mariana Costa. O que advogados precisam saber sobre direito médico. In: **Arurum**. Publicado em 27 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/direito-medico/>>. Acesso em: 11 out. 2021.

SANTOS, Isabella leite. A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas. In: **Revista Jus.com.br**. 20 out. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77275/a-responsabilidade-civil-do-cirurgiao-plastico-nas-cirurgias-esteticas>>. Acesso em: 11 out. 2021.

VAL, Renata do; CAVALCANTE, Rodrigo Arantes. **Direito Médico e da Saúde – Manual Prático**. 1ª Edição. JH Mizuno, 2021.

WIDER, Roberto. Responsabilidade civil médica – cirurgia plástica - **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista20/revista20\\_115.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_115.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2021.

## A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL NO INQUÉRITO POLICIAL

**AROLDO GOMES ARRUDA JUNIOR:**

Acadêmico do Curso de Direito da  
Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ENIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO

(orientador)

**RESUMO:** Neste artigo, é analisado a atuação do advogado criminal no inquérito policial sob a égide da Lei nº 13.245/2016 que promoveu alterações substanciais no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no tocante ao acesso de advogados em processos em fase de investigação preliminar. Anteriormente a edição da referida legislação, no caso concreto, eram observadas diversas violações as prerrogativas dos advogados por parte da autoridade policial em sede de inquérito policial, pois o advogado não dispunha de acesso ágil aos documentos já anexados e nem acompanhava depoimentos. Dessa forma, a problemática do estudo abarca as funções e mudanças do inquérito policial em detrimento do advogado criminal após a Lei nº 13.245/2016. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com auxílio de pesquisa bibliográfica sobre o tema. Diante dos resultados alcançá-los, conclui-se as alterações advindas da Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ampliou no plano fático, a ampla defesa, o contraditório, e o respeito as prerrogativas dos advogados criminais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advogados Criminais; Autoridade Policial; Inquérito Policial; Lei nº 13.245/2016.

**ABSTRACT:** In this article, the role of the criminal lawyer in the police investigation under the aegis of Law nº 13.245/2016 is analyzed, which promoted substantial changes in the Statute of the Brazilian Bar Association, regarding the access of lawyers in cases in the preliminary investigation phase. Prior to the enactment of the aforementioned legislation, in this specific case, several violations of the prerogatives of lawyers were observed by the police authority in the context of a police investigation, as the lawyer did not have quick access to the documents already annexed or accompanied by depositions. In this way, the problem of the study encompasses the functions and changes of the police investigation to the detriment of the criminal lawyer after Law nº 13.245/2016. For that, the deductive method was used, with the aid of bibliographic research on the subject. In view of the results to achieve them, it is concluded the changes arising from Law nº 13.245/2016 in the Statute of the Brazilian Bar Association, expanded on the factual level, the broad defense, the contradictory, and respect for the prerogatives of criminal lawyers.

**KEY-WORDS:** Criminal Lawyers; Police authority; Police Investigation; Law No. 13.245/2016.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRO. 2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL. 2.2 A INSTAURAÇÃO, PRAZO PARA ENCERRAMENTO, ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. 3 AS ALTERAÇÕES NA ATUAÇÃO DO ADVOGADO COM A LEI 13.245/2016. 3.1 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL NO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA REFORMA DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. 3.2 MUDANÇAS NO INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÉGIDE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa aborda a atuação do advogado criminal no inquérito policial com destaque em delimitar as mudanças ocorridas após a reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tendo em vista que a atuação do advogado no inquérito é a de evitar o desencadeamento de algum vício, ou possível abuso à integridade física, psicológica ou de qualquer sorte do acusado, sendo ferramenta que merece respaldo jurídico, auxiliando, inclusive, na legitimação dos atos feitos durante esse procedimento tão relevante para a ação penal.

O inquérito policial possui uma relação de necessidade para o processo penal, funcionando como instrumento de preservação e garantia, não sendo utilizado apenas quando já se tem provas suficientes para o início da ação penal.

A justificativa se dá em face as necessidades de analisarem-se as alterações recentes quanto a participação mais efetiva da defesa neste procedimento de característica marcadamente inquisitória, permitindo uma ampliação da garantia dos investigados, evitando-se a mácula que pode gerar a unilateralidade típica do procedimento.

Todavia, diante de um cenário com tanta violência e corrupção, ante aos desvios possíveis em todas as áreas que sofrem com influência estatal, não ficaria de fora o inquérito policial, que é um procedimento muito frágil que pode destruir uma vida ou salvá-la, pode ser modificado a qualquer momento, ainda que fiscalizado externamente pelo Ministério Público e internamente pelas atividades correcionais.

O trabalho tem como objetivo, analisar a importância e os impactos das mudanças realizadas no inquérito policial quanto a participação do advogado criminal, que com sua atuação auxilia na segurança jurídica para o acusado. Para tanto, utiliza-se ainda objetivos específicos, quais sejam: a) abordar o conceito de inquérito policial e as suas características;



b) identificar as mudanças ocorridas no inquérito policial ao longo dos anos no ordenamento pátrio e c) apontar a função do advogado criminal no inquérito policial.

A metodologia usada foi amparada no método dedutivo, com auxílio de pesquisas teórico-bibliográficas e explanatórias sobre o tema, baseadas em legislações, doutrinas e trabalhos científicos.

A problemática envolve a seguinte indagação: Quais funções e mudanças do inquérito policial sob a égide do advogado criminal?

Além disso, o estudo do inquérito policial pode ter efeito positivo na sociedade, tendo em vista que os agentes incumbidos da função terão que pensar e rever seus atos quanto forem praticados de forma parcial, pois poderão sofrer cobranças e sanções.

## **2 O PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRO**

Esse capítulo inicial, se destina a abordagem da definição de inquérito policial, analisando a origem do procedimento, as características, as diligências imputadas a autoridade policial, o prazo, e as hipóteses de arquivamento e desarquivamento. De modo a compreender a atuação do advogado criminalista no inquérito policial sob a égide da Reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados.

### **2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL**

Sendo um dos procedimentos mais relevantes para ação penal e o seu posterior andamento, o inquérito policial deve ser estudado com suas mais variadas nuances, sendo mecanismo utilizado pela autoridade policial para elucidar a prática de infrações penais e sua autoria.

De acordo com Capez (2020, p. 173), o conceito de inquérito policial é:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para

a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Para Capez o inquérito policial tem por finalidade de apurar de fato o que configurou a infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares. A respeito das infrações penais, Salim (2017) pontua que contemplam tanto os crimes como as contravenções penais, tendo em vista a ideia bipartida de infrações penais.

Segundo Avena (2017, p. 120) por inquérito policial “compreende-se o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo ao Ministério Público e ao ofendido”. Para o autor, este possui natureza administrativa, na medida em que instaurado pela autoridade policial.

Nas palavras de Brito (2015, p. 71) o termo inquérito deriva “verbo inquirir, que significa pesquisar, investigar, querer saber. É o nome utilizado para designar um procedimento oficial, legal e formal para se apurar um fato criminoso”.

Para Garcia (2017) o conceito de inquérito policial sumariza a documentação correspondente as diligencias que a polícia judiciária realiza, sendo uma das modalidades de investigação preliminar de natureza procedimental e administrativa, e de caráter investigatório que inaugura a *persecutio criminis estatal*. Cujas a finalidade presta-se a coleta de elementos informativo, à prova de materialidade e os indícios de autoria, dar a esta uma justa causa e evitar o processamento criminal injusto de acusados inocentes.

Pelos ensinamentos de Lima (2016, p. 166) tem-se que além de ser um procedimento administrativo inquisitório e preparatório presidido pela autoridade policial, o inquérito policial é:

Um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Para o mencionado autor, não se trata de processo judicial e tampouco de um processo administrativo, já que dele não resulta nenhuma imposição direta de sanção, não existe ainda o exercício de pretensão acusatória. Comenta ainda que a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos probatórios que informe a autoria e materialidade do delito.

Em contraponto ao disposto, no entendimento de Lechenakoski (2021) a utilização da expressão inquérito policial se mostra equivocada, pois remete ao órgão encarregado da atividade e não a sua finalidade. Nessa perspectiva, a adequada terminologia seria instrução preliminar, justificando a natureza do Código de Processo Penal. Dessa forma, o inquérito policial deve ser analisado além do seu conceito, tendo em vista a existência de características a serem consideradas e entendidas pelo agente aplicador na Lei. Leciona Garcia (2017) que não é possível compreender a amplitude do inquérito policial sem estudar suas principais características, são elas que o delimitam e o definem.

Conforme Capez (2020) acerca das características, se aponta o procedimento escrito, pois não se concebe a existência de uma investigação verbal, sigiloso, essa premissa não se estende ao Ministério Público, no caso do advogado, este poderá acompanhar os autos, mas caso seja decretado pelo juiz o sigilo da investigação este não poderá acompanhar a realização dos atos procedimentais (questão foco do presente estudo que será abordada adiante). Quanto a oficialidade, o autor acrescenta que o inquérito policial é uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular.

Quanto a oficiosidade, assevera Salim (2017) que o Delegado atua mediante ofício diante da existência da infração penal, em relação a característica da autoridade, o autor comenta que cabe também ao Delegado de Polícia conduzir as investigações. Na doutrina de Brito (2015) a presença do advogado durante o interrogatório, além de ser indispensável, é uma forma direta de controle da legalidade, mesmo que o advogado não possa interferir no interrogatório, pode-se manifestar sobre o modo pelo qual o ato vem sendo realizado pela autoridade policial.

Findando as características do inquérito policial, Avena (2017, p. 125) explana acerca da indisponibilidade, discricionariedade e da natureza inquisitorial:

A perseguição, no inquérito policial, concentra-se na figura do delegado de polícia que, por isso mesmo, pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos. Há indisponibilidade, pois uma vez instaurado o inquérito, não pode a autoridade policial, por

sua própria iniciativa, promover o seu arquivamento, ainda que venha a constatar a atipicidade do fato apurado ou que não tenha detectado indícios que apontem o seu autor. Em suma, o inquérito sempre deverá ser concluído e encaminhado a juízo. Trata-se o inquérito, assim, de um procedimento inquisitivo, voltado, precipuamente, à obtenção de elementos que sirvam de suporte ao oferecimento de denúncia ou de queixa-crime (função preparatória do inquérito).

Assim, para maioria dos doutrinadores listam-se como características do inquérito policial, que o procedimento seja escrito, sigiloso, inquisitivo, indispensável, e que tenha oficialidade, oficiosidade, autoridade, e discricionariedade não necessariamente nessa ordem cronológica.

Deste modo, é visível o valor probatório que decorre do inquérito policial, todas as provas colhidas na fase inicial do processo o acompanharam pelo transcorrer dos atos que deverão ser praticados no transcorrer da ação penal, assim, qualquer erro ou equívoco que não esteja em conformidade com o conceito e características do inquérito podem colocar em risco o direito de contraditório e ampla defesa do acusado.

## 2.2 A INSTAURAÇÃO, PRAZO PARA ENCERRAMENTO, ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

O início e o término dessa importante etapa investigativa também devem ser analisados, especialmente levando-se em consideração os casos de indeferimento do inquérito pela Autoridade Policial.

Conforme Lopes Jr (2019) a determinação expressa do artigo 4º do Código de Processo Penal, dispõe que o inquérito deve ser realizado pela polícia judiciária, contudo, não é necessariamente policial, já que a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham competência para investigar. A polícia judiciária é encarregada da investigação preliminar, desempenhada pela Polícia Civil e Federal. Já o policiamento ostensivo e preventivo fica a cargo das Polícias Militares, sendo impedida de realizar inquérito policial. Ressalte-se que este estudo será delimitado no inquérito realizado pela polícia judiciária que depende da intervenção judicial para adoção das medidas impostas ao acusado.

A Lei nº 12.830/2013 estabelece as funções atribuídas ao delegado de polícia, *in verbis*.

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. (BRASIL, 2013)

Desse dispositivo legal, depreende-se o entendimento que o início do inquérito policial será pelo delegado de polícia como autoridade policial competente, cabendo ao mesmo a apuração dos fatos e realização dos atos necessários a propositura da ação penal. Conforme o artigo 5º do Código de Processo Penal o início do inquérito policial tem ligação com a *notícia criminis* (notícia do crime). Assim, qualquer pessoa do povo pode levar o fato até a Autoridade Policial, pois não há legitimidade específica, ou ainda mediante atividade de ofício de órgão encarregado da segurança pública (BRASIL, 1941). Segundo Salim (2017) nos crimes de ação penal pública incondicionada o inquérito poderá ser instaurado de ofício, por requisição do Ministério Público, a requerimento do ofendido ou quem esteja na qualidade de representá-lo. Na ação penal pública condicionada o requerimento deve ser por representação do ofendido ou seu representante legal, e pelo Ministério Público, por fim, na ação penal privada somente será feita a requerimento de quem tenha qualidade de intentá-la.

Pela disposição dos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal, a autoridade policial deverá realizar diligências investigatórias, algumas são de caráter obrigatório como exame pericial, colheita de provas, apreensão de objetos, oitiva do ofendido e indiciado e também a ação discricionária praticada pela Autoridade policial, como atos que não contrariem a moralidade ou a ordem pública (BRASIL, 1941).

Afirma Pacelli (2017) que o prazo para conclusão das investigações, em regra, na jurisdição estadual é de dez dias quando o preso tiver sido indiciado, e de trinta dias quando estiver solto. Na justiça federal o prazo é de quinze dias, estando preso, podendo ser prorrogado por mais quinze, caso o acusado estiver solto o prazo segue o rito comum de trinta dias. Diante da impossibilidade de cumprimento dos prazos pela autoridade policial, aponta Avena (2017) que deverá o delegado encaminhar o inquérito mesmo que inconcluso ao juízo solicitando ao magistrado, se tiver em liberdade o suspeito, a devolução dos autos para que sejam concluídas as diligências as quais deverão ser

assinadas no prazo estipulado pelo magistrado, porém, se o acusado se encontrar preso, não será lícito ao juízo a fixação de novos prazos.

Afirma Lima (2016) que não deve a autoridade policial esboçar qualquer juízo de valor, para encerrar o inquérito policial, ao final, o delegado produz um relatório que informa tudo que foi apurado, sendo uma peça descritiva, trazendo o esboço das principais diligências realizadas nessa fase preliminar e justificando os atos que não foram realizados, fazendo ainda a menção das testemunhas.

De acordo com Brito (2015) acerca do destino do inquérito policial, após sua conclusão, os autos serão remetidos ao juiz competente sobre a matéria. Nos casos de ação penal pública o delegado de polícia encaminhará ao Ministério Público para que o titular da ação se manifeste a respeito. O arquivamento do inquérito policial é uma decisão judicial que somente poderá ser tomada mediante requerimento do Ministério Público, jamais de ofício pelo delegado, sobre essa questão sustentam Caliari, Carvalho e Lépre (2018, p. 62) que:

O juiz não é obrigado a acatar o pedido de arquivamento, podendo: a) aceitá-lo e, de fato, arquivar o inquérito; b) não concordar, invocando o previsto no art. 28 do Código de Processo Penal. Discordando do pedido de arquivamento, remeta o inquérito ao procurador-geral do Ministério Público. Caso o procurador-geral concorde com o juiz, poderá ele mesmo oferecer denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo [este não poderá se negar a oferecer a denúncia, por atuar como mero longa manus do procurador-geral]. Já se o procurador-geral discordar do juiz, insistindo no cabimento do arquivamento, ficará o magistrado obrigado a atender o pedido, já que o Ministério Público é o titular da ação penal. Em regra a decisão de arquivamento é irrecurável. Uma primeira exceção ocorre nos crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública, em que existe previsão de recurso de ofício.

Em conformidade com os supracitados autores, após arquivado o inquérito policial, somente poderá ser reaberto com a existência de nova prova capaz de elucidar os fatos, mediante o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, assim, o juiz determinara o desarquivamento para apuração das novas provas, nesse sentido, é o que dispõe a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

Diante desses apontamentos, o inquérito policial tem relevância que transborda a finalidade para qual foi criado pelo legislador, deste decorrem todas as fases da ação penal,



pois, define-se como procedimento preliminar, cuja a origem está interligada aos atos praticados pelo delegado de polícia (autoridade responsável) por colher as informações necessárias para andamento processual pelo magistrado.

### **3 AS ALTERAÇÕES NA ATUAÇÃO DO ADVOGADO COM A LEI 13.245/2016**

Neste tópico será descrita a atuação do advogado criminalista no inquérito policial antes da Reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 8.906/1994) pela Lei nº 13.245/2016.

#### **3.1 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL NO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA REFORMA DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

*A priori*, tem-se o advogado como figura importante para o acesso à justiça, nessa acepção, está consagrado no bojo da Constituição Federal o artigo 133, *in verbis*:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL, 1988, sem paginação)

Logo, o advogado integra a função social do Estado, sendo imprescindível o trabalho desempenhado por este para efetivação dos direitos que foram lesados ou estão sobre ameaça. A prerrogativa profissional significa o direito exclusivo e indisponível ao exercício de determinada profissão no interesse social, no caso do advogado, configura condições legais do exercício do múnus público (OTESBELGUE, 2021). Por essa razão, há necessidade de participação do advogado durante o inquérito policial, embora essa fase seja apenas no colher das informações, conforme alguns autores afirmam. Val ressaltar que, em muitas cidades não existe Defensoria Pública para atuação em fase de inquérito policial e mesmo que haja, não atuam totalmente no inquérito policial (JUNIOR, 2018).

Antes da edição da Lei nº 13.245/2016 haviam impeditivos para os advogados quanto ao acesso aos autos de investigações preliminares como os inquéritos policiais (PEREIRA, 2018). Mesmo com a vigência da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (em vigência) que dispõe que é dever do defensor no interesse do representado, possuir acesso amplo aos elementos de prova que já foram documentados em procedimento investigatório, realizado por órgão com competência de polícia judiciária, e que digam respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, 2009).

Na prática havia limite para essa premissa, pois o advogado somente poderia ter que acesso aos elementos que constavam no inquérito policial, as provas precisavam estar

documentadas, na maioria das vezes a autoridade policial realizava investigação, oitiva de testemunhas, e o advogado não podia assistir ou participar juntamente com seu cliente, dos atos que estavam em curso, tendo que esperar a conclusão do ato para ter acesso às informações, em algumas oportunidades a documentação era juntada apenas no último dia das investigações (COSTA, 2017).

De mais a mais, o defensor peticionava ao Delegado requerendo cópia dos autos do inquérito policial com fulcro na Súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal, e a autoridade policial, permitia somente as peças que julgava convenientes. Assim tendo o advogado acesso somente a matéria que já tivesse concluída (OTESBELGUE, 2021). Dentre essas limitações, estava a Orientação Normativa do Departamento da Polícia Federal nº 36/2010, *in verbis*:

Art. 5º Os investigados e seus advogado somente deverão ter acesso aos dados e documentos já incorporados aos autos, relativos a si, ou no segundo caso, a seus clientes.

Art. 6º Não será concedido aos investigados ou a seus advogados, acesso a diligências em curso nem as informações que digam respeito exclusivamente a terceiros, investigados ou não. (BRASIL, 2010, p. 02)

Nessa trilha construtiva, o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados aduzia que:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

(BRASIL, 1994, sem vigência)

Assim, os direitos dos advogados, à época da redação do artigo 7º, inciso XIV, da norma em comento, alcançavam somente aos autos de flagrante e documentos já sistematizados, apenas nas repartições policiais. Sendo possível identificar por essa redação, uma certa fragilidade na atuação do advogado.

Mesmo que o Código de Processo Penal deslindasse sobre o inquérito policial em conjunto com a Constituição Federal em seu artigo 144, como um procedimento

basilar de investigação criminal na busca de elementos para comprovação da iniciativa da ação penal, a atuação do advogado era limitada na fase pré-processual (ARAÚJO, 2021).

Prevalecia o entendimento que as nulidades presentes no inquérito policial não obstaríam em reflexos na persecução penal, sendo o inquérito indispensável, poderia o representante do Ministério Público iniciar a ação com o sem ele (SANTOS, 2016).

Nos Tribunais brasileiros o entendimento predominante era que os elementos produzidos na fase investigatória não poderiam servir de fundamento para o decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito fundamental que assegura aos acusados o contraditório e ampla defesa como meios de recursos a ela inerentes (LIMA, 2016).

De acordo com o julgado do Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário nº 593727, tem-se que:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. (STF-RE 593727/MG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Julgamento: 14/05/2015, Publicação: 08/09/2015)

Deste modo, a Corte Suprema frisou que deveriam ser respeitadas em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados, os atos investigatórios, bem como as garantias aos advogados como o acesso aos elementos de prova que digam

respeito a defesa. Essa premissa deu mais incentivo a reformulação do Estatuto Da Ordem dos Advogados pela Lei nº 13.245/2016 que se tratará a seguir.

### 3.2 MUDANÇAS NO INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÉGIDE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL

A Lei nº 13.245/2016 modificou a redação do artigo 7º, inciso XIV, acrescentando ainda o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, com a finalidade de promover maior participação do advogado na fase preliminar (BRASIL, 2016).

A nova previsão do inciso XIV, do artigo 7º, prevê que é direito do advogado examinar, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, em qualquer instituição responsável pela apuração de infrações administrativas e penais. Exigindo procuração apenas quando os autos forem sigilosos, podendo efetuar apontamento por cópias e meios digitais, caso aja uma negativa por parte do responsável da investigação de fornecer o material contido nos autos, ou passar o material faltando apontamento ou de alguma forma incompleto, será responsabilizado e punido administrativamente e criminalmente. A ausência do advogado em interrogatório e depoimentos podem tornar nulos os atos praticados (BRASIL, 2016).

Ante as disposições na respectiva norma, com acréscimo do inciso XXI, o advogado poderá assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos (BRASIL, 2016).

Importa mencionar que, caso o advogado não puder acompanhar o investigado durante o interrogatório, todos os atos praticados pela autoridade policial serão nulos, a confissão será absolutamente nula, não podendo ser utilizada como meio de prova (SANTOS, 2016). Deste modo, o novo texto traz inovação aos direitos dos advogados em prestar assistência aos seus clientes investigados, sendo imprescindível a presença de advogados durante as investigações, sob pena de nulidade, conforme já dito (WALCÁCER, 2016).

Além disso, a Lei nº 13.245/2016 determina nos parágrafos 10 e 11, que caso a investigação for sigilosa o advogado necessitará de procuração, o presidente da investigação pode delimitar o acesso do advogado nas partes que ainda não foram, documentadas nos autos. Uma sanção também foi adicionada no novo texto, no §12 que se refere, quando for solicitada pelo advogado informações e forem repassadas incompletas ou com modificações ainda não constantes no caderno do inquérito, podendo

suprimir o direito de defesa do investigado, implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável (BRASIL, 2016).

O acesso do advogado aos autos que necessitem de sigilo, que ocorre somente mediante apresentação de procuração, caminha em direção as disposições anteriormente firmadas pela jurisprudência e também na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (ARAÚJO, 2021).

Convém salientar que a Lei nº 13.245/2016 promoveu alterações somente no Estatuto da Ordem dos Advogados, contemplando os direitos dos advogados, não se modificou o Código de Processo Penal (AVENA, 2017).

É certo que com o advento da Lei nº 13.245/2016, foram revogados uma série de orientações normativas que impediam os advogados de acessar aos inquéritos policiais, no que se refere as investigações em andamento (COSTA, 2017).

Todavia, as modificações apresentadas no Estatuto da Ordem dos Advogados, expandiram o desempenho profissional do advogado na defesa do investigado, possibilitando amplo acesso às investigações de qualquer natureza, bem como aos autos de flagrante (JUNIOR, 2018).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal no tocante a Súmula nº 14, delibere que esta não tem a capacidade de everter o interesse público, ou seja, o direito de ampla defesa e contraditório, não deve impedir o Estado de aplicar a punição a aquele indivíduo que comete delitos, mesmo a Constituição referindo-se a esses princípios como garantias dos cidadãos, as investigações policiais não tem esse mérito, pois não se tratam ainda de processo, se trata de indiciado e não acusado (COSTA, 2017).

Já em meados de 2003, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 425.734-3 de Minas Gerais, dispunha que os elementos do inquérito poderiam influir na formação do livre convencimento do juiz para decisão da causa quando complementam outros indícios que passam pelo crivo do contraditório em juízo. Levando em consideração que todos os elementos informadores do inquérito policial não são colhidos sob a égide do contraditório e ampla defesa, deduzir-se-á ainda que o inquérito policial teria valor probatório relativo (LIMA, 2016).

Embora a fase preliminar de investigação policial, não possua mérito processual, não estando o indivíduo submetido a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, as conclusões do Supremo Tribunal Federal são construídas com base em uma interpretação da Constituição de 1988 (OTESBELGUE, 2021).

Nesse diapasão, grande parte da doutrina considera o inquérito policial como não garantidor dos princípios elencados na Constituição Federal, especialmente, o contraditório e a ampla defesa, possuindo os mesmos valores probantes reduzidos ou relativos (JUNIOR, 2018).

O contraditório é formado pelo binômio informação e reação, não tenho a nova legislação assegurado esses elementos nas investigações de qualquer natureza, o inquérito policial continua a ser inquisitivo. No que se refere a ampla defesa, ela poderá ser exercida no inquérito policial, possibilitando o interrogatório do investigado, resguardado o direito ao silêncio, por parte do acusado (BADARÓ, 2018).

Por consequência, o inquérito policial, funciona como importante mecanismo persecutório cuja a finalidade é recolher elementos probatório que embasam o oferecimento da denúncia ou queixa crime, sendo também utilizado como um meio de defesa para o acusado. Assim, mesmo nessa fase inquisitorial, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser contemplados nesse procedimento por força do amparo constitucional no artigo 5º, incisos LV e LXIII da Constituição Federal (JUNIOR, 2018).

Há autores que discutem ainda as novas disposições, afirmando que garantam a presença de defesa a todos, já que Lei nº 13.245/2016 trata das atividades do advogado e de suas prerrogativas designadas pelo acusado (que é seu cliente), em outras palavras, a lei mudou apenas para beneficiar uma pequena fatia da sociedade que já tinha a possibilidade de exercer sua defesa por ações impugnativas (mediante a contratação de advogado), houve apenas uma consolidação da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal e sua ampliação a todas as instituições aptas a investigar, mas sem alterações substanciais no Código de Processo Penal (WALCÁCER, 2016).

Tem-se que a Lei nº 13.245/2016 trouxe amplitude para contradição e defesa, que não se afetam na fase investigatória, ademais, a vinculação a Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 14, visou garantir o exercício da defesa que deve ser exercida pelo Delgado de Polícia, pois o legislador instituiu que o defensor tem amplo acesso as questões já documentadas (SILVA, 2021).

Dessa forma, é evidente a mitigação da ampla defesa e do contraditório na fase preliminar, decorre da presença do advogado como indispensável, permitindo acesso ao inquérito caso houver defensor constituído pelo acusado. Todavia, para aqueles indivíduos que não tem condições financeiras de constituir defensor, o procedimento seguirá seu curso, sem a nomeação de um defensor para sua defesa, havendo a atuação da Defensoria Pública no curso da investigação (LECHENAKOSKI, 2021). Em conformidade com Avena



(2017, p. 121) tratando-se o inquérito um procedimento inquisitorial, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, não há ampla defesa no seu curso:

(...) não afeta essa natureza inquisitiva a modificação determinada pela Lei 13.245/2016 ao Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994). Referida alteração legislativa não modificou o Código de Processo Penal de modo a estabelecer a obrigatoriedade da assistência de advogado ao investigado durante o inquérito. Não foi isto, enfim, o que fez o legislador. O que fez, isto sim, foi assegurar o direito do advogado em assisti-lo, não podendo esse direito, quando requerido o seu exercício, ser obstado sob pena, agora sim, de nulidade do interrogatório, do depoimento e de todos os atos que daí decorrerem. Mas, atenção: na atualidade, a despeito da função primordial do inquérito policial no sentido de obter elementos para que a parte legitimada possa intentar a competente ação penal, a denominada função preparatória.

Para o mencionado autor, sob a égide das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os tribunais pátrios consolidaram a tese que o inquérito policial possui valor probante relativo, limitando seu uso ante as convicções do juiz, condicionada as provas produzidas durante a investigação (AVENA, 2017).

Com base em Capez (2020, p. 191) o inquérito policial tem conteúdo informativo, com valor probatório relativo:

(...) tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual.

Desse modo, como a investigação preliminar tem natureza inquisitória, podendo o contraditório e a ampla defesa serem mitigados, fato este que decorre da presença do advogado como indispensável. Nos casos em que o investigado não tenha um defensor, a estrutura dialética do processo não será preservada, pois, o contraditório possui uma dupla

dimensão que abrange informação e dimensão, não será respeitado, uma vez que, no curso da investigação forem juntados documentos, o defensor do acusado não será intimado das peças novas, tomando ciência somente quando requerer o acesso a documentos juntados no inquérito policial, ou seja, não será possibilitada a informação para reação necessária a tempo (LECHENAKOSKI, 2021).

A assistência do advogado na fase inquisitorial é garantia constitucional, a Lei Ordinária somente confirmou o direito já assegurado na Constituição Federal de 1988, que referem-se a formas parciais de contraditório e ampla defesa e que não podem ser concedidos na sua integralidade (ARAÚJO, 2021).

Segundo Lima (2016, p.179), caso negado o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, três instrumentos de impugnação podem ser utilizados:

**C**onsiderando a edição da súmula nº 14, é viável o ajuizamento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja preservada sua competência e assegurada a autoridade de suas decisões. Independentemente da reclamação, continua sendo cabível a impetração de mandado de segurança, diante do desrespeito ao exercício da defesa consubstanciado em violação à prerrogativa profissional do advogado. Nada impede que o acusado, seja pessoalmente, seja por meio de seu advogado, mas sempre em seu benefício, possa se valer do remédio heroico do *habeas corpus* arguindo que a negativa do acesso de seu advogado aos autos do procedimento investigatório acarreta constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção. Isso porque esse cerceamento à atuação do advogado no curso das investigações poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do investigado.

Para o autor, a negativa de acesso do advogado aos autos da investigação preliminar, implica em responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedis o acesso do advogado com ensejo de atrapalhar o exercício da defesa (LIMA, 2016). Nesse sentido, a Lei nº 13.869/2019 estabelece condutas que podem ser consideradas abuso de autoridade e como crimes, *in verbis*:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a

obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Dentre essas tratativas está a negativa de disponibilizar o acesso do processo investigatório ao interessado ou seu defensor (BRASIL, 2019). É direito do investigado ou seu defensor os acessos as peças dos atos já praticados e documentados preliminarmente (LECHENAKOSKI, 2021).

Com isso, todos os atos praticados em sede de inquérito policial devem ser revestidos pela formalidade da lei, visando garantir os direitos do acusado, obedecida ainda a previsão legal da presença de advogado. Outrossim, os vícios praticados durante o inquérito em nada poderão praticar a ação penal, já que o juiz poderá refazer o ato ou desconsiderá-lo (BRITO, 2015). E mesmo que grande parcela da doutrina compreenda que o inquérito policial tem natureza inquisitória, a Lei nº 13.245/2016 atribuiu um viés garantista, uma vez que a busca por esclarecimentos sobre os fatos investigados pode ser perpetrada pela autoridade policial e também pelo causídico que representa o investigado, com isso, importa-se observar o contraditório e ampla defesa, mesmo que mitigados em relação ao que se pratica na esfera judicial (PEREIRA, 2018).

As mudanças advindas da Lei nº 13.245/2016 são relevantes para a garantia do Estado Democrático de Direito, inibindo que os direitos constitucionais sejam infringidos, diante da inadequação dos abusos policiais e as práticas nada ortodoxas como indispensáveis para o contexto social (NUCCI, 2016 apud ARAÚJO, 2021).

Assim, não restam dúvidas que as prerrogativas promovidas pela Lei nº 13.245/2016 estabelecem amplitude da participação do advogado no inquérito policial, assegurando os direitos do acusado e proporcionando maior credibilidade aos elementos colhidos nessa fase inquisitorial, e principalmente, possibilita ao juiz visão ampla dos fatos, podendo decidir com maior convicção. Como consequência disso, a presença do advogado no inquérito policial é uma prerrogativa profissional, funcionando ainda como cumprimento legal do direito à ampla defesa e do contraditório (JUNIOR, 2018).

Por esse motivo, mesmo que exista alguns argumentos contrários ao inquérito policial sob a égide do contraditório e ampla defesa, é inegável o valor probatório do inquérito policial mesmo que seja de forma mitigada perante o disposto na Lei nº 13.245/2016.

#### **4 CONCLUSÃO**

Conforme visto, o estudo abordou a atuação do advogado criminal no inquérito policial após a reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ocorrida em 2016, devido a edição da Lei nº 13.245/2016. No primeiro capítulo, foram descritos os conceitos e características do inquérito policial. Quanto a definição de inquérito policial, tem-se como um procedimento administrativo instaurado por uma autoridade policial. A grande maioria dos doutrinadores listou como características do inquérito policial, a determinação que o procedimento seja escrito, sigiloso, inquisitivo, indispensável, e que tenha oficialidade, oficiosidade, autoridade responsável, e discricionariedade. Além do mais, se destaca o valor probatório desse procedimento, tendo em vista a importância do inquérito policial para ação penal, pois neste momento é que são colhidas todas as provas que darão ensejo a investigação criminal e a punibilidade do agente delituoso.

Nesta mesma toada, ainda no primeiro capítulo, analisou-se a instauração, o prazo para encerramento, arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. Em relação ao início, essa é uma atribuição do Delegado de Polícia (autoridade policial responsável) conforme o disposto na legislação. O prazo para investigação irá depender da condição do réu e da esfera jurisdicional (estadual ou federal).

Ademais, depois de decorrido o prazo, a autoridade policial poderá solicitar ao juiz a prorrogação do prazo, que poderá ser prorrogado apenas uma vez, em decorrência disso, o Delegado de Polícia deverá elaborar relatório contendo um esboço dos atos realizados, em peça descritiva, mesmo quando inclusivo. A respeito do arquivamento, é uma decisão judicial que somente é tomada mediante requerimento ao Ministério Público, jamais podendo ocorrer de ofício pela autoridade policial. O desarquivamento incidirá na ocorrência de nova prova capaz de resolver as nuances envolvendo o caso concreto.

Em seguida, no segundo e último capítulo, descreveu-se os reflexos das alterações da Reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) pela Lei nº 13.245/2016 na atuação do advogado criminalista.

A prestação jurisdicional exercida pelo advogado, no auxílio do seu cliente, é garantia constitucional prevista no artigo 133 da Constituição Federal e deve ser respeitada. Sendo o advogado essencial para a efetivação da justiça, e da inibição de violações aos direitos constitucionais.

Dessa forma, é relevante a participação do advogado perante o inquérito policial. Contudo, isso não ocorre na prática, anteriormente a Lei nº 13.245/2016 o acesso aos documentos juntados no inquérito policial era bastante dificultoso para o advogado. Mesmo com a vigência da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal que dispunha o direito de acesso aos elementos de prova que já foram documentados em processo investigatório.

No caso fático, havia limitação para essa premissa, pois os advogados apenas possuíam acesso aos elementos já documentados, na maioria das vezes, a autoridade policial demorava documentar os fatos ou permitia acesso somente as peças que lhe eram convenientes, sem mencionar as situações em que o advogado era impedido de assistir oitivas de testemunhas. Em razão disso, houve a implementação da Lei nº 13.245/2016, conforme já dito, intitulada de Reforma do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Com isso, modificou-se a redação do artigo 7º, acrescentando ainda o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, com o objetivo de promover maior atuação do advogado durante a fase preliminar de investigação.

Com a alteração o advogado passou a ter acesso a inquéritos policiais com maior amplitude, até mesmo sem procuração (salvo aqueles em segredo de justiça), podendo ainda assistir seus clientes durante o interrogatório ou depoimento para apuração das infrações, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Entretanto, há uma parte da doutrina que considera o inquérito policial como não garantidor dos princípios do contraditório e ampla defesa, sendo o inquérito policial de valor probante relativo. Embora outros autores afirmem que mesmo na fase preliminar, as premissas normativas previstas no artigo 5º da Constituição Federal (que tutelam os mencionados princípios), devem ser levadas em consideração, devido a evidência de mitigação da ampla defesa e do contraditório nessa fase investigatória diante do disposto pela Lei nº 13.245/2016.

Conclui-se que as alterações promovidas pela Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ampliou no caso concreto, a efetivação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, mesmo que parte da doutrina discorde, tem-se finalmente a constatação do respeito as prerrogativas dos advogados criminais, na atuação de defesa dos seus clientes quando esses estiverem sendo investigados.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jéssica Leticia Viana. **As prerrogativas do advogado no inquérito policial:** uma análise à luz da lei 13.245/16. Guanambi-BA, UNIFG, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13862/1/TCC%20II%20Alterado%20-%20J%C3%A9ssica%20Ara%C3%BAjo.pdf>. Acesso em: 03 maio 2022.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil 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: 02 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 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: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

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). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 05 maio 2022.

BRASIL. (Tribunal Pleno). Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593727 - Minas Gerais**, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 14/05/2015, Data de Publicação: 08/09/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318423/false>. Acesso em: 03 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 02/02/2009. Fonte de publicação no DJe nº 26 de 09/02/2009, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. **Orientação nº 36 de 28 de julho de 2010**. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Apresenta orientações para atendimento a pedidos de vista e extração de cópias dos autos de Inquéritos Policiais e Cartas Precatórias e revoga a Orientação Normativa nº 27/2009. Disponível em: Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 02 maio 2022.



BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRITO, Alexis Couto. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALIARI, Fábio Rocha; CARVALHO, Nathan Castelo Branco; LÉPORE, Paulo. **Manual do advogado criminalista**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COSTA, Carina Silva. **O advento da lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no inquérito policial**. Monografia (Bacharelado). Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito - Salvador, 2017.

GARCIA, Flávio Cardinelle. **Inquérito policial: uma visão panorâmica**. Curitiba: InterSaber, 2017.

JUNIOR, Eleylde Martins da Silva. **A necessidade do advogado no inquérito policial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade Doctum de Guarapari. Guarapari/ES, 2018. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2430/1/TCC%20COMPLETO%20CD.pdf>. Acesso em: 02 maio 2022.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **Processo penal e sistema acusatório: análise crítica dos sistemas processuais penais ao ônus da prova**. Curitiba: InterSaber, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OTESBELGUE, Rodrigo da Silva Mendes. **Lei 13.245/2016 e inquérito policial: prerrogativa de função do advogado e manutenção da desigualdade material na fase inquisitorial**. Inhumas: FacMais, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Erica Ricardo. **O advento da lei 13.245/2016 e a ampliação da participação do advogado no inquérito policial versus a garantia de sigilo:** preservação ou limitação do direito do investigado?. Faculdade Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, 2018. Disponível em: <http://famigvirtual.com.br/famig-monografias/index.php/mono/catalog/download/413/405/1628-1?inline=1>. Acesso em: 04 maio 2022.

SALIM, Alexandre e Outros. **OAB 1º fase:** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Guilherme Tomaz. **A (in)aplicabilidade da garantia do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial à luz da lei 13.245/2016.** Palhoça, UNISUL, 2017. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6569/1/Guilherme%20Tomaz%20dos%20Santos%20-%20Monografia%20.pdf>. Acesso em: 02 maio 2022.

SILVA, Jader Carlos Santos. A lei 13.245/2016: caráter inquisitivo do inquérito policial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 25 maio 2021, 06:23. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56563/a-lei-13-245-2016-carter-inquisitivo-do-inquirito-policial>. Acesso em: 03 maio 2022.

WALCÁCER, Enio. **A investigação e a Lei 13.245/2016:** mudanças para quem. Canal Ciências Criminais, 03 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-investigacao-e-a-lei-13-2452016-mudancas-para-quem/>. Acesso em: 02 maio 2022.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: ARRUDA JÚNIOR, Aroldo Gomes. *A atuação do advogado criminal no inquérito policial*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 maio 2022. Disponível em: Acesso em: 27 maio 2022.

## A QUESTÃO DA IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA NO DIREITO PENAL

**ARIELLE CAMILA FERNANDES DE SOUZA:**

Bacharelanda no curso de Direito na  
Universidade Brasil Campus Fernandópolis

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

**RESUMO:** Nesse conteúdo irá abordar o psicopata no meio do ordenamento jurídico. Ao transcorrer da pesquisa vamos ver o perfil do psicopata e suas principais características da psicopatia/psicopata. Vale lembrar que, o psicopata não nasce com psicopatia, e sim com tendências de uma mente psicótica e por conta das experiências vivenciadas em sociedade, que pode acarretar o desenvolvimento de um psicopata. Também iremos analisar a imputabilidade da pessoa considerada psicopata, como fonte de apoio a legislação, a doutrina jurídica.

**Palavras- chaves:** Psicopatia – Doutrina - Sociedade

**ABSTRACT:** In this content will address the psychopath in the middle of the legal system. In the course of the research we will see the profile of the psychopath and its main characteristics of psychopathy / psychopath, in fact, the psychopath is not born with psychopathy, but with tendencies of a psychotic mind and because of the experiences lived in society, which can lead to development of a psychopath. We will also analyze the imputability of the person considered psychopath, as a source of support for legislation, legal doctrine.

**Keyword:** Psychopathy – Doctrine - Society

### INTRODUÇÃO

A psíquica forense se enquadra entre o assunto saúde mental e lei. E nesse artigo iremos abordar sobre a culpabilidade utilizada para os indivíduos psicopatas em razão ao ordenamento Jurídico Brasileiro e sobre seu tratamento diante os crimes cometidos, qual a forma da sua condenação. No ordenamento jurídico, não dá uma forma legal que trate o assunto como específico, por essa razão muito desses criminosos são presos comuns que

de uma forma acaba sendo perigoso para outros presos. Por não ter uma lei “específica” para esses casos, a doutrina e a jurisprudência adotaram as seguintes probabilidades, são julgados como imputáveis e aplica-se a pena privativa de liberdade, ou são reconhecidas como semi-imputáveis, onde a responsabilidade é reduzida, e julgados como uma redução de pena, ou também são consideradas inimputáveis e sofrem uma medida de segurança.

Para a realização desse Artigo foi necessária uma análise de pesquisas bibliográficas de doutrina na área de Direito e também na área de psicologia, como o psicólogo Robert Hare para assim, melhor explicar sobre perfil do psicopata, e também pesquisas feitas entre Doutrinadores como Guilherme Nucci, Silva, Fernando Capez e entre sites jurídicos, vídeos aulas explicativos, e também foi utilizado o Código Penal, para explicação judiciária.

E para melhor entender sobre o assunto, o trabalho foi dividido em capítulos:

I:- Perfil do Psicopata, identificação do diagnóstico e características;

II:- Imputabilidade do Psicopata;

III:- Imputabilidade, Inimputabilidade e Semi-Imputabilidade, que foi esclarecida através de doutrinadores do direito e explicações jurídicas;

IV:- E enfim a conclusão.

## **1. PERFIL DO PSICOPATA**

A sociedade tem em mente que o psicopata já nasce com a psicopatia, e na prática não é bem assim, para o indivíduo ser considerado psicopata é necessário que tenha a maioria das características para o diagnóstico.

O psicólogo canadense Robert Hare, especialista em psicologia criminal e psicopatia, criou um método de diagnóstico com o nome de “Escala Hare” que é fundamental para o diagnóstico da psicopatia.

Esse método funciona da seguinte forma, a pessoa através desse questionário de possui 20 perguntas, que cada pergunta é pontuada de uma escala de 0 a 2 pontos (0 é não, 1 é talvez e 2 é sim). Também possui a pontuação de 0 a 40 pontos, para caracterizar como psicopatia a pontuação precisa ser maior que 30 pontos.

Segundo Hare:

A consciência, o processo de avaliar se algo deve ser feito ou não, envolve não somente o conhecimento intelectual, mas também o aspecto emocional. Do ponto de vista intelectual, o psicopata pode até saber que determinada conduta é condenável, mas, em seu âmago, ele não percebe quão errado é quebrar aquela regra. Ele também entende que os outros podem pensar que ele é diferente e que isso é um problema, mas não se importa. O psicopata faz o que deseja, sem que isso passe por um filtro emocional (HARE 2009, p 20).

Fica claro sobre a necessidade de algumas características relacionadas à psicopatia, para identificá-lo, e por fim, e qual é a origem dessas características?

Segundo uma pesquisa realizada por meio com neurologistas brasileiros, Jorge Moll e Ricardo Oliveira, em uma entrevista. Que os psicopatas possuem um distúrbio no sistema límbico, onde é a parte do cérebro responsável pelas emoções. No cérebro do psicopata eles pensam mais, e sentem menos, o racional sempre sobrepõe ao emocional.

Ele não sente culpa, e nem emoção, sabe que está fazendo algo de errado, porém para ele não importa somente as suas vontades. São indivíduos frios e calculistas. E que a estruturação, cerebral do indivíduo psicopata é diferente, pois eles possuem menos conexões entre o córtex pré-frontal, uma parte responsável pelos sentimentos como empatia é culpa.

Para o indivíduo, psicopata pouco importa as consequências o que importa realmente para ele é suprir suas vontades, de qualquer forma, o indivíduo não possui medo da punição, por isso possui um grande índice criminal com esses tipos de indivíduos, vale ressaltar que nem todos os psicopatas são assassinos, porém podem cometer crimes. O que realmente importa para ele é almejar seus desejos.

Uma forma de verificar a presença da psicopatia, é que desde a infância a pessoa já dá o sinal das características da psicopatia, como exemplo, maltratar animais, dificuldade em respeitar os pais, mentiras, são impulsivas e egocêntricas. São cruéis e fazem isso sem sentir culpa ou medo.

Os inimputáveis são os menores de 18 anos, doente mental (epilepsia, esquizofrenia, senilidade, paranoia, entre outros), para o doente mental ser inimputável é importante que ele não entenda o caráter ilícito da conduta; indivíduo com desenvolvimento mental

incompleto ou retardado (idiotas, oligofrênicos...); o embriagado por motivo de força maior ou caso fortuito; estes são isentos de pena.

Já os semi-imputáveis são os agentes com perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto, para estes são aplicadas medidas segurança ou diminuição de pena. A inimputabilidade está disposta no artigo 26 do Código Penal Brasileiro, enquanto a semi-imputabilidade está no parágrafo único do mesmo artigo: Art. 26. É isento de pena agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento da imputabilidade do psicopata ainda há divergências sobre a responsabilidade penal do psicopata.

No Brasil, alguns juízes decidem pela imputabilidade, por terem consciência do caráter ilícito da conduta; já outros decidem pela semi-imputabilidade pois, apesar de ter a consciência do caráter ilícito, não conseguem evitar a conduta ilícita. Quando tratados como semi-imputáveis, pode ser reduzida a pena ou serem aplicadas medidas de segurança. Alguns tribunais já decidiram pela semi-imputabilidade do psicopata, como exemplo do TJ de São Paulo: "Os psicopatas são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter criminoso do ato praticado, enquadrando-se, portanto, na hipótese do parágrafo único do art. 22 (art. 26 vigente) do CP." (RT, 5050/303).

## **2. AFINAL, QUAL É A IMPUTABILIDADE ADEQUADA PARA O PSICOPATA?**

Inimputável?

Semi-Imputável?

Imputável?

Diante o conteúdo *decorrido*, até agora, fica um grande questionamento sobre a punição certa para o psicopata.

O psicopata não *pode* ser inimputável, pois não condiz com uma doença mental ou possui algum retardo mental, ou seja, incapaz de entender o caráter ilícito do fato.



Como diz Silva:

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, psyche = mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). (SILVA, 2008, p 32-33.).

Porém, alguns especialistas acreditam que o conceito doença não deveria ter restrição, e a *psicopatia* encaixaria em causa de inimizabilidade.

Diante disso, Zaffaroni e Pierangeli explicam:

O psicopata conhece a letra, mas não a música. Sua capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta, não lhe falta o elemento intelectual. Contudo, por possuir uma atrofia em seu sentido ético, sendo um sujeito incapaz de internalizar normas de conduta, deve ser considerado inimputável. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 546).

Por outro lado, as maiorias dos especialistas acreditam que a psicopatia seja um transtorno de personalidade e não uma doença mental acreditam que o indivíduo possui capacidade plena sofre um distúrbio psicótico que afeta a sua forma de interação social. Totalmente *diferente* da pessoa que possuiu doença mental, que tem características de desorientação e perda de contato com a realidade e não conseguem controlar seus impulsos.

Michele, diz:

A psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que afastaria os chamados elementos integradores causais da inimputabilidade. Além disso, haveria plena

capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como, de determinar-se de acordo com esse entendimento, elementos integradores consequenciais. (ABREU, 2013, p.184).

Diante de tudo isso, podemos considerar sobre a semi-imputabilidade é a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de autodeterminação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, compreende a redução da imputabilidade, por isto *fica* claro pra alguns especialistas que a psicopatia não configura como desenvolvimento mental retardado ou mental incompleto.

Que o perfil do psicopata entende-se que possui caráter ilícito dos fatos e capacidade plena para *entender* o que está fazendo.

Hare diz:

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. (HARE, 2013, p.38).

Tendo em vista que diante as pesquisas feitas, para analisar o psicopata criminal é necessário *verificar* qual na lei penal, adequada para ser imposta ao psicopata, como ele irá responder pelo seu ato.

### **3. INIMPUTABILIDADE.**

O artigo. 26 do código penal, fala sobre a inimputabilidade refere-se, sobre aquela pessoa que não pode responder pelos seus atos, por não ter capacidade mental, ou falta de maturidade mental. Diante disso:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou *retardado*, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

#### **3.1 Redução de pena**

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de *perturbação* de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou

retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sobre a inimputabilidade Bitencourt (2010) diz que é a incapacidade de culpabilidade e inaptidão para ser culpado. É a falta de sanidade mental ou falta de maturidade mental, não pode *responder* por se ato em várias hipóteses.

Quando a *insanidade* mental ou falta de discernimento, não seria aqui o caso do psicopata, é interessante o posicionamento de Bitencourt:

Além de mentalmente não possuir desenvolvimento mental completo, por doença ou perturbação mental é necessário à consequência desse distúrbio: a incapacidade de discernimento [...] reuni dos aspectos um biológico que é a doença em si e um aspecto psicológico que seria capacidade de entender ou autodeterminar. (BITENCOURT, 2010, p.175).

De maneira *específica* sobre a doença mental, ainda Bitencourt. Ressalta que:

Deve compreender as psicoses que incluem o estado e alienação mental por desintegração da personalidade ou evolução deformada de seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva na paranoia e outras identificadas pela ciência. (BITENCOURT, 2010, p.175).

Caso *enquadre* com as atividades da inimputabilidade, seria dominado nos termos do artigo 41 do Código Penal, segue:

### **3.2 Superveniência de doença mental**

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Já em sede *de* fixação da pena, analisa um dos aspectos essenciais, que é a culpabilidade. Observa-se:

### **3.3 Fixação da pena**

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao *comportamento* da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ainda se ressalta que *no* caso de inimputáveis, deverá ser aplicado e verificado as medidas de segurança a este agente, nesse sentido o código penal aduz que:

### 3.4 Espécies de medidas de segurança

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento *adequado*;

II - sujeição a tratamento *ambulatorial*.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

### 3.5 Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato *previsto* como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Portanto, conforme fora verificado até aqui, se o psicopata fosse considerado o inimputável, teria que *ser* levado em conta o que fora exposto e previsto no código penal e na doutrina, que não é o caso.

Como dito no artigo, o direito só poderia entender pela inimputabilidade, caso a psicopatia fosse considerado uma doença, e como vimos este não é o caso, o direito poderia entender como inimputabilidade se a psicopatia fosse entendida como uma doença.

Para o direito chegar a uma conclusão é necessário o auxílio da medicina levando em conta *os* estudos realizados, pesquisas e parâmetros internacionais. No quais são a CID (Classificação Internacional de Doença), bem como a DSM-V (Manual Diagnostico Estatístico de Transtorno Mental). A respeito desse entendimento, a autora (SOUZA, 2018, p.4) revela que:

A psicopatia é classificada como CID-10 (Classificação Internacional de Doença), doença *denominada* como um Transtorno Dissocial, conforme apresentado pelo código F60.2 abaixo.

### **3.6 F60.2 Personalidade dissocial**

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Outra classificação muito usada é a sigla DSM-V (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Psiquiátrica Americana, conhecida com APA) e a *Associação* Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association) conhecida como um transtorno de personalidade na qual o indivíduo apresenta ausência de emoção e culpa ou remorso nas suas atitudes, podendo até se encaixar no meio da sociedade, simulando comportamentos normais e agradáveis, para controlar as outras pessoas. Geralmente os primeiros sintomas desse transtorno, como já dito, surgem na adolescência do indivíduo ou no início da sua fase adulta, se prolongando.

Desse modo, conforme classificação dos estudos científicos exposto pode-se concluir que a *psicopatia* é um distúrbio mental, por aversão social, que não se enquadra como as outras doenças que faz com o que o agente não saiba o que esteja fazendo, por consequente, o psicopata, tem sim discernimento, uma vez que isso não tira a percepção de entender, compreender o que esteja fazendo de ilegal.

Nesse sentido, deve responder pelo seu crime, já que não é inimputável, daí conclui-se pela prisão *deste*, pois o nosso ordenamento jurídico, acaba sendo falho em questão de ter uma pena específica para tratar da criminalidade do psicopata.

## **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

E por fim, o intuito dessa pesquisa primeiramente foi mostrar sobre as características de um psicopata e a forma que ele é visto no Ordenamento Jurídico.

Entende-se que psicopata é um indivíduo que possui a ciência de entender o caráter ilícito dos fatos, ele não consegue controlar suas vontades (características da psicopatia), eles acabam pensando em suas vontades, são racionais e diante pesquisas relacionadas entende-se pelos termos médicos que não são considerados loucos ou doentes mentais e não apresentam desorientação.

Falamos sobre os imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis, e cada um com suas descrições de tratamento.

Acredito que com todo material do artigo, entre doutrinas, jurisprudências, não existe certamente o tratamento exato para as características do psicopata. O nosso ordenamento acaba sendo falho para tratamento judicial para aqueles que possuem a psicopatia, pois são incapazes e não possuem doenças mentais, para serem condenados como semi-imputável ou inimputáveis. Podemos ver como exemplo que ficou bastante conhecido na época, e até hoje é um caso muito lembrado Francisco de Assis Pereira, foi condenado por estupro de 16 mulheres em 1998, depois de abusá-las eram brutalmente assassinadas, diante disso a Justiça Brasileira considerou o indivíduo como semi-imputável, ou seja, possuía a capacidade de discernimento reduzida, mas, lembrando que psicopata possui caráter ilícito dos fatos e capacidade plena para entender o que está fazendo, e fica evidente que não se enquadra como SEMI-IMPUTÁVEL. Como dito acima, o psicopata possui tendências de uma mente psicótica e por conta das experiências vivenciadas em sociedade, que pode acarretar o desenvolvimento. Foi basicamente isso que houve com Francisco, houve fatores que de certa forma podem ter influenciado no comportamento, Francisco sofria abusos, maus-tratos na infância. Cabe a Justiça determinar uma pena exclusiva que encaixe no perfil desse tipo de criminoso.

Fica claro diante disso, que falta uma lei específica para tratar e condenar de forma adequada àqueles que possuem distúrbio de personalidade.

Fica evidente que não possui o tratamento ideal, e como não possui uma lei para respaldar esses indivíduos, eles estão respondendo como criminosos, e vivenciando com presos normais, acredito que enquanto não tenha uma lei certa para esses casos, certamente o melhor a se fazer por enquanto é a medida de segurança, mesmo entendendo-se que a psicopatia não é uma doença mental, e não possui cura, nem tratamento para controlar suas atitudes, mas faria que esses indivíduos fossem retirados da sociedade para um tratamento acompanhado por médicos experientes, sabendo-se também que a psicopatia não tem cura.



## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABREU, Michele O. Da Imputabilidade do Psicopata. 2015.

CAPEZ, Fernando Curso de direito penal. Volume 1, parte geral: Arts. 1 a 120. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011 Classificação de Transtornos mentais e de Comportamento da CID-10:

SILVA, Ana Beatriz Barbosa da - Mentas perigosas: O psicopata mora ao lado. Livro digital.

BITENCOURT, Cezar Roberto - Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<https://amenteemaravilhosa.com.br/teste-de-psicopatia-de-robert-hare/>. Acesso em:05/01/2022

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637167/artigo-26-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em:01/11/2021

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/imputabilidade-penal>. Acesso em:05/11/2021

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/753853153/maniaco-do-parque-analise-psicopatologica-e-comportamental>. Acesso em: 05/11/2021

<https://juridicocerto.com/p/paulobyron/artigos/imputabilidade-inimputaveis-emocao-paixao-e-embriaguez-artigos-26-27-e-28-do-codigo-penal-4048>. Acesso em: 05/11/2021

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/20/675-inimputabilidade-e-semi-imputabilidade-podem-ser-reconhecidas-mediante-incidente-de-insanidade-mental/>. Acesso em:01/11/2021

[http://www2.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm](http://www2.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm). Acesso em:25/11/2021

<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/transtornos-psiqui%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/transtorno-de-personalidade-antissocial-tpas>. Acesso em:02/12/2021

<https://jus.com.br/artigos/9044/comentarios-ao-artigo-59-do-codigo-penal>. Acesso em :02/12/2021

<https://ler-livros.com/ler-online-ebook-pdf-o-psicopata-e-a-imputabilidade-no-direito-penal-baixar-resumo/>. Acesso em :02/12/2021

Psicopatia e culpabilidade - com Prof. Fernando Capez.  
<https://www.youtube.com/watch?v=1aF-WZTi480>. Acesso em :02/12/2021

Psicopatia e Direito Penal - Questões Relevantes.  
<https://www.youtube.com/watch?v=Yqqft3nBiE4>. Acesso em :02/12/2021

## **TELETRABALHO: UMA ANÁLISE DA SOCIEDADE, TECNOLOGIAS EM PERÍODO DE COVID-19.**

**RAYANA MICAELE CUNHA FRÓES:**

Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana da Amazônia (FAMAZ), atualmente, Centro Universitário Metropolitano da Amazônia é uma instituição de ensino superior integrada ao Grupo Educacional Euro-Americano com sede em Belém/PA. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-graduanda em Direito Tributário e Aduaneiro, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo promover uma análise crítica do teletrabalho na sociedade, considerando os impactos tecnológicos que estamos passando nesse período da Pandemia do Coronavírus (Covid-19). Será avaliado como a legislação e a doutrina se posicionam a respeito deste tema. O referido artigo, que terá ênfase na Reforma Trabalhista e Medida Provisória 927. No presente artigo serão abordadas as questões relacionadas à produtividade e à qualidade de vida do trabalhador. Serão apontados os avanços dos sistemas de informação, a novas tecnologias de produção. Serão observados aspectos legais e tecnológicos, que têm capacidade de transformar as relações trabalhistas em vigor atualmente.

Palavras-chave: Teletrabalho; Tecnologia; Informação; Reforma Trabalhista; Home Office.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO. 2.1. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. 3. O TELETRABALHO. 3.1. Modalidades do teletrabalho. 3.2. A evolução do Teletrabalho por meio da Tecnologia da Informação e Comunicação. 3.3. Aplicação da Medida Provisória 927 durante a Pandemia do Covid-19. 4. NÚMEROS DO TELETRABALHO. 4.1. Pesquisa do "Home Office" Teletrabalho no Brasil em 2018. 4.2. Teletrabalho no Brasil em período de Covid-19. 4.3. Empresas brasileiras que adotaram o teletrabalho durante o Covid-1. 5. SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DO TELETRABALHO. 5.1. O mercado do Coworking em período de Covid-19. 5.2. Equipamentos de uso profissional e pessoal. 6. TELETRABALHO EM 2022. 7. ANÁLISE DOS RESULTADOS. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

O teletrabalho ou “Home-Office”, sendo conhecido por muitos, mais ainda desconhecido para outros, talvez pelo conceito que ainda confunde, em especial para aqueles que não têm tanta intimidade com o Direito do Trabalho.

O teletrabalho está cada vez mais comum no ambiente empresarial. O avanço dos sistemas de informação, a novas tecnologias de produção, sistema de telemarketing, entre outros que não necessitam mais do que um terminal de computador conectado à internet. O teletrabalho foi uma evolução na cadeia produtiva, em sua essência não diverge de modo algum do trabalho realizado na sede física do empregador. Tende para a forma de exercício do trabalho em local distinto da sede da empresa, aliada aos meios de comunicação, tecnologia e informação. O trabalhador é subordinado e submete-se a direção do empregador que, embora não fiscalize de forma presencial a produtividade do colaborador no horário de trabalho, mas o faz de forma virtual ou por outro meio.

Embora não seja difícil desenvolver o tema, este exige uma regulamentação complexa. Isto porque vamos além do Direito, é preciso não só vislumbrar hipóteses considerando nosso contexto atual de Covid-19, como também imaginar e acompanhar por quais caminhos a revolução tecnológica atualmente, pode nos transportar. A tarefa não é fácil, pois, há alguns anos atrás, seria surreal idealizar a complexidade de um computador ou um celular, um objeto que, atualmente, é extremamente compacto, mas completo de informações que tendem ir muito além.

No caso do Brasil, foi sancionada a Lei 13.467/17 “Reforma Trabalhista”. Entre outras alterações feitas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a referida Lei trouxe, pela primeira vez, a matéria específica do teletrabalho. E durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o empregador unilateralmente poderá alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho conforme o Art. 4º, *caput*, da Medida Provisória 927.

No presente artigo serão abordadas as questões relacionadas à produtividade e à qualidade de vida do trabalhador, bem como à redução do tempo de trabalho, e das despesas do estabelecimento da empresa. Serão apresentadas algumas pesquisas, estudos, opinião e alguns exemplos de empresas que aderiram ao teletrabalho no Brasil em período de Covid-19.

Serão apresentadas algumas melhorias, ou mesmo soluções, para os principais problemas decorrentes do teletrabalho. Por fim, veremos que o presente artigo de pesquisa demonstrará como a tecnologia impulsionou o seu desenvolvimento, será apresentado as vantagens e desvantagens do teletrabalho. E será apresentado as medidas adotadas no período de Covid-19. Para chegarmos à conclusão de tais questionamentos, vamos entender um pouco da evolução do teletrabalho.

## **2.EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO**

Nas sociedades da Idade Antiga predominava a escravidão, o trabalhador não era considerado sujeito de direito. Nessa fase histórica, o escravo era tido como uma coisa, um objeto, eles não eram remunerados, e na maioria das vezes eram negociados.

Após a decaída do Império Romano, predominou na Europa, durante a Idade Média, o feudalismo, que era derivado dos feudos ou vilas, as unidades de habitação e produção que eram características do período. O trabalho era baseado na pecuária e na agricultura, com a mão de obra do trabalho escravo, que cuidavam da agropecuária e, em troca, recebiam o direito a um pedaço de terra para morar com seus familiares e estariam protegidos dos bárbaros.

A servidão baseava-se em um labor em que o trabalhador não tinha condições de escravo, mas não possuíam sua liberdade. Como destacado pelo professor Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 37):

Não diferiu muito da servidão, uma vez que, embora recebendo certa proteção militar e política prestada pelo senhor feudal dono das terras, os trabalhadores também não tinham uma condição livre. Eram obrigados a trabalhar nas terras pertencentes aos seus senhores. Camponeses presos às glebas que cultivavam, pesavam-lhes a obrigação de entregar parte da produção rural como preço pela fixação na terra e pela defesa que recebiam. (NASCIMENTO, Amauri. 2001. p. 37).

Ainda na Idade Média, a partir do século XII, surgiram as corporações de ofício, constituídas por mestres, bem como pelos aprendizes, como eram chamados.

Já no século XVIII, com a descoberta e desenvolvimento das máquinas de vapor propiciou o aumento significativo da substituição da mão de obra humana por estas, deu-se início a Revolução Industrial.

Primeiramente, devemos observar que a mecanização trouxe transformações que separaram definitivamente o bem econômico aplicável à produção, em especial o representado pelos donos dos meios de produção, e o trabalho representado pelos assalariados, afastando a organização corporativa adotada na sociedade até então, pelos artesãos, e os profissionais da época.

De acordo com as palavras de Ripert (2005) que propõe o seguinte conceito:

As classes burguesas detêm a riqueza e exercem o poder. Há, portanto, uma aliança entre as duas classes potenciais, econômica e política. O capitalismo se vangloria de ser individualista e liberal. Ele mesmo cria as instituições jurídicas de que necessita, mas pede, apesar disso, ao legislador, que as reconheça, obtendo-o facilmente. (RIPERT, 2005, p. 45)

Nesse período, os trabalhadores viviam em condições sub-humanas, sem a existência de intervenção estatal, bem como a exploração trabalhista em face das mulheres e crianças, e suas remunerações cada vez mais baixas, os empregadores os donos dos meios de produção enriqueciam. Nos dizeres de Vólia Bonfim Cassar:

O Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorria no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano. (CASSAR, Vólia. 2017. p. 12)

A partir deste marco revolucionário, surgiram legislações pertinentes à temática trabalhista, dominou as relações desta seara, a intervenção estatal, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento:

Dentre os aspectos políticos o mais importante foi a transformação do Estado liberal e da plena liberdade contratual em Estado Neoliberalista. Naquele, o capitalista livremente podia impor, sem interferência do Estado, as suas condições ao trabalhador. Neste, o Estado intervém na ordem econômica e social limitando a liberdade plena das partes da relação de trabalho. (NASCIMENTO, Amauri. 2001. p. 39).

Além disso, foram criados sindicatos trabalhistas, de modo a proporcionar meios de defesa das garantias individuais dos empregados, que reivindicavam melhorias nas condições de trabalho e melhorias salarial. Ainda nas lições do doutrinador supracitado:



Os trabalhadores reivindicaram, através dos sindicatos que os representaram e na medida em que o direito de associação passou a ser tolerado pelo Estado, em direito que os protegesse, em especial o reconhecimento do direito de união, do qual resultou o sindicalismo; o direito de contratação, que se desenvolveu em dois âmbitos, o coletivo, com as convenções coletivas de trabalho, e o individual, com a ideia do contrato de trabalho; e o direito a uma legislação em condições de coibir os abusos do empregador e preservar a dignidade do homem no trabalho, ao contrário do que ocorria com o proletariado exposto a jornadas diárias excessivas, salários infames, exploração dos menores e mulheres e desproteção total diante de acidentes no trabalho e riscos sociais como a doença, o desemprego e etc. (NASCIMENTO, Amauri. 2001. p. 39).

“O Direito do Trabalho consiste em um complexo de institutos, princípios e normas jurídicas, que são resultado de um determinado contexto histórico e específico”. (Barros, 2012, p. 89).

Diante do exposto, podemos compreender que as garantias trabalhistas foram conquistadas a longo prazo, de forma que, atualmente, o amparo legislativo, tanto constitucional quanto infraconstitucional, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), alterada pela Lei vigente nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que foi sancionada, pelo presidente Michel Temer, a “Reforma Trabalhista”, como ficou conhecida na mídia e no meio jurídico, que conferem aos empregados proteção legal capaz de manter ou resguardar a inviolabilidade de seus direitos.

Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo jus trabalhista e da compreensão constitucional do Direito com instrumento de civilização, a lei nº 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva. (DELGADO, 2017, p.40).

Segundo o Ministério do Trabalho, a nova Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, traz mudanças na CLT, para os contratos de trabalhos vigentes, tanto antigos como novos. Trouxe nova modalidade nas contratações, novas alterações em outros pontos, como Home Office (Teletrabalho), banco de horas, demissão (consensual / coletiva), férias,

jornada de trabalho (12x36 / Parcial), plano de carreira, acordo coletivo, contribuição sindical, homologação, intervalo, higiene e troca de uniforme, gratificações e comissões, equiparação salarial, remuneração por produtividade, ações na justiça, termo de quitação, terceirização, autônomos, gestantes, validade das normas coletivas, plano de demissão voluntária. Algumas mudanças terão de ser negociadas entre o trabalhador e a empresa, seja individualmente ou por meio de sindicatos, como banco de horas e férias.

## **2.1 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil**

Com a Revolução de 1930, que resultou no “golpe de 1930”, colocando fim à República Velha, dando início a Era Vargas. Getúlio Vargas estabeleceu políticas de modernização do País, criou o Ministério do Trabalho, e instituiu a Lei da Sindicalização.

Getúlio Vargas pretendia, com isso, ganhar o apoio da população durante seu primeiro governo, criando assim grandes avanços na legislação trabalhista, estabelecidos na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho e, criando o salário-mínimo.

Uma das características da Era Vargas (1930-1945) foram as transformações estruturais no setor econômico, com o investimento em indústrias siderúrgicas, as metalúrgicas e o setor de energias. Getúlio Vargas priorizou a questão da lei relativa ao trabalho. O objetivo era duplo, conforme pensamento das historiadoras Heloisa Starling e Lilia Schwarcz:

[...] Numa das partes da proposta, Getúlio Vargas criou as leis de proteção ao trabalhador – jornada de oito horas, regulação do trabalho da mulher e do menor; lei de férias, instituição da carteira de trabalho e do direito a pensões e à aposentadoria. Na outra, reprimiu qualquer esforço de organização dos trabalhadores fora do controle do Estado – sufocou, com particular violência, a atuação dos comunistas. Para completar, liquidou com o sindicalismo autônomo, enquadrando os sindicatos como órgãos de colaboração com o Estado e excluiu o acesso dos trabalhadores rurais aos benefícios da legislação protetora do trabalho. (SCHAWRCZ; STARLING, 2015. p. 322. p. 362)

Foi assinado por Vargas e por seu ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Filho o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT).

## **3.O TELETRABALHO**

O entendimento antes da Reforma Trabalhista eram diversos, o que não será detalhado neste artigo.

Conforme a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, CLT “Reforma Trabalhista” o Art. 75-B da CLT considerou o teletrabalho como sendo:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Percebemos que o legislador delimitou regras específicas para a configuração do teletrabalho, fundamentando que o empregado deve trabalhar à distância ou seja em “home office”, podendo utilizar recursos tecnológicos como internet, aplicativos de comunicação e outros. Por fim, o dispositivo prevê que a modalidade do teletrabalho, não será considerado trabalho externo.

O trabalhador externo, é considerado aquele que desempenha suas funções fora das dependências da empresa, havendo impossibilidade de fiscalização de sua jornada, sendo também, irrisória a utilização de tecnologia da informação.

Sobre o conceito, semelhanças e diferenças encontradas no teletrabalho e trabalho externo, conforme Marcelo Moura (2018, p. 176):

O Art. 75-B resolveu conceituar o teletrabalho pelo critério da preponderância do trabalho fora das dependências do empregador e que não se caracterizem como trabalho externo. O teletrabalho por sua própria natureza, é aquele que não está vinculado ao estabelecimento empresarial. As tarefas são executadas remotamente. Já o trabalho externo sempre tem alguma vinculação física com o empregador, mesmo que por intermédio de supervisores ou prepostos. O teletrabalho, por sua vez, pressupõe uma intensidade maior de autonomia, A distinção é muito tênue. Alguns trabalhadores externos como os instaladores de aparelho de transmissão de TV a Cabo, se utilizam de equipamentos remotos para instalação e configuração dos aparelhos instalados na residência, mas nem por isso, são trabalhadores remotos. A preponderância do serviço remoto exige a ausência de fiscalização frequente do empregador, ainda que este possa, a distância orientar e

supervisionar o trabalho de seus subordinados. (MOURA Marcelo, 2018, p. 176)

De acordo com o Parágrafo Único do Art. 75-B da CLT, o comparecimento do trabalhador remoto ao estabelecimento empresarial, para reuniões ou entrevistas, não descaracteriza a natureza do teletrabalho.

Art. 75-B. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

E importante importa ressaltar a necessidade de que haja contrato escrito com detalhamento de direitos e obrigações conforme o Artigos 75-C e 75-C da CLT.

Faz-se necessário também, o preenchimento dos requisitos das relações empregatícias, elencados no Art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, não eventual, subordinação e remuneração. Viveiros (2018, p. 176) traça as características do vínculo empregatício:

- Pessoalidade seria o intuito personae que está marcado na qualificação profissional de um trabalhador, ou seja, a demonstração de conhecimento técnico, administrativo ou operacional na função que exerce;
- Não eventual seria, exatamente, fixar habitualidade na prestação de um respectivo serviço, configurando presença ao trabalho em dias certos e sabidos.
- Subordinação está presente na tutela e direção das atividades laborais exercidas, em regra, por um empregador ou seu preposto. Subordinado é aquele que cumpre ordens e não tem liberalidade, também restrito ou limitado a fazer o que alguém determina ou impõe, por meio de controle ou fiscalização;
- Remuneração é pagamento recebido de uma só fonte por serviços prestados, em estado de absoluta dependência econômica.

A modalidade do teletrabalho deve constar expressamente no contrato individual de trabalho, que especificará as atividades realizadas pelo funcionário, por determinação do empregador, garantido prazo de transição de 15 (quinze) dias no mínimo, a alteração

deverá ocorrer desde que haja mútuo acordo entre as partes, sob a condição de aceitação do empregado, registrada em aditivo contratual, de acordo com o Artigo 75-C, §1º da CLT.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Conforme o Artigo 75-C, § 2º da CLT, nos casos a alteração do regime de teletrabalho para a modalidade presencial poderá ocorrer sem aceitação do empregado "Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual."

### **3.1 Modalidades do teletrabalho**

As modalidades de teletrabalho são agrupadas por vários critérios. Estando ligado à ideia de flexibilidade organizacional, produtiva e contratual, conforme Wirth, Di Martino, Araújo, E. Rodrigues e Bento (2002, p. 16) propõe-se algumas classificações de teletrabalho:

- a) A domicílio "*home office*": trabalho realizado na casa do empregado, mas com diferentes competências e formas organizacionais de se relacionar com o empregador;
- b) Em centros satélites: desenvolvimento do trabalho em partes "deslocalizadas" da mesma organização, mantendo comunicação eletrônica permanente com a empresa; e
- c) Centros de vizinhança: o *bureaux de voisinage*, como é conhecido na França, é o local situado perto dos trabalhadores e estruturado de forma que a infraestrutura e os equipamentos sejam utilizados de modo compartilhado por todos.

### **3.2 A evolução do Teletrabalho por meio da Tecnologia da Informação e Comunicação**

A revolução industrial trouxe avanços da tecnologia da informática e da comunicação possibilitou um aumento considerável da circulação de informações em todo o mundo, nascendo a era digital.

E possível notar uma mudança no modo de vida do trabalhador, uma vez que a automação e a robotização eliminaram alguns postos de trabalho e exigiu novas especializações, multifunções, estimulando assim novos modelos de trabalho, exemplo do teletrabalho.

De acordo com Melo (2017):

Indiscutivelmente a evolução da telemática e, conseqüentemente, da informática e tecnologias móveis, modificaram profundamente as relações de trabalho que vivenciamos em nosso país, notadamente a partir da década de 90, período em que despertaram diversas formas novas de trabalho, dentre elas, o trabalho à distância, remoto, home office ou teletrabalho, realidade efetivamente vivenciada nos dias atuais.

O computador assumiu a posição de instrumento imprescindível de trabalho por grande parte dos profissionais modernos, sendo que em alguns casos, a prestação de trabalho passa a ser executada através de instrumentos da computação, ferramentas como internet que são capazes de integrar economias locais e mundiais. O chamado mundo virtual.

### **3.3 Aplicação da Medida Provisória 927 durante a Pandemia do Covid-19**

A medida provisória 927, flexibilizou as formalidades da CLT, como parte das ações de enfrentamento do Covid-19, tratou de algumas mudanças trabalhistas, conforme o Artigo 4º da Medida Provisória 927:

Durante o estado de calamidade pública, o empregador de forma unilateral poderia alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. (Redação: Medida Provisória 927)

A Medida Provisória 927 chegou a ser aprovada pela Câmara dos Deputados, mas não teve consenso no Senado, onde recebeu mais de mil emendas. Mesmo enquanto vigorou, a Medida Provisória foi motivo de discordância entre equipe econômica do governo, entidades de classe e parlamentares.

Com isso perdeu sua validade, e os empregadores não podem mais tomar medidas com base nas regras modificadas pela Medida Provisória 927, sendo assim, volta a valer o que prevê a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sem qualquer tipo de flexibilização.



## 4. NÚMEROS DO TELETRABALHO

### 4.1 Pesquisa do “Home Office” Teletrabalho no Brasil em 2018

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2019, levantou um estudo que mostra que em 2018, 3,8 milhões de brasileiros trabalhavam dentro de casa, o chamado home office. Trata-se do maior contingente de pessoas nesta condição de trabalho já registrado, resultado da alta informalidade no país, que encerrou o ano de 2018 em 41,1%, e segue em patamares semelhantes em 2019.

De acordo com o IBGE, o home office correspondia a 5,2% do total de trabalhadores ocupados no país, excluídos da conta os empregados no setor público e os trabalhadores domésticos. Na comparação com 2012, quando teve início a série histórica da pesquisa, esse contingente teve alta de 44,4%.

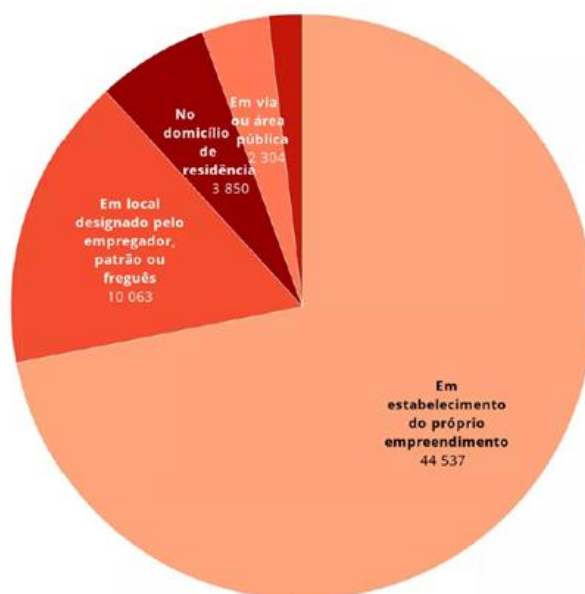
O home office, destacou o IBGE, teve queda de 2,1% entre 2012 e 2014, cresceu 7,3% em 2015, e voltou a ter queda de 2,2% em 2016. Já entre 2017 e 2018, cresceu em 21,1%. (Fonte: Por Daniel Silveira, G1, 2019)

Vejamos a seguir alguns números, como transcritos da referida pesquisa.

#### Locais de trabalho em 2018

Em milhares de trabalhadores

■ Em estabelecimento do próprio empreendimento   
 ■ Em local designado pelo empregador, patrão ou freguês  
■ No domicílio de residência   
 ■ Em via ou área pública   
 ■ Outros



Locais de trabalho 2018 - Foto: Economia G1

A pesquisa revela que o Home Office cresceu 21,1% entre 2017 e 2018, observa-se que esses valores vêm crescendo no decorrer dos anos.

#### **4.2 Teletrabalho no Brasil em período de Covid-19**

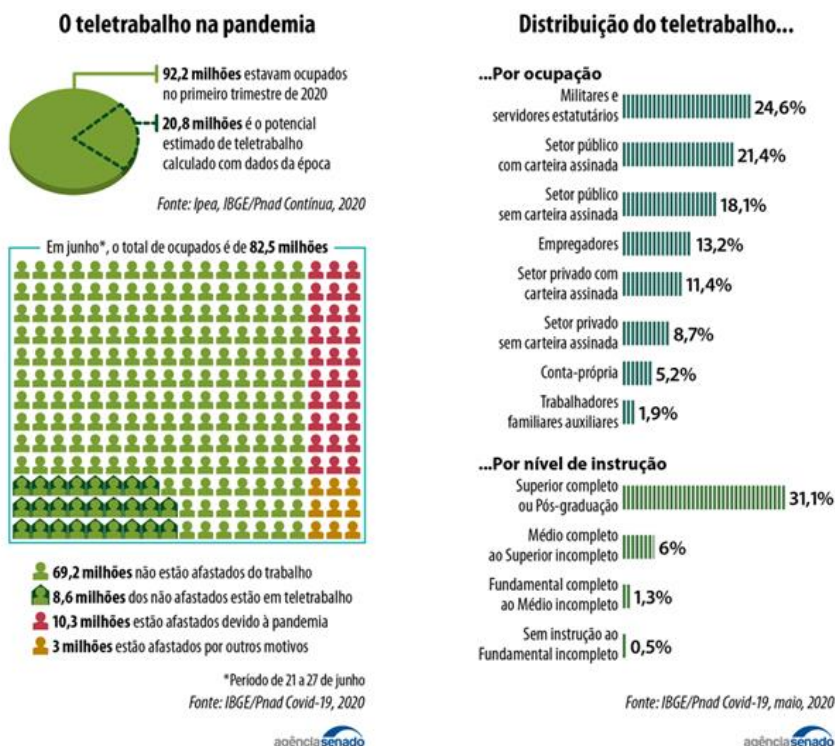
Com o avanço da pandemia do Covid-19, o teletrabalho se tornou uma alternativa para manter as atividades de empresas, organizações e companhias que não puderam continuar com a atuação presencial por causa dos riscos de contaminação do coronavírus. Algumas empresas pensam em adotar o teletrabalho para os trabalhadores após a pandemia, mas os sindicatos dos trabalhadores alertam que é preciso tomar cuidado com essa prática.

Foi realizada uma pesquisa pela Agência do Senado referente as atividades laborais exercidas em home office, conforme referencial abaixo citado por Nelson Oliveira (2020):

O isolamento social decorrente da necessidade de evitar a propagação desse coronavírus levou para o trabalho à distância um contingente ainda não claramente contabilizado. Antes da pandemia, o IBGE anunciara, em 2018, um total de 3,8 milhões de pessoas trabalhando “no domicílio de residência”. Elas foram entrevistadas para a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), em sua versão “contínua”, mas os informes do IBGE à época não deixaram claro a natureza das atividades que realizavam. Se uma gerente de projetos pode ser classificada claramente no trabalho remoto, o mesmo não se pode dizer de uma representante de vendas, cujo trabalho é externo, por natureza. Na semana de 21 a 27 de junho, já no contexto da PNAD-Covid-19, o IBGE estimou em 8,6 milhões o número de brasileiros que “trabalhavam remotamente”, ou seja, 12,4% da população ocupada do país menos os afastados por causa do distanciamento social (69,2 milhões).

A PNAD-Covid-19 teve início em 4 de maio de 2020 com entrevistas realizadas por telefone em aproximadamente 48 mil domicílios por semana, totalizando cerca de 193 mil residências por mês, em todo o território nacional. A amostra é fixa, ou seja, os entrevistados no primeiro mês de coleta de dados permanecerão na amostra nos meses subsequentes, até o fim do levantamento. (OLIVEIRA, Nelson. Agência Senado, 2020).

Não há dúvidas, que a pandemia demonstrou, pelo menos em parte, as condições das atividades laborais exercidas na modalidade teletrabalho.



(Fonte: Agência Senado)

Podemos analisar que o teletrabalho se multiplicou durante a crise sanitária e que há expectativa de adoção da atividade remota por várias empresas após o fim da Pandemia do Covid-19, o que justifica o estabelecimento de regras.

### 4.3 Empresas brasileiras que adotaram o teletrabalho durante o Covid-19

Uma publicação feita pela Hydro Brasil, demonstrou que durante a pandemia do Covid-19 adotou o trabalho remoto.

O home office foi uma das diversas medidas adotadas pela Hydro para reduzir o número de pessoas nas unidades, como medida preventiva contra a COVID-19. E, desde então, a empresa passou a buscar formas de assegurar que os empregados tivessem, dentro de casa, as mesmas condições de ergonomia que são disponibilizadas nas diferentes unidades da empresa. (BRITO, Helena. Hydro, 2020)

Para Pedro Tavares, analista de performance do escritório de Belém, essa iniciativa é também uma demonstração de confiança.

A mudança na rotina de trabalho foi muito rápida, todos tiveram que se adaptar e ter esse aparato dos equipamentos melhorou nosso desempenho. A Hydro teve uma reação rápida e sei que não é qualquer empresa que cede seus ativos dessa maneira, o que para mim representa um voto de confiança, ressaltou. (TAVARES, Pedro. Hydro, 2020)

A Hydro se responsabiliza por equipar o ambiente de trabalho do funcionário em casa, fornecendo Itens como computadores, monitores, mouses e teclados, ferramentas necessárias para terem um ambiente de trabalho adaptado para execução das atividades em home office, durante a pandemia.

Segundo uma pesquisa realizada pela R7 notícias, outras empresas adotaram o regime de home office “foram adotados pelas multinacionais como a Ambev, Johnson & Johnson, LafargeHolcim, do setor de materiais de construção, e de forma ampla por empresas da área de TI, caso da Topdesk”. (PINHO, Márcio. R7, 2020).

## **5.SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DO TELETRABALHO**

O teletrabalho, desde sua proposição, vem revelando seu potencial desde a “Reforma Trabalhista”, especialmente considerando as empresas instaladas em grandes metrópoles. Portanto, precisamos reconhecer que esse novo modelo de trabalho ainda carece de diversas melhorias. Por isso, sugerimos, nesse momento do estudo, algumas melhorias, ou mesmo soluções, para os principais problemas temidos, visando à implantação do regime com mais fluidez e, principalmente, segurança para o trabalhador.

### **5.1 O mercado do Coworking em período de Covid-19**

Para alguns, um dos impedimentos para atingir a desejada produtividade máxima é criar uma rotina de trabalho fora do estabelecimento da empresa, por exemplo em home office, onde alguns fatores, como o próprio dia-a-dia familiar, poderia interromper a concentração e a disciplina do funcionário. Por isso, o home office (teletrabalho) é alvo de algumas críticas, mas também há alternativas para o profissional que não se sente confortável para esse novo modelo de trabalho.

Com isso diversos profissionais optaram pelo Coworking - espaço onde várias empresas e freelancers compartilham o mesmo ambiente de trabalho, trocam experiências com outros profissionais de áreas de atuação, dividem entre si os locais de área comum e as despesas gerais.

Com a pandemia do Covid-19 os escritórios compartilhados se adaptaram, se tornaram mais seguros e mais procurados.

Para Pedro Vasconcelos (2020) "O mercado como um todo vai diminuir, o comercial, mas o mercado flexível do coworkings tende a crescer, porque ele entra como uma solução muito mais acessível pra essas empresas". Para ele as mudanças de mercado nesse período de pandemia podem significar não só sobrevivência, mas também oportunidade. (VASCONCELOS, Pedro. Fonte: G1, 2020)

## 5.2 Equipamentos de uso profissional e pessoal

No teletrabalho, o ideal é que o empregador forneça recursos sem custos para o seu empregado, os equipamentos e ferramentas necessários para o desenvolvimento de suas atividades, esses equipamentos não podem ser os mesmos que são utilizados para fins pessoais. É necessário possuir um computador e um celular como ferramentas, principalmente considerando que o uso de tecnologia da comunicação é pressuposto legal para configurar o teletrabalho, e são usados como ferramentas e programas que contam com vários recursos interessantes para a sua operação, dentre os quais se destacam a sua configuração via web em home office, podemos citar o Trello, Slack, Dropbox e Google Drive, Skype, CamScanner, Microsoft Teams, outros aplicativos com o Microsoft Office, Adobe, entre outros que o mundo da tecnologia e informação vai inovando no decorrer dos tempos, recursos estes que são seguros e podem ser acessados em qualquer lugar.

Por isso, para evitar a confusão entre trabalho e lazer, os dispositivos fornecidos pelo empregador e os de propriedade do empregado devem, preferencialmente, ter propósitos diferentes, o que auxiliaria o trabalhador a separar com mais clareza o momento em que se está à disposição da empresa e o tempo que tem para descanso e lazer com a família.

## 6. TELETRABALHO EM 2022

Foi implementada essas mudanças para o home office, em março de 2020 foi publicada a **Medida Provisória** Nº 1.108, no dia 25 de março de 2022. A principal mudança se dá pela redação do seguinte artigo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

A nova Medida Provisória desobriga o empregador da responsabilidade de controlar a quantidade de vezes que o seu colaborador comparece ao estabelecimento da

empresa, de forma a não descaracterizar o modelo de teletrabalho. A Medida Provisória regulamenta o trabalho em outros locais e os cuidados a se considerar ao adotar esse modelo de trabalho. Para isso deve haver um acordo pré-estabelecido entre a empresa e os colaboradores. Com o objetivo de firmar uma relação empregatícia. Os termos dessa relação, naturalmente, devem ser explicitados em contrato de trabalho, toda e qualquer alteração ao regime de trabalho presencial ou remoto deve ser especificada. O colaborador pode alternar entre regime presencial e teletrabalho (home office). Tudo isso desde que haja mútuo acordo entre as partes, empregador e empregado.

O regime de teletrabalho pode ser aplicado de duas formas:

1. Por produção: nessas atividades em que o controle de jornada não é essencial, o trabalhador terá liberdade para exercer suas tarefas no horário que desejar.
2. Por jornada: é permitido o controle da jornada pelo empregador, além do pagamento de horas extras caso seja ultrapassada a jornada regular de trabalho.

Caso a empresa não tenha o interesse de contratar o funcionário no regime de teletrabalho por produção ou tarefa, a empresa deverá obrigatoriamente controlar a jornada de seus empregados. Essa é uma das mudanças da Medida Provisória do teletrabalho em 2022.

## **7. ANÁLISE DOS RESULTADOS**

De acordo com os dados, fatos, teorias, doutrinas e argumentações apresentadas no desenvolvimento deste artigo, conseguimos identificar que, sem dúvidas, ao longo da história do homem, este sempre esteve evidentemente relacionado ao trabalho, seja de forma autônoma, conforme as normas da CLT, com a mão de obra escrava ou de forma remunerada.

Também identificamos que o trabalho, independentemente das distintas formas acima apresentadas, sempre houve algum tipo de forma de subordinação, a utilização da mão de obra do mais fraco (empregado), pelo mais forte (empregador).

No caso concreto específico das relações de trabalho no Brasil, é indiscutível que houve um constante aperfeiçoamento das leis trabalhistas no decorrer dos anos, seja resultante da pressão dos próprios sindicatos que defendia os direitos dos trabalhadores, ou dos próprios trabalhadores, seja pelo desenvolvimento da sociedade ou até mesmo por medidas adotadas pelo governo, que tomaram força a partir da década de 1930. Por um lado, havia a pressão desses grupos, por outro, havia a força do empresariado brasileiro, das grandes corporações e companhias cada um obviamente defendendo seus interesses.



Com o surgimento de regras trabalhistas os empregadores tiveram de proporcionar garantias reais de trabalho e renda para seus empregados. De fato, essas mudanças contribuíram sempre para favorecer a classe trabalhadora.

A CLT foi uma conquista dos trabalhadores brasileiros, trazendo benefícios que favorecem a sociedade como um todo, como por exemplo, o consumo das famílias, mantendo a economia equilibrada e o trabalhador amparado, mesmo que momentaneamente.

No escopo do presente artigo, não foi pontuado todos os dispositivos da “Reforma trabalhista”. Foi destacado uma das principais mudanças legais, que veio impactando e crescendo nas relações de trabalho no cenário brasileiro atual, a modalidade do teletrabalho, que possibilita alguns ramos de atividades a trabalharem em casa, o chamado home office.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Podemos concluir que o trabalhador figurar como parte hipossuficiente nas relações entre o capital e o trabalho, cabe ao Estado ocupar uma posição mais contundente, servindo como agente regulador e fiscalizador entre os empregados e empregadores.

A Lei 13.467/2017 Reforma Trabalhista, introduziu um novo capítulo na CLT dedicado especialmente ao tema “Do Teletrabalho” conforme os artigos 75-A a 75, “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Com o desenvolvimento das tecnologias da informação nas relações de trabalho, o teletrabalho ganha cada vez mais espaço, transformando as tradicionais relações de trabalho. Tornou-se inevitável o reconhecimento do teletrabalho nas relações de trabalho, caracterizada pela utilização de tecnologia da informação e comunicação no desenvolvimento de suas atividades, tornando-se realidade para muitos profissionais.

Em período de Covid-19, com seu avanço, ouve a implementação da Medida Provisória 927 apresentada pelo Ministério Público do Trabalho, o regime do teletrabalho ganhou força sendo uma alternativa para manter as atividades das empresas que não teriam como continuar com os trabalhos de forma presencial por causa dos riscos de contaminação, e aderiram o Home Office.

Hoje o teletrabalho conquista cada vez mais empresas, uma vez que o trabalho em home office pode aumentar a produtividade de forma significativa ao se eliminar as distrações do escritório e ainda reduzir os custos com pessoal, reduzir os custos com o deslocamento, flexibilização do horário de trabalho, reduziu os custos com o local do estabelecimento empresarial.

Em relação ao equipamento de uso pessoal, e necessários para o desenvolvimento de suas atividades, são fornecidos pelo empregador.

Com tudo podemos concluir no desenvolver desse artigo científico que esta modalidade de teletrabalho só tende a aumentar no mercado de trabalho, muitas empresa tendem a adotar essa nova modalidade para os trabalhadores após a pandemia do Covid-19, acredito que as empresas não estavam preparadas para lidar como teletrabalho, no entanto a pandemia acabou acelerando esse processo que já estava em curso.

## 9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 26 de outubro 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **DO TELETRABALHO**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 26 setembro 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, de 14 jul. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CASSAR, Bonfim Vólia. **Direito do Trabalho**. São Paulo, 13 ed. Método, 2017.

DELGADO, MAURICIO GODINHO. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017/ Mauricio Delgado Godinho, Gabriela Neves Delgado. São Paulo, Editora LTr. Outubro 2017.

HELENA, Brito. **Hydro atua para prover melhor ergonomia aos empregados em home office**. 18 mai. 2020. Disponível em: <https://www.hydro.com/pt->

[BR/imprensa/noticias/2020/hydro-atua-para-prover-melhor-ergonomia-aos-empregados-em-home-office/](https://www.conteudojuridico.com.br/imprensa/noticias/2020/hydro-atua-para-prover-melhor-ergonomia-aos-empregados-em-home-office/). Acesso em: 30 outubro 2020.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das Leis do Trabalho para concursos**. 8. ed. ver. Ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. ANAMATRA. [Online] 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 21 outubro 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo, 27<sup>a</sup> edição. LTR, 2001.

OLIVEIRA, Nelson. **Agência Senado**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia/#link4>. Acesso em 26 de outubro 2020.

PINHO, Márcio. Empresas aderem ao home office permanente e mudarão escritórios. **Notícias R7**, 22 jun. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/empresas-aderem-ao-home-office-permanente-e-mudarao-escritorios-22062020>. Acesso em: 01 novembro 2020.

RIPERT, G. apud ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade**. São Paulo: LTr, 2005, P. 45.

SCHAWRCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. Brasil: **Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVEIRA, Daniele. Home office bateu recorde no Brasil em 2018, diz IBGE. **G1**, São Paulo, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/12/18/home-office-bateu-recorde-no-brasil-em-2018-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 28 outubro 2020.

VIVEIROS, Luciano. **CLT comentada pela reforma trabalhista** (Lei nº 13.467/2017). 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pg. 101.

VASCANCELOS, Pedro. Mercado de coworking se adapta à pandemia e registra alta na procura. **G1**, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/pme/pequenas-empresas-grandes-negocios/noticia/>

[2020/08/16/mercado-de-coworking-se-adapta-a-pandemia-e-registra-alta-na-procura-gh.html](https://www.conteudojuridico.com.br/2020/08/16/mercado-de-coworking-se-adapta-a-pandemia-e-registra-alta-na-procura-gh.html). Acesso em: 31 outubro 2020.

WIRTH, L.; DI MARTINO, V. apud ARAÚJO, E. Rodrigues; BENTO, S. Coelho. **Teletrabalho e Aprendizagem: Contributos para uma Problematização** – Dinalivro: 2002. P. 19.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OBRAS PÚBLICAS: CONDUTAS DE AGENTES PÚBLICOS E PRIVADOS E A POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**FERNANDA SILVA MARCIÃO:**

Advogada e servidora pública. Formada em Direito pela Universidade Federal do Pará e pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Possui atuação cível, penal, consumerista e administrativa.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar as teorias que regem a responsabilidade civil do Estado e sua evolução, sua responsabilização em decorrência de obras públicas, a diferença existente entre o tratamento conferido às executadas diretamente por agentes públicos e aquelas desenvolvidas indiretamente por particulares contratados, bem como a possível configuração de atos de improbidade administrativa diante das alterações legislativas recentes promovidas na Lei de Improbidade Administrativa . O estudo foi realizado de maneira a suscitar a análise do diferente tratamento conferido a agentes públicos e particulares envolvidos na execução do empreendimento público, bem como a examinar a questão da necessária existência de dolo por parte do executor – seja público ou particular – para que reste caracterizado o ato ímprobo. O método dedutivo foi utilizado no trabalho, tendo sido realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema em foco. Ao final, observou-se que a atuação de uma gestão pública diligente e cautelosa é capaz de mitigar em boa medida os riscos inerentes a execução das obras públicas, razão pela qual é imperiosa a necessidade de adotar-se um planejamento estratégico, de longo prazo, e que observe ao *compliance* e ao dever de fiscalização no que se refere aos empreendimentos públicos.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Danos Decorrentes de Obras Públicas. Responsabilidade de Agentes Públicos e Particulares. Improbidade Administrativa. Conduta Dolosa. Imprescritibilidade do Ressarcimento ao Erário.

### **INTRODUÇÃO**

Considerando que a República Federativa do Brasil possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que a consecução de tal desiderato

perpassa muitas vezes pelo dever do Estado em oferecer prestações positivas (direitos sociais ou direitos fundamentais de 2ª geração, segundo a doutrina de Karel Vasak<sup>44</sup>), serviços públicos essenciais e infraestrutura básica e de qualidade aos seus concidadãos, percebe-se a importância que as obras públicas possuem no ordenamento jurídico pátrio, sendo imprescindíveis também a efetivação de objetivos fundamentais do Estado, tais como a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais, nos termos do art. 3º, I, II, III e IV, da Constituição Federal<sup>45</sup>.

Desse modo, percebe-se a importância que as obras públicas adquirem no ordenamento jurídico brasileiro e, como consequência, a necessidade de analisar-se a responsabilidade estatal que delas decorrem.

Isso, pois, como é sabido, a Constituição prevê, em seu art. 37, §6º, que a responsabilidade civil do Estado ocorre, via de regra, na modalidade objetiva, conceituada como sendo aquela em que o ente responde pelos danos que seus agentes públicos causarem a terceiros no exercício da função administrativa independentemente da aferição de culpa ou dolo. Bastando, portanto, que exista uma relação causal entre o ato administrativo e o dano para que se configure o dever de indenizar do Estado.

Sendo assim, o presente artigo buscará examinar as teorias que regem a responsabilidade civil do Estado e a possibilidade de responsabilização de agentes públicos pelos danos decorrentes de obras públicas, sejam elas de caráter emergencial ou não, bem como a tratativa especial conferida aos danos de caráter ambiental.

## 1. AS TEORIAS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de analisar-se propriamente o tratamento conferido aos danos resultantes de obras públicas, deve-se examinar a evolução histórica das teorias que regem a responsabilização estatal, salientando a que prevalece atualmente.

Inicialmente, os estados absolutistas adotavam a teoria da irresponsabilidade, segundo a qual o monarca não poderia errar, sintetizado pela máxima "*The king can do no wrong*", de modo que o Estado não respondia pelos atos de seus agentes, já que esses atuavam como *longa manus* do rei.

---

44 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, p.1169. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

45 BRASIL. Art 3º, I, II, III e IV, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 07 de junho de 2022.



Posteriormente, evoluiu-se para adotar a teoria da culpa civil comum do Estado, equiparando-o ao particular, sendo, portanto, necessário provar a existência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para que houvesse a responsabilização do ente público.

A teoria da culpa do serviço (*faute du service*) ou culpa anônima, por sua vez, visa desvincular a responsabilidade estatal da culpa do funcionário público propriamente dito, atribuindo-a, ao invés, ao serviço público, sempre que houvesse nesse omissão, funcionamento intempestivo ou funcionamento ruim, independentemente de qualquer apreciação de culpa por parte do agente.

Mais recentemente, com o recrudescimento da sociedade de risco, passou-se a adotar a teoria que prevalece atualmente no ordenamento jurídico pátrio: a do risco administrativo, segundo a qual a configuração da responsabilidade do Estado prescinde da comprovação de dolo ou culpa do servidor público, bastando que haja uma conduta a ele imputável, um dano e o nexo de causalidade entre os dois para que reste caracterizada.

Outrossim, tanto o servidor público quanto o terceiro lesado são respaldados pela Teoria da Dupla Garantia, segundo a qual aquele só será eventualmente acionado em ação regressiva, devendo o particular propor ação indenizatória em face da Administração Pública. No entanto, admite-se o afastamento da responsabilização em alguns casos, quando evidenciado a exclusão do nexo causal, tais como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Por fim, há ainda a teoria do risco integral, aplicável, segundo os Tribunais Superiores e disposições legais específicas, a searas particularizadas, como os danos ambientais, os danos nucleares e aqueles causados por atos terroristas contra aeronaves brasileiras – portanto, situações em que é evidente a necessidade de uma maior cautela na tratativa. Salienta-se que tal teoria não admite a possibilidade de exclusão de responsabilidade em nenhuma hipótese – diferenciando-se do risco administrativo por essa razão.

## **2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR OBRAS PÚBLICAS**

Conforme se esclareceu, atualmente a teoria que prevalece é a do risco administrativo, na qual não há a imprescindibilidade de se comprovar a existência de culpa ou dolo por parte do agente público quando sua conduta causar um dano a determinado particular.

Todavia, quando se questiona acerca da responsabilidade estatal pelo dano decorrente especificamente de obra pública é necessário dividi-lo em duas categorias: às vezes provirá da obra propriamente dita e, em outras, de sua má-execução.

Na primeira hipótese, o dano decorre da própria existência da obra – ou seja, pelo simples “fato da obra” - respondendo objetivamente o Estado se o empreendimento causar prejuízo anormal e específico ao particular.

Nessa toada, o TJ/SP condenou a Prefeitura de São Paulo por danos relacionados à construção de elevado:

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTRUÇÃO DE VIA ELEVADA POR PREFEITURA. PREJUÍZOS A IMÓVEL (APARTAMENTO E LOJA) LINDEIRO. OBRIGAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE INDENIZAR. AÇÃO PROCEDENTE.** Está patente, nos autos, que o elevado Costa e Silva veio causar danos e prejuízos àqueles proprietários lindeiros do denominado “Minhocão”. O ex-prefeito de São Paulo, José Carlos Figueiredo Ferraz, com franqueza aludiu, em conferência, que os elevados “deterioram as áreas por onde passam”. Essa opinião, aliás, foi expendida pelo eng. Fernando Palumbo Targat, no jornal “O Estado de São Paulo de 4.2.71 ao declarar “um absurdo irrecuperável a construção do Minhocão da av. São João, em São Paulo”. Conseqüentemente, **se o Poder Público pôs em circulação o mencionado “Minhocão” pretendendo melhorar o sistema viário, por outro lado não podia se permitir o luxo de, com suas obras, causar danos a terceiros e se eximir de responsabilidades (Hely Lopes Meirelles)**. Também Carvalho Santos, citando Otto Mayer e Didimo da Veiga, entende devida a indenização quando as obras ficarem privadas de acesso, de passagem, de ar, de luz e de vista. Ora, é notório que o “Minhocão” veio perturbar os imóveis lindeiros, diminuindo-lhes a capacidade de uso e gozo, limitado às restrições administrativas, o que, sem dúvida, constitui um liame de causa e efeito entre a construção do elevado e as conseqüências prejudiciais advindas e que causaram danos” (TJSP, 4ª C., 18.7.74, maioria, RT 469/71 e RJTJSP 30/62) (grifos nossos).<sup>46</sup>

46 MOLIN NETO, Walmor Francisco. **Responsabilidade Civil e Execução de Obra Pública**, p.09. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p. 267-280, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Nos casos de má-execução da obra há de se perquirir, inicialmente, quem é o seu executor. Isso, pois, se o Estado executá-la diretamente através de seus agentes, a hipótese subsumir-se-á perfeitamente ao art. 37, §6º, de forma que, em havendo dano decorrente de má-execução da obra diretamente pelo Poder Público, configura-se a responsabilidade objetiva do ente.

No entanto, se a obra for executada indiretamente, por um terceiro contratado pela Administração, a discussão torna-se um pouco mais controversa, conforme se verá a seguir.

### **2.1. Responsabilidade do Estado por danos decorrentes de imperícia da empresa privada contratada para a realização de obras públicas**

Quando o dano decorrer de obra executada de maneira indireta – ou seja, pelo particular contratado – a questão deve ser analisada com mais cautela, pois implica em tratamento diferenciado no que se refere à responsabilização estatal.

Quanto à responsabilidade do contratado, a doutrina majoritária entende-a como subjetiva, eis que exige culpa ou dolo para sua caracterização, conforme art. 70, da lei 8.666:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou **a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. (Grifos nossos)

Ou seja, minimamente dever-se-á comprovar que o contratado agiu com “culpa do executor”, revelando imprudência, negligência, ou imperícia para que possa vir a ser responsabilizado.

A natureza jurídica da responsabilidade da Administração nesse caso, no entanto, não é pacífica, havendo quem a tome como objetiva e solidária, como colaciona Hely Lopes Meirelles<sup>47</sup>: “Quanto aos danos provenientes de ato culposo do construtor respondem êste e o Poder Público, conjunta e solidariamente, como co-autores da lesão indenizável ao particular, estranho à relação contratual de que se originou a obra pública”.

Todavia, a corrente doutrinária mais moderna entende que, nos casos de má-execução da obra pelo terceiro contratado, o Estado responderá apenas subsidiariamente,

---

47 MEIRELLES, Hely Lopes. **A Responsabilidade Civil Decorrente da Obra Pública**. Revista de Direito Administrativo, 1960. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br](http://bibliotecadigital.fgv.br). Acesso em: 12 de julho de 2020.

quando constatada a insolvência do devedor original. Nesse sentido, aduz Carvalho Filho (2006, p. 153).

Sustenta-se, ainda, que além de subsidiária, a responsabilidade será subjetiva, desde que comprovada a omissão da contratante no dever de fiscalização do contrato – ou seja, a violação a um dever específico de fiscalizar, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Assim entende Matheus Carvalho (2020, p. 376).

## 2.2. Danos causados a terceiros não usuários dos serviços públicos

Finalmente, quanto ao dever de indenizar terceiros não usuários dos serviços e vias públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a responsabilidade subsiste, ainda que o dano eventualmente atinja a terceiros não usuários do serviço.

A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao **terceiro não-usuário do serviço público**, é condição suficiente para estabelecer a **responsabilidade objetiva** da pessoa jurídica de direito privado<sup>48</sup>. (Grifos nossos).

Sendo assim, no caso de empreendimentos públicos executados de modo indireto, observa-se que, em um primeiro momento, o ente público não pode ser responsabilizado objetivamente pelos danos que deles advierem se forem causados por imperícia da empresa privada contratada para este fim, já que, primeiramente, dever-se-á acionar essa última, a qual responderá subjetivamente.

O ente, por sua vez, responderá subsidiariamente, se insolvente o devedor originário, e mediante comprovação de sua omissão quanto ao dever de fiscalização do contrato administrativo. Restando comprovada esta, o Estado responderá pelo dano, ainda que causado a terceiro não usuário dos serviços públicos.

Por fim, ressalta-se que o particular, seja ele usuário ou não dos serviços e vias públicas, terá que observar ao prazo prescricional de 05 anos para propor ação de reparação civil contra a Administração Pública, conforme art. 1º do Decreto 20.910/32 e art. 1º-C da Lei 9.494 de 1997. Decorrido o lapso temporal, será considerado incabível o pleito ressarcitório.

---

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 591874**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. DJe 26/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2635450>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

### 3. A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS POR ATOS ÍMPROBOS DECORRENTES DE OBRAS PÚBLICAS DIANTE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, cumpre esclarecer que os agentes políticos estão sujeitos, via de regra<sup>49</sup>, a múltiplas esferas de responsabilização, de modo que podem responder cumulativamente por atos de improbidade e crimes de responsabilidade, bem como nas instâncias penal, civil e administrativa. Nesse sentido, aduz Hely Lopes Meirelles (2003), segundo Guandaline (2015, p. 01):

*“A responsabilidade do prefeito municipal será analisada sob o **tríplice aspecto penal, político-administrativo e civil**, visto que no desempenho de suas funções poderá incidir em qualquer desses ilícitos, dando ensejo à respectiva sanção, aplicada em processos distintos e independentes.” (Grifos nossos)*

De igual modo asseverou o STF quando fixou, no bojo do Recurso Extraordinário 976566<sup>50</sup>, a seguinte tese de repercussão geral: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”.

Superada a controvérsia inicial, esclarece-se que a Lei de Improbidade previa anteriormente quatro espécies de atos que geravam a inserção da cominação em atos de improbidade administrativa, sendo eles os atos ou omissões que importavam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causavam prejuízo ao erário (art. 10); os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e os que atentavam contra os princípios da administração pública (art. 11).

---

49 A exceção do Presidente da República, que está sujeito tão somente às cominação da Lei dos Crimes de Responsabilidade, não respondendo a título de improbidade administrativa.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 976566**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, DJe 25/09/2019. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c5c3d4fe6b2cc463c7d7ecba17cc9de77?categoria=2&subcategoria=23&assunto=100>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

Sobre tais atos, impende destacar que o Superior Tribunal de Justiça entendia<sup>51</sup> que, à exceção daqueles que geravam lesão ao erário, para configuração da conduta ímproba deveria necessariamente haver dolo por parte do agente.

Especificamente no que tange aos atos que importavam danos aos cofres públicos, prescindia-se da análise do dolo, bastando a prova de ocorrência da lesão imputável ao agente, ainda que por simples culpa.

No entanto, recentemente, a Lei de Improbidade Administrativa foi significativamente alterada através da Lei nº 14.230, excluindo-se a categoria de atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A), bem como estabelecendo-se a atual impossibilidade de responsabilização por ato ímprobo a título de culpa, ainda que decorra da mera lesão ao erário.

Desse modo, caso inexista o imprescindível elemento subjetivo doloso, a responsabilidade deve ser devidamente apurada nas demais searas cíveis ou administrativas: “Art. 17-C (...) § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique **não configura ato de improbidade**.<sup>52</sup>”.

Sendo assim, percebe-se que, a despeito de a configuração de atos de improbidade administrativa decorrentes de obras públicas que gerem danos ao erário ter sido dificultada a partir das modificações legislativas – já que agora a análise perpassará necessariamente pela comprovação do dolo por parte do agente público – ainda se faz possível a responsabilização dos servidores nas demais searas, inclusive no que se refere às ações reparatórias, as quais são imprescritíveis, importa destacar.

Isso porque são decorrentes de condutas ímprobas e dolosas, nos termos do art. 37, §5º da Constituição Federal - o qual, ao dispor sobre a prescrição dos atos de improbidade, ressalvou as ações de ressarcimento ao erário, para torná-las imprescritíveis - bem como do entendimento do STF no RE 852475<sup>53</sup>, segundo o qual são imprescritíveis as ações de ressarcimento decorrentes de ato de improbidade administrativa doloso.

---

51 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Recurso Especial nº 980.706/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe 23/02/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18396107/recurso-especial-resp-980706-rs-2007-0210742-0-stj>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

52 BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 2021. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 de junho de 2022.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 852475**. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe 058 – 22/03/2019. Disponível em:



Diante de todo o exposto, entende-se que agora o agente público só pode ser acionado judicialmente à título de improbidade administrativa decorrente de obra pública – seja pela violação a princípios da Administração Pública quando conduzir o empreendimento público com ineficiência, conforme art. 11 da Lei 8.429, ou pela ocorrência de lesão ao erário desse resultante, nos termos do art. 10 da mesma lei – quando restar comprovado cabalmente nos autos a existência de conduta dolosa.

#### **4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PARTICULAR RESPONSÁVEL TÉCNICO DA OBRA POR ATO ÍMPROBO DOLOSO**

A Lei nº 8.429 apresenta, em seus artigos introdutórios, um rol de sujeitos ativos dos atos de improbidade bem amplo, dispondo que estes podem ser praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, fundacional ou autárquica de qualquer dos Poderes dos três entes federativos e de empresas incorporadas ao patrimônio público.

Os artigos 2º e 3º ampliam ainda mais esse rol quando estabelecem o seguinte:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei **são aplicáveis**, no que couber, **àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie** sob qualquer forma direta ou indireta.

Diante disso, percebe-se que a intenção legislativa foi englobar o máximo de agentes possíveis, viabilizando até mesmo a punição de particulares por atos de improbidade administrativa, desde que os induzam ou concorram para suas práticas ou deles se beneficiem.

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem restringido a legitimidade passiva do particular para figurar como réu em ação de improbidade administrativa, tendo decidido, no Recurso Especial nº 1.460.532 - DF (2014/0143255-2),

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=5873>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

que “Os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros. Inadmissível, portanto, ação de improbidade ajuizada somente contra particular.”<sup>54</sup>

No mesmo sentido, o Tribunal fixou, em sua 38ª edição de Jurisprudência em Teses, a seguinte tese: “É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.”<sup>55</sup>

Desse modo, comprovada a falha técnica na obra, decorrente de conduta dolosa de engenheiro responsável técnico da empresa contratada, poder-se-á responsabilizá-lo por ato de improbidade administrativa que causou danos ao erário, desde que se prove, de igual modo, que atuou em conluio com agente público, induzindo ou concorrendo para a prática do ato ou dele se beneficiando, e propondo-se a ação contra os dois em conjunto, salvo se a responsabilidade dos agentes públicos estiver sendo apurada em outra demanda conexa<sup>56</sup>.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o tratamento conferido à responsabilidade civil do Estado evoluiu ao longo dos tempos, de maneira a definir-se, atualmente, a teoria do risco administrativo como a que prevalece. No entanto, no que se refere especificamente à responsabilidade estatal por obras públicas, há uma diferenciação no tratamento quanto ao que decorre do próprio empreendimento e ao que resulta de sua má-execução.

Quanto aos danos causados a particulares – sejam eles terceiros usuários ou não das vias e serviços públicos – por particulares contratados para execução de obra pública, o ente público pode responder subsidiariamente, se insolvente o devedor original, e mediante comprovação de sua culpa quanto ao dever de fiscalização do contrato

---

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Recurso Especial nº 1.460.532 - DF (2014/0143255-2)**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 04/08/2017. JusBrasil. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485821829/recurso-especial-resp-1460532-df-2014-0143255-2>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Jurisprudência em Teses**. Ed. Nº 38: Improbidade Administrativa – I. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

56 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bd33f02c4e28615b5af2d24703e066d5>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

administrativo, razão pela qual deverá escolher com cautela tanto o contratado, como o responsável pela fiscalização do empreendimento.

Se o agente público, ao agir de forma ineficiente ou gerar lesão aos cofres públicos, atuar com dolo comprovado, poderá ser acionado até mesmo por ato ímprobo. Em todo caso, a ação de ressarcimento ao erário será imprescritível, embora a ação de improbidade administrativa não o seja.

Do mesmo modo, o particular responsável técnico pela obra também poderá responder por ato de improbidade administrativa, desde que se prove que atuou em conluio com agente público, induzindo ou concorrendo para a prática do ato ou dele se beneficiando.

No mais, em vistas de todo o apurado, faz-se necessário alertar para a importância que o planejamento pormenorizado de obras públicas traz consigo, visto que muitas das falhas constatadas rotineiramente podem ser facilmente evitadas se houver um plano estratégico por parte da gestão, com análise prévia pelos setores competentes e uma fiscalização diligente e eficaz das atividades realizadas pelos particulares contratados para execução indireta dos empreendimentos públicos – visando mitigar lesões ao erário e evitar possíveis responsabilizações subsidiárias do Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 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 julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 2021. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Jurisprudência em Teses**. Ed. Nº 38: Improbidade Administrativa – I. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Recurso Especial nº 1.460.532 - DF (2014/0143255-2)**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 04/08/2017. JusBrasil. 2017. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485821829/recurso-especial-resp-1460532-df-2014-0143255-2>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. **Recurso Especial nº 980.706/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe 23/02/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18396107/recurso-especial-resp-980706-rs-2007-0210742-0-stj>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 591874**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. DJe 26/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2635450>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 654833**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe- 157, 24/06/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=654833&classe=RE>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 852475**. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe 058 – 22/03/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=5873>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Recurso Extraordinário nº 976566**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, DJe 25/09/2019. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c5c3d4fe6b2cc463c7d7ecba17cc9de7?categoria=2&subcategoria=23&assunto=100>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 859/2006**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão: 07 de junho de 2006. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2006-06-07:859>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público**. In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7 Ed. Ver. Ampl. e Atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa.**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bd33f02c4e28615b5af2d24703e066d5>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GUANDALINE, Kezia Regina Rezende. **Responsabilidade Civil, Político-Administrativa do Prefeito**. Jus.com.br., 2015. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/35663/responsabilidade-civil-politico-administrativa-e-penal-do-prefeito#\\_ftn4](https://jus.com.br/artigos/35663/responsabilidade-civil-politico-administrativa-e-penal-do-prefeito#_ftn4). Acesso em: 15 de julho de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **A Responsabilidade Civil Decorrente da Obra Pública**. Revista de Direito Administrativo, 1960. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br](http://bibliotecadigital.fgv.br). Acesso em: 12 de julho de 2020.

MOLIN NETO, Walmor Francisco. **Responsabilidade Civil e Execução de Obra Pública**. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p. 267-280, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

## A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

**DORVILÊ SOBRINHO COSTA:**

Graduando em Direito, pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Servidor público do poder Executivo do Estado do Tocantins.<sup>57</sup>

LILIANE DE MOURA BORGES<sup>58</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A lei 14.181 de 2021 trata de tema sensível à sociedade, e veio coroar uma situação já existente desde 2012 que é a possibilidade de tratamento adequado para resolver a situação de milhões de brasileiros em situação de superendividamento. Neste contexto, este artigo tem como objetivo tratar da discussão sobre a necessidade ou não da fixação de um valor para o “mínimo existencial”, como forma de proteção da dignidade da pessoa humana. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica baseada em textos legais, doutrinários, artigos e anais de eventos e buscou os pontos destoantes entre os que entendem haver a necessidade definir um valor fixo ou um percentual, dentre outras possibilidades. Ao fim, o trabalho demonstra que há que considerar que existem muitos interesses conflitantes a respeito do tema e a discussão segue pujante, por ainda não ter uma regulamentação.

**Palavras-chave:** Superendividamento; Repactuação; Mínimo existencial; Consumidor;

### INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, conhecida como a “Lei do Superendividamento” ou “Lei Cláudia Lima Marques”, alterou significativamente a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC). Basicamente, a nova Lei institui mecanismos que buscam coibir práticas abusivas por instituições financeiras, bem como audiências para negociações de dívidas, dentre outros.

---

<sup>57</sup> Graduando em Direito, pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Servidor público do poder Executivo do Estado do Tocantins. e-mail: dorvilesobrinho@fasec.edu.br.

<sup>58</sup> Mestra em Ciências Ambientais e Saúde pela PUC GO, Especialista em Direito do Consumidor, Técnica em Defesa do Consumidor do Procon -TO, Advogada e Professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. e-mail prof.lilianeborges@fasec.edu.br.



O CDC, em seu §1º do artigo 54-A, define superendividamento como sendo *“a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”*.

Essa nova lei impõe à sociedade desafios para sua aplicação de modo concreto, de um lado para o mercado, pois os fornecedores principalmente de produtos financeiros, deverão ter cuidados antes não previstos e, de outro lado, a Lei nº 14.181/21 estabelece que o pagamento ocorra sem comprometer o mínimo existencial, contudo, optou por uma regulamentação do assunto que virá posteriormente.

Para muitos estudiosos do assunto o superendividamento é um problema de ordem social cujos efeitos refletem em toda sociedade e não apenas à determinado indivíduo, por essa razão a nova Lei traz em seu corpo a necessidade de maior responsabilidade para as relações de consumo, onde, de um lado está o comércio e de outro o consumidor.

Trata-se de pesquisa qualitativa com abordagem descritiva por meio do método revisão bibliográfica, onde serão verificados textos legais, doutrinários, artigos em periódicos, relatórios e enunciados de órgãos do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor), além da jurisprudência.

Este artigo se desenvolve, em capítulos que abordam o tema trazendo uma linha de raciocínio iniciando com os conceitos importantes, depois trata do fenômeno do superendividamento, e em seguida, sobre as questões que envolvem o mínimo existencial.

Ao final, tece as considerações concluindo que a definição para o valor do mínimo existencial é uma possibilidade de oferecer condições ao devedor de pagar suas dívidas, promover a sua reabilitação econômica, sem que haja o comprometimento da sua subsistência.

## **1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS**

Antes de ingressarmos na discussão proposta neste trabalho, faz-se necessário trazer algumas definições e conceitos fundamentais, para o entendimento do problema em questão. Cabe aqui esclarecer que os conceitos apresentados nos sub itens a seguir, não visam o aprofundamento dos mesmos, pela simples razão de que tal feito levaria a seara de discussões não contempladas no escopo deste artigo.

### **1.1. Consumidor**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), consolidou expressamente a proteção ao direito do consumidor (individual ou coletivo) em seu art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V, do capítulo da Ordem Econômica e Financeira.

Mas a devida importância a esse novo sujeito de direitos foi reconhecida quando o legislador constituinte, determina no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu artigo 48, que houvesse a elaboração do Código de Defesa do Consumidor-CDC.

É no CDC que encontramos a definição para “consumidor”, em atendimento ao preceito de Lei Constitucional. Dessa forma o art. 2º do CDC, conceitua consumidor como sendo:

Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Ou seja, todas as pessoas que vivem em uma sociedade, que trabalha auferindo renda ou não, que utiliza um produto ou serviço de maneira fática ou econômica, é um consumidor.

## **1.2.A proteção constitucional ao consumidor**

Em face à vulnerabilidade atribuída ao consumidor, a proteção aos seus direitos tornou-se um princípio esculpido na atual Carta Magna, como cláusula pétrea.

FARIA (2021) assinala que o Direito do Consumidor reflete as “*normas e princípios que visam a cumprir um triplo mandamento constitucional*”, disposto nos artigos: 5º, inciso XXXII; no art. 170, inciso V; e no artigo 48 do ADCT.

**Art. 5º, XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

**V** - defesa do consumidor;

**ADCT-Art. 48.** O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

(BRASIL, 1988)

Assim, a proteção aos direitos do consumidor é matéria de ordem pública e de interesse social, sendo bem irrenunciável. Por essa razão é do Estado a obrigação de promover a efetiva proteção do consumidor direta ou indiretamente, conforme art. 4º, inciso II, do CDC.

### **1.3. Da vulnerabilidade do consumidor**

Constitui como fundamento basilar, para toda a Lei Consumerista, a “*vulnerabilidade do indivíduo*” (pessoa natural) em suas relações de consumo, objetivando a proteção da parte mais frágil.

Além de princípio norteador das relações consumeristas a vulnerabilidade do consumidor, possui presunção absoluta (*jure et de jure*), não necessitando ser provada, segundo o entendimento doutrinário majoritário.

A vulnerabilidade é o conceito que fundamenta todo o sistema consumerista, o qual busca proteger a parte mais frágil da relação de consumo, a fim de promover o equilíbrio contratual. A vulnerabilidade da pessoa física consumidora é presumida (absoluta), mas a da pessoa jurídica deve ser aferida no caso concreto. (TJDF, 2021).

Conforme inteligência do Artigo 4º do CDC. “(...) atendidos os seguintes princípios: I - *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...)*”.

Desse modo é pacífico o entendimento que o consumidor pessoa física tem a vulnerabilidade presumida e deve ser reconhecida prontamente.

### **1.4. O consumidor hipervulnerável**

Afirma o art. 1º do CDC, que o consumidor é a parte vulnerável nas relações consumeristas. Nesse momento, cabe aqui abriremos um parêntese para mencionar a condição de hipervulnerabilidade, a qual estão sujeitos alguns tipos especiais de consumidores. Conforme ensina MARQUES (2020, p. 111), são esses tipos especiais os:

*“idosos, aposentados, pensionistas, crianças, analfabetos, pessoas com deficiências e os doentes”.*

A Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) define em seu art. 1º, que é considerado como pessoa idosa aquele cuja idade é *“(...)igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.*

O art. 2º da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) define a pessoa com deficiência como sendo:

(...) aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Os que estão em condições de hipervulnerabilidade necessitam do Estado uma maior proteção nas suas relações consumeristas.

### **1.5. Definição legal para fornecedor**

A definição legal para fornecedor, está expressamente disposta no art. 3º, caput do CDC.

*“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.”*

Além do fornecedor definido com base no art. 3º do CDC, é possível encontrarmos, segundo a doutrina, outros três tipos de fornecedores presentes no art. 12, também do CDC. Como bem ensina APOITIA (2019) *“com base no art. 12 do CDC, identifica ao menos três espécies de fornecedores: real, presumido, aparente”.* Senão vejamos:

Art. 12, caput - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, Lei nº 8.078/1990, art. 12).

Por oportunidade do julgamento do **Recurso Especial REsp 1.580.432-SP**, julgado em 06/12/2018, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade solidária da empresa que faz uso de marca ou nome global, assim como sua condição de "fornecedor aparente".

Observa-se que a lei traz a definição ampliada de fornecedor e a doutrina nacional aponta a existência de quatro subespécies, a saber: a) o fornecedor real; b) o fornecedor presumido; c) o fornecedor equiparado e d) o fornecedor aparente. O fornecedor aparente, que compreende aquele que, embora não tendo participado do processo de fabricação, apresenta-se como tal pela colocação do seu nome, marca ou outro sinal de identificação no produto que foi fabricado por um terceiro. (...). REsp 1.580.432-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, por unanimidade, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019.

Adotar a Teoria da Aparência do fornecedor no ordenamento brasileiro, significa uma aproximação com o direito europeu que responsabiliza objetiva e solidariamente todo aquele que contribuiu de maneira omissiva ou comissiva com o dano ao consumidor.

### **1.6. Definições para produto e serviço**

Encontramos no CDC, art. 3º, §§1º e 2º, as definições para produto e serviço, as quais balizam o sistema jurídico em suas decisões, são, portanto, definições de produto e serviço:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Conforme apontado pela *pesquisa* realizada pela comissão de superendividamento do Núcleo de Defesa do Consumidor (NUDECON), aponta que parte do superendividamento dos brasileiros decorre da aquisição de produtos e/ou serviços de crédito. A pesquisa aponta que a facilidade em contratar serviços de crédito é um dos principais motivos para o "superendividamento" dos consumidores participantes da pesquisa. Ainda segundo NUDECON (p. 98), juntas as operações de crédito mais utilizadas somam 82,9% das operações de crédito pesquisadas, com destaque para o crédito consignado, com 41,8% dos casos.

## 2. O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

De uma forma geral o consumo é algo inerente à natureza humana e seu objetivo está ligado à satisfação de suas necessidades.

No entanto, a grande questão se assenta sobre a aquisição além daquilo considerado como sendo necessário à vida com dignidade. Como ensina OLIVEIRA (p. 209), temos nesse fenômeno o comportamento nocivo conhecido como "consumismo".

Esse fenômeno, o consumismo, é campo fértil para as práticas comerciais abusivas, as quais são por sua vez responsáveis pelo superendividamento dos consumidores.

O §1º do artigo 54-A, do CDC, recentemente incorporado ao texto em razão da Lei 14.181 de julho de 2021, define superendividamento como sendo *"a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação"*.

Para SANSEVERINO (2015, p.1) o superendividamento pode ser considerado como um *"dos principais problemas do mercado de consumo contemporâneo, em face do estímulo ao consumo e da extrema facilidade de acesso ao crédito, o que não ocorria a algumas décadas atrás"*.

Ainda segundo o autor, graças a esse estímulo pode-se perceber o aumento do número de consumidores impossibilitados em realizar o adimplemento de débitos. Destaca também que o consumidor, é vulnerável e está sujeito à publicidade agressiva e às inúmeras ofertas de crédito, muitas vezes sequer solicitadas.

### 2.1. Causas para o superendividamento

Em pesquisa realizada pela CNC (Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo), destacou um aumento significativo no percentual de famílias endividadas no país, chegando esse percentual à 76,6% para o mês de fev./2022, além de apontar suas principais causas.

A pesquisa de âmbito nacional, PEIC (Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, fev./2022), aponta entre as principais causas para esse aumento no endividamento dos consumidores, a disponibilização do crédito de forma indiscriminada.

Deste, os produtos de acesso ao crédito destacam-se os seguintes meios: cartão de crédito, crédito consignado, empréstimo pessoal, cheque pré-datado, cheque especial, carnê de loja, prestação de carro e da casa própria.



## 2.2. Efeitos econômicos em razão do superendividamento

É apontado pela PEIC como efeito econômico, um significativo aumento de inadimplentes, bem como uma estagnação econômica de forma geral. Ainda segundo a pesquisa, o "número de famílias com contas atrasadas é o maior em 12 anos".

Dados de fevereiro/2022 indicam que 76,6% das famílias brasileiras estão endividadas, estando 27,0% inadimplentes e outros 10,5% não possuindo condições para o adimplemento de suas dívidas.

Os dados acima demonstram que temos um efeito contrário ao pretendido quando da facilitação de acesso ao crédito. Se em um primeiro momento a pretensão seria a de fomentar a economia, agora ela causa uma estagnação econômica, agravando ainda mais o cenário econômico e social atual.

O indivíduo superendividado se torna invisível ao mercado de consumo, as dívidas crescem numa ascendente que não condiz com o aumento de salário anual, existe um baixo nível de qualificação para a maioria da população e, que por isso, não conseguem alternativas para aumentar a renda, essas pessoas tem crédito negado pelo motivo de estar com nome listado nos órgãos de proteção ao crédito como o SPC e SERASA, portanto, vivem numa espiral crescente do aumento de dívidas e colapso da vida financeira, com consequências dramáticas do ponto de vista social e psicológico também.

## 2.3. Efeitos sociais

Socialmente, encontraremos pessoas não apenas endividadas, mas pessoas com baixa produtividade laboral, muitas delas enfrentando problemas conjugais, com familiares ou amigos.

Se o desconto (na folha de pagamento) consumir parte excessiva dos vencimentos do consumidor, colocará em risco a sua subsistência e a de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. **RECURSO ESPECIAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. DESCONTO EM CONTRACORRENTE. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. REsp 1584501/SP RECURSO ESPECIAL 2015/0252870-2. TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro**

O fato de estar endividado, não pode visto apenas sob o prisma do dinheiro, precisa ficar claro que é um status que altera o psicológico e o social desse indivíduo, afetando também todo o núcleo familiar.

#### **2.4. Breves considerações aos efeitos psicológicos**

Psicologicamente, BAUMAN (2010 apud ARTIFON, 2013) afirma em seu trabalho que o *consumo* agindo como aliciador, sujeita o consumidor (sob seu domínio) a danos devastadores.

Ainda segundo o autor, isso se dá em razão de aspectos simbólicos ligados ao status/poder de consumo, além dos sentimentos de pertencimento e reconhecimento social. Restando àqueles que não estão na condição de consumidores, os sentimentos de ansiedade e/ou depressivos.

Esse fenômeno é notado não apenas em adultos endividados, mas também em jovens. O efeito das propagandas, o desejo de pertencimento a grupos sociais, a supervalorização do “ter” desencadeia impulsos consumeristas para que o indivíduo adquira, produtos que não condizem com seu orçamento para que possam se sentir “bem” e serem aceitos nos grupos sociais que frequenta.

A obsolescência programada é outro fator desencadeante do uso do crédito para adquirir bens e serviços para acompanhar a “moda”. O consumo provoca sentimentos de prazer, êxtase e alegria momentâneos, logo em seguida, dando lugar à frustração, preocupação, desespero e muitas vezes ideias suicidas.

#### **2.5. Práticas abusivas que levam ao superendividamento**

O CDC, adverte a respeito de as práticas abusivas, as quais vão de encontro ao equilíbrio esperado entre os interesses nas relações consumeristas, ferindo direitos básicos do consumidor. OLIVEIRA (p. 200) ensina que são práticas abusivas “*aquelas que se dão no sentido vertical da relação, ou seja, do fornecedor ao consumidor*”. Ainda segundo o autor, podem se apresentar na fase pré-contratual, contratual, ou na fase pós-contratual. Em alguns casos, apesar de as práticas não ferirem requisitos legais. Trazem consigo aspectos de imoralidade ou opressão dando causa a danos significativos ao consumidor, e estão no centro das discussões levantadas acerca da organização e regulação do mercado.

Conforme lições de BENJAMIN (2014, p. 296 apud OLIVEIRA, p. 201) a descrição das práticas abusivas, estão espalhadas pelo CDC, para além do art. 39 e seus incisos.

Dessa forma, podemos encontrar outros dispositivos que compõem essa descrição nos seguintes artigos também do CDC: artigo 6º, IV - publicidade enganosa ou abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, práticas ou cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços; art. 10 - colocar no mercado produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade; art.18, §6º, e art. 20, §2º - a comercialização de produtos e serviços impróprios; art. 21 - o não emprego de peças de reposição adequadas; art. 32 - a falta de componentes e peças de reposição e a ausência de informação, na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante; art. 36 - a veiculação de publicidade clandestina; art. 37, § 2º - a veiculação de publicidade abusiva; art. 42 - a cobrança irregular de dívidas de consumo; art. 43 - o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação; art. 51 - a utilização de cláusula contratual abusiva;

Nesse sentido, é possível constar uma necessidade de educação para o consumo de ambos os lados da relação de consumo, e principalmente, o fornecedor. Basta verificar o ranking de reclamações de órgãos consumeristas como as plataformas administradas pela Secretaria Nacional do Consumidor ([consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br), SINDEC) e outras como Reclame aqui e Proteste já para verificar a quantidade de condutas abusivas que são denunciadas anualmente.

O CDC tem pouco mais de 30 anos e é urgente a atuação do Estado no sentido de punir estas práticas abusivas.

### **2.5.1. Concessão abusiva de crédito**

É um direito básico do consumidor, dentre outras medidas, a segurança de estar participando de relações comerciais sob a “[...]práticas de crédito responsável[...]” como dispões o CDC, em seu Art. 6º, XI.

No mesmo sentido, o Art. 192 da CRFB/88, traz expresso que:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL, 1988, art. 192).

Ainda sobre as políticas de crédito, afirma GAULIA (2009, p. 102) “[...]são grandes as vantagens oriundas de sua introdução no mercado de forma mais agressiva a partir da

década de 90". O crédito como mecanismo de desenvolvimento social, tendo seu status como sendo de um "novo direito fundamental".

A democratização do crédito remonta aos EUA, país que, antes dos países europeus ocidentais, deixou de interpretar o crédito como sinônimo de pobreza ou de prodigalidade, para o encarar simplesmente como um meio de adquirir uma máquina de costura ou um automóvel, transformando-o num mecanismo fundamental para dinamizar a economia nacional (...) Quando contratado em situação de estabilidade financeira e laboral, o crédito permite melhorar a acessibilidade a determinados bens e serviços, contribuindo para o aumento do bem-estar dos indivíduos e das famílias. (GAULIA, 2009, p. 104).

Segundo o autor, a promoção do desenvolvimento do país e servir aos interesses da coletividade, parecem ser meras expectativas por parte do mercado, o qual se mostra cada vez mais voraz por novos clientes.

Dessa forma, para alcançar seus objetivos, o mercado fornecedor de crédito, utiliza indiscriminadamente de estratégias de *marketing* com abordagens agressivas levando ao aumento na concessão de crédito.

É possível observar que são inúmeras as estratégias a influenciar as decisões de consumo, dentre as mais conhecidas estão: os aumentos dos limites de crédito sem a solicitação do consumidor, propagandas acerca de crédito consignado disponível para funcionários públicos, aposentados, para não falar do crédito para os negativados.

Portanto, é mister a necessidade de minuciosa análise da capacidade de adimplemento do consumidor face à prática ao crédito responsável, através dentre outros meios: do histórico de pagamentos, da condição atual do consumidor para arcar com novos compromissos.

## **2.6. Estratégias de combate ao superendividamento**

O art. 4º, inciso X do CDC traz expressamente como objetivo prevenir e tratar os casos de superendividamento, além de evitar a exclusão/discriminação social do insolvente. Com base nessa premissa, combater o fenômeno do superendividamento consiste em solucionar o problema de milhares de pessoas (insolventes) bem como aquelas sujeitas à essa situação. Na tentativa de alcançar o eficaz combate e controle da situação do superendividamento o Estado conta com os seguintes instrumentos:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e da proteção do consumidor pessoa natural (Incluído pela Lei superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; nº 14.181, de 2021); VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. (BRASIL, Lei nº 14.181/ 2021, Art. 5º).

A Lei do superendividamento atualiza o CDC no sentido de ofertar instrumentos para que o Estado, por meio das suas instituições especializadas nesta matéria possam agir para promover espaços dedicados ao cuidado às pessoas que se encontram nesse momento difícil, dando orientação e apoio para se organizarem financeiramente e se defenderem naquelas situações de abuso.

Também são mecanismos de combate ao superendividamento, as práticas acerca do crédito responsável, elencadas no art. 54-D do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor. (BRASIL, Lei nº 8.078/1990, Art. 54-D)

Neste ponto, a lei busca garantir a efetividade de um princípio já estancado no CDC e que é direito básico e fundamental: a informação. O consumidor precisa conhecer todos os custos sobre a transação financeira, no caso de empréstimos, o valor das parcelas, os acréscimos, os juros e pequenas cobranças. Não basta conhecer, ele precisa compreender o impacto disso ao longo do tempo.

É importante falar que o regramento legal é de suma importância na efetivação dos direitos do consumidor, mas além disso, é preciso que as pessoas, consumidor e fornecedor, estejam instruídos e abertos a novas perspectivas para que a real efetividade seja alcançada com essa Lei.

### **2.6.1. Punição por práticas abusivas**

Conforme previsto pela Política Nacional das Relações de Consumo, expresso no art. 4º do CDC, a proibição e punição a práticas antiéticas, são medidas que devem ser buscadas objetivando mitigar o problema do superendividamento.

É possível citar como medidas punitivas: *“sanções administrativas (cassação de licença, interdição, suspensão de atividade ou intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII)”* (BENJAMIN, 2014, p. 297 apud Oliveira, p. 203), além de reparação dos danos causados, inclusive os morais, cabendo indenização, com fulcro no art. 6º, VI e VII.

### **2.6.2. Combate ao superendividamento e a educação financeira**

Segundo o Código de Defesa do Consumidor a educação financeira é medida eficiente à prevenção ao superendividamento, junto com a informação adequada e clara sobre o consumo adequado dos produtos e serviços (art. 6, II, do CDC).



Nesse sentido BESSA (2014, p. 267) afirma que muitas são as ações a serem implementadas visando capacitação do cidadão, pelo conhecimento, para que ele possa gerir adequadamente do seu dinheiro, sob a baliza dos seus direitos e obrigações.

Confirma o pensamento do autor a Lei nº 14.181/2021, em seu artigo 4º, inciso IX, afirma a necessidade de implementação de “ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores”.

Pelo exposto acima é possível afirmar que a solução para o problema do superendividamento, além de outras medidas, passa por um maior investimento no processo de desenvolvimento da educação financeira do consumidor.

Objetivando alcançar essa maior capacitação do consumidor, foi criada em 22 de dezembro de 2010 a Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF), através do Decreto nº 7.397. A ENEF foi desenvolvida com os seguintes objetivos:

(...) promoção da educação financeira e previdenciária e contribuindo para o fortalecimento da cidadania, a eficiência e solidez do sistema financeiro e uma maior conscientização por parte dos consumidores. (BESSA, 2014, p. 268).

Programa de Educação Financeira para Consumidores, com cursos abertos à sociedade nas modalidades presencial e à distância, visando o empoderamento do consumidor através do conhecimento sobre: produtos; serviços, incluindo os financeiros; orçamento doméstico; planejamento financeiro pessoal; e principalmente sobre seus direitos.

Atuam no desenvolvimento de ações direcionadas à educação financeira, através da ENEF:

A Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), representando o Ministério da Justiça junto ao Comitê Nacional de Educação Financeira (CONEF); Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC); Órgãos Governamentais entre outros: Banco Central do Brasil (Bacen), Ministério da Educação (MEC), Ministério da Justiça (MJ); representantes da sociedade civil; Grupo de Apoio Pedagógico (GAP); Associação de Educação Financeira do Brasil (AEF-Brasil); (BESSA, 2014, p. 270).

Em busca da solução para a questão do superendividamento, é preciso que o fornecedor entenda o seu papel de ensinar e o consumidor entenda a necessidade de aprender sobre educação financeira.

## **2.7. Recuperação do superendividado**

A recuperação patrimonial do superendividado desponta como relevante instrumento de amparo à pessoa humana, segundo BUCAR (2017, p. 49), mesmo que os textos legais, atualmente vigentes, não sejam satisfatórios para tutelar a reabilitação do superendividado, há que se enfrentar a questão, buscando no ordenamento a solução para a materialização do direito social à reabilitação do insolvente.

O CDC em seu art. 42, garante que na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não terá sua dignidade ferida, quer por algum tipo de exposição, constrangimento ou mesmo ameaça. Dessa forma, a recuperação do insolvente poderá ocorrer dentre outras formas, pela revisão ou repactuação de dívidas, conforme art. 6º, inciso XI do CDC.

Aos consumidores em condição de superendividamento, prevê o art. 104-A a possibilidade de conciliação.

A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. (BRASIL, Lei nº 14.181/21, art. 104-A)

É preciso que fique claro que o plano de pagamento não pode ser utilizado da mesma forma que a negociação individual. O que se busca aqui é consolidar as dívidas com todos os credores em uma parcela que consiga ser paga pelo consumidor, sem comprometer o mínimo existencial.

Há que se ressaltar que a Lei não prevê o perdão da dívida, como adotado no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, mas seguindo a referência europeia acerca do tema no direito brasileiro, a lei busca a repactuação em um nível de negociação suportável pelo devedor.

## 2.8.A Lei do Superendividamento

A Lei do Superendividamento, como é atualmente conhecida, tem sua origem advinda do Projeto de Lei do Senado PLS-283/2012, o qual trazia alterações ao CDC.

Sua natureza jurídica é de ordem pública, possuindo característica de norma cogente e caráter social. Tem como objetivo a busca pelo aperfeiçoamento da disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção do superendividamento.

O texto da comissão de juristas foi então encampado pelo então presidente do Senado, José Sarney, e tramitou quase 10 anos no Congresso. Para Rodrigo Cunha, a questão do superendividamento sempre foi uma questão importante, mas “ganhou contornos dramáticos diante dos efeitos econômicos adversos trazidos pela pandemia da covid-19”, já que muitas pessoas perderam emprego e renda durante a pandemia. (SENADO, 2012)

## 3. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Legalmente o mínimo existencial é direito básico assegurado, entre outros dispositivos, pelo CDC, *artigo 6º, inciso XI*, entretanto, não é informado pelo legislador, qual será o seu valor ou de que maneira será composto. MARQUES (2016, p. 112) define o mínimo existencial como sendo *“um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um uma vida condigna”*.

Nesse sentido BESSA (2017, p. 22) ensina que o mínimo existencial está ligado ao *“equilíbrio orçamentário do consumidor, envolve o pagamento periódico de suas dívidas e compromissos, sem prejuízo de verba mensal destinada a gastos básicos e fundamentais próprios e de seus dependentes”*.

O presente trabalho busca dar destaque para essa discussão, pelo fato de que a lei não definiu um parâmetro para saber qual o valor a ser considerado como o mínimo a ser preservado para garantir a subsistência do cidadão. Muitas especulações incidem sobre este tema, que tem uma grande importância para a aplicação da lei, uma vez que as negociações devem ser realizadas com respeito a este valor.

### 3.1. Desafio para definição do mínimo existencial

É mister que a preservação de um valor mínimo suficiente para garantir a subsistência digna ao devedor é ponto crucial ao sucesso de conciliação, em razão da sua

natureza protetiva prevista no art. 104-A. Dessa forma qualquer acordo exige um alto nível de cautela por parte de todos os envolvidos, especialmente dos conciliadores.

O texto legal não traz alguma orientação à definição do mínimo existencial, de modo que não havendo regulamentação caberá ao conciliador, a árdua tarefa de avaliar o percentual da renda do devedor que deverá ser reservado para a despesa de subsistência.

Apesar do consenso de que a totalidade da renda do devedor não pode ser destinada ao pagamento das dívidas, sob pena de comprometer a sua sobrevivência, a questão-chave é quanto ou qual o percentual da renda do devedor é necessário reservar para o pagamento das suas despesas de subsistência. (MARQUES, 2020, p. 126)

Nesse sentido é possível perceber o movimento por parte dos PROCONS (Institutos de Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor), ao atendimento dessa necessidade, em detrimento ao disposto no art. 4º do Código Civil, o qual assevera ser de responsabilidade do julgador a aplicação da lei ante a omissão legislativa, sendo facultado ao julgador, agir por analogia, pelos costumes, bem como pela aplicação dos princípios gerais de direito.

*Enunciado 7* - A noção do mínimo existencial tem origem constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana (...) o mínimo existencial de consumo deve ter relação com 'o menor valor mensal não tributável a título de imposto de renda' ou ser feito por faixas de renda, como na França, com um valor fixo 'vital' de um salário mínimo ou de 2/3 do salário mínimo, em todos os casos, de autoria da professora doutora Cláudia Lima Marques, do professor doutor Fernando Rodrigues Martins, da professora doutora Sophia Martini Vial e da professora doutora Clarissa Costa de Lima.(...) (CDEA, 2021 apud JOELSONS, 2021)

Art. 5º, §3º - O cálculo do mimo existencial deverá levar em conta a situação familiar, de moradia, de alimentação e vestuário mínimo do consumidor, podendo de forma geral ser considerado, nas faixas entre 1 a 5 salários mínimos, a necessidade de manutenção de cerca de 60% a 65% da remuneração mensal do consumidor para as despesas de sobrevivência, podendo aumentar nas faixas superiores de 5 a 10 salários mínimos até 50% da remuneração mensal. (PROCON-MA, 2021, p. 3)

O Poder360 apurou que hoje há 3 cartas na mesa para definir o mínimo existencial. Eis as propostas em avaliação: R\$ 400 – a cifra foi escolhida com base na média do Auxílio Brasil. Tem simpatias no governo e de instituições financeiras. A Febraban, que representa os grandes bancos, quer um valor único em todo o Brasil; 30% de manutenção do salário – facilitaria a definição do mínimo existencial por ser flexível. Mas dificulta a vida dos bancos e dos governos, já que 41% trabalham informalmente; 1 salário mínimo – qualquer dívida que superasse o mínimo seria considerada superendividamento. (...) (WALTENGERG, 2021)

“Qual o valor mínimo de renda que uma pessoa deveria ter protegido de credores para viver com dignidade em caso de superendividamento, enquanto renegocia uma forma de pagar o que deve?” Essa é a pergunta feita por vários profissionais do Direito, instituições de defesa do consumidor, operadores de crédito e jornalistas como estampado na revista eletrônica Jota. Essa pergunta desconcertante norteou o presente estudo, que encontrou a resposta como demonstrado nos itens anteriores, que está na regulação do mínimo existencial, considerando as condições essenciais para uma pessoa viver dignamente.

Até o presente momento não há uma definição legal, de um lado as entidades empresariais acreditam que se for definido um valor de mínimo considerado elevado e que afete todo tipo de dívida irá comprometer a oferta de crédito no país e como em cascata, haverá um retração do PIB ( Produto Interno Bruto). A FEBRABAN defende que dívidas de financiamento imobiliário, rural e cartão de crédito fiquem fora desta conta e não apoiam um valor único para todos.

Por outro lado, institutos de defesa do consumidor defendem a definição de um percentual sobre a renda como mínimo existencial, e que é necessário considerar vários fatores como a natureza das dívidas, o montante do débito, o perfil de renda, enfim, conhecer a realidade do consumidor.

Há quem concorda com a natureza protetiva da Lei do superendividamento, no entanto teme que possa prejudicar outros tantos de terem acesso ao crédito.

Atualmente existe uma proposta de regulamentação por decreto presidencial e muitos pareceres apresentados com diferentes propostas, não é surpresa que haja opiniões divergentes, num país com dimensão continental, grande diversidade e alta desigualdade social.

#### 4. CONCLUSÃO

A definição para o valor do mínimo existencial ou de alguma maneira para sua constituição, deforma a oferecer condições ao devedor para a sua reabilitação econômica, sem que haja o comprometimento de um mínimo para sua subsistência.

A matéria é urgente sobre tudo em face do crescente nível de endividamento do consumidor e da fantástica capacidade do mercado fornecedor em ladear os mecanismos e medidas propostas.

Tamanho urgência se justifica, como mostram os estudos mencionados neste trabalho, pelo fato de o superendividamento possuir diversas causas e que todas perpassam à figura do devedor, atingindo toda sociedade.

Por essa razão, temos no fenômeno do superendividamento uma questão de ordem pública, a qual exige uma urgente apreciação do Estado em face mediante a implementação de medidas efetivas para a resolução do problema norteador do presente estudo, qual seja, a definição do mínimo existencial para fins de negociação de dívidas.

Trata-se de temática difícil de ser resolvida, de um lado há várias nuances a serem observadas do ponto de vista legal e por outro lado, é urgente a regulamentação por se tratar da dignidade da pessoa humana.

Ademais, tema que interessa a toda sociedade e que deve ser objeto de constante análise e participação em audiências públicas.

#### 5. REFERÊNCIAS

ARTIFON, Simone; PIVA, Maristela. **Endividamento nos dias atuais: Fatores psicológicos implicados nesse processo**. p.6-7. Disponível em:

<<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0771.pdf>> Acessado em: 03 de abr. 2022.

APOITIA, Mauro. **Fornecedor real, presumido, aparente e equiparado. Quais as diferenças?** Jusbrasil. 2019. Disponível em:

<<https://mauroapoitia.jusbrasil.com.br/artigos/686479336/fornecedor-real-presumido-aparente-e-equiparado-quais-as-diferencas>> Acessado em: 25 de maio de 2022.

BUCAR, Daniel. **Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana**. p. (Estado): Ed: Saraiva, jun. 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, 2.ed. Edition. Rio de Janeiro: Ed. Grupo GEN, out. 2021.



BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de Defesa do Consumidor**. 4º ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Congresso Nacional, 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: 01 abr. 2022.

\_\_\_\_. Lei nº 14.181/21 de 01 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), **para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.181-de-1-de-julho-de-2021-329476499>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Congresso Nacional, Brasília, DF, 11 set. 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: 01 abr. 2022.

\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Congresso Nacional, Brasília, DF, 1º out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2022.

\_\_\_\_. Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências**. Congresso Nacional, Brasília, DF, 17 dezembro. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

\_\_\_\_. Lei 13.146/2015 de 6 de Julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Congresso Nacional, Brasília, DF, 6 de jul. de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)> Acesso em: 01 abr. 2022.

CÂMARA, Agência de Notícias. **Comissão aprova definição de 'fornecedor aparente' nas relações de consumidor.** 2019. Disponível em:  
<<https://www.camara.leg.br/noticias/616193-comissao-aprova-definicao-de-fornecedor-aparente-nas-relacoes-de-consumidor/>> Acessado em: 25 de maio de 2022.

CDEA - Centro de Estudos Europeus e Alemães. **I Jornada de Pesquisa CDEA sobre superendividamento e proteção do consumidor.** 2021. Disponível em:  
<<https://cdea.tche.br/site/?p=6005>> Acessado em: 22 de maio de 2021.

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). **Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor - PEIC.** Disponível em:  
<<https://www.portaldocomercio.org.br/publicacoes/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-fevereiro-de-2022/416234>> Acessado em: 04 de abr. 2022.

ENDC - **Escola Nacional de Defesa do Consumidor.** Disponível em:  
<<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/escolanacional/cursos/cursos-endc>> Acessado em: 20 abr. de 2022.

ENEF - **Estratégia Nacional de Educação Financeira.** Disponível em:  
<<https://legis.senado.leg.br/norma/579167>> Acessado em: 21 de abr. 2022.

FARIA, Thaíssa Assunção de. **O Direito do Consumidor como matéria de ordem pública e interesse social.** Consultor Jurídico. Disponível em:  
<<https://www.conjur.com.br/2021-out-07/faria-direito-consumidor-materia-ordem-publica>> Acessado em: 04 de abr. 2022.

JOELSONS, Marcela; MUNHOZ, Nathália. CONJUR - Consultor Jurídico. **A Lei do Superendividamento e o conceito de mínimo existencial.** 2021. Disponível em:  
<<https://www.conjur.com.br/2021-out-20/opinio-lei-superendividamento-conceito-minimo-existencial>> Acessado em: 21 de maio de 2022.

MARQUES, Cláudia Lima Marques; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do Consumidor Endividado II – Vulnerabilidades e Inclusão.** p.213-216. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; LIMA, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor.** Direito do Consumidor: reações quanto aos impactos da pandemia de Covid-19. v.1. p.106-144. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

Ministério da Economia. **Fórum Brasileiro de Educação Financeira - FBEF**. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/entidades-vinculadas/autarquias/previc/centrais-de-conteudo/noticias/forum-brasileiro-de-educacao-financeira-fbef>> Acessado em: 04 de mar. 2022.

NUDECON - **Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. p. 87-120. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/45510204f9c74311b8dd7d297492be34.pdf>> Acessado em: 20 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Tâmara Andreucci Dias de; VASCONCELOS, Suani de Almeida. **As práticas abusivas e o superendividamento sob a tutela do ordenamento jurídico: a lógica da modernidade líquida e a sociedade de consumo**. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/download/1834%2F765%2F8406&usg=AOvVaw0N04mO2fCorT3BX5DQwr3v>> Acessado em: 02 de mai. de 2022.

PROCON-MA. **Portaria 184/2021 – GAB/PROCONMA**. 2021. Disponível em: <<https://www.procon.ma.gov.br/portaria/>> Acessado em: 22 de maio de 2022.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira; MARQUES, Claudia Lima. **Superendividamento do consumidor – Mínimo existencial**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

SENACON - **Secretaria Nacional do Consumidor**. Disponível em: <<https://www.procon.df.gov.br/cdc-para-download/>> Acessado em: 20 de abr. 2022.

SENADO. **Atividade Legislativa: Projeto de Lei do Senado nº 283**. 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>> Acessado em: 22 de maio de 2021.

TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Princípio da vulnerabilidade do consumidor**. 2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-vulnerabilidade-do-consumidor-1>> Acessado em: 22 de maio de 2022.

Vida e Dinheiro. **Estratégia Nacional de Educação Financeira – ENEF**. Disponível em: <<https://www.vidaedinheiro.gov.br/quemsomos/>> Acessado em: 04 de abr. 2022.

WALTENGERG, Guilherme; RODRIGUES, Douglas. Poder 360. **Definição do mínimo existencial será em 2022; Auxílio Brasil pode ser referência.** 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/definicao-do-minimo-existencial-sera-em-2022-auxilio-brasil-pode-ser-referencia/>> Acessado em: 22 de maio de 2022.

## CRISPR-CAS9: REVOLUÇÃO CIENTÍFICA E INQUIETAÇÃO BIOÉTICA

### APARECIDA CAROLINE LEÃO DE ARAUJO:

Mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio, formada com honra e mérito acadêmico, 1º lugar da XX Turma. Especialista em Gestão Educacional, Direito Processual Civil e Constitucional, pelo Grupo Damásio Educacional<sup>59</sup>.

**RESUMO:** Ferramenta popular que democratizou a tecnologia de edição genética, Crispr-Cas9 reacendeu as inquietações éticas decorrentes das inúmeras possibilidades de manipulação genética de todas as formas de vida, eem particular a humana. De tal modo, o presente artigo é dividido em quatro partes. Inicia-se apresentando a técnica de edição genética do Crispr, como verdadeira revolução científica, procurando demonstrar sua ampla aplicação nosmeios científicos. Na segunda parte, levanta-se discussões sobre o alcance desta tecnologia, enfatizando-se sua aplicação em linha germinal. Por fim, pretende-se investigar as implicações imediatas e mediatas da edição genética, remetendo aos limites éticos, jurídicos e sociais de sua aplicação.

**Palavras-chave:** Edição de genes. Sistemas Crispr-Cas9. Eugenia. Bioética.

**ABSTRACT:** A popular tool that democratized genetic edition technology, Crispr- Cas9 rekindled ethical concerns arising from the countless possibilities for manipulating all forms of life, and in particular human life. As such, this article is divided into four parts. It begins by presenting Crispr's genetic editing technique as a true scientific revolution, seeking to demonstrate its wide application in scientific circles. In the second part, discussions are raised about the reach of this technology, emphasizing its application in the germ line. Finally, it is intendedto investigate the immediate and mediate implications of genetic editing, referringto the ethical, legal and social limits of its application.

---

<sup>59</sup> Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo, com iniciação científica em Neurociências e Comportamento, financiada pela FAPESP. Licenciada pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Palestrante e professora há aproximadamente 10 anos. Atualmente trabalha como professora tutora da pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho no Grupo Damásio Educacional.

KEYWORDS: Gene edition. Crisp-Cas9 systems. Eugenics. Bioethics.

## Introdução

O homem sempre se interessou em estudar e modificar o patrimônio genético dos seres com os quais interage. Antes mesmo de entender o funcionamento do DNA as pessoas já melhoravam seus cultivos e suas criações selecionando os indivíduos desejáveis para o cruzamento.

O estudo da genética, no entanto, só começou em 1860, quando um monge agostiniano chamado Gregor Mendel realizou um conjunto de experimentos que apontaram a existência de elementos biológicos capazes de transmitir as propriedades e características de uma determinada espécie ao longo das gerações.

Seus experimentos possibilitaram uma verdadeira evolução no entendimento de como a informação genética é armazenada, usada e transmitida, levando à descoberta da estrutura de dupla-hélice do DNA, por Watson e Francis Crick em 1953, e o desenvolvimento de tecnologias de sequenciamento de DNA em 1970, por Fred Sanger e Walter Gilbert.

O trabalho de Sanger aperfeiçoando o sequenciamento do DNA, abriu portas para um amplo conhecimento do funcionamento dos sistemas biológicos e a criação de um conjunto de técnicas que permitem realizar modificações diretamente nos genes.

Materializa-se o desejo humano de prever o futuro, controlá-lo e quem sabe até modificá-lo. O ser humano passa a ter em suas mãos ferramentas que permitem revolucionar completamente a vida dos seres vivos na terra, ditando seu destino e seu próprio progresso evolutivo<sup>60</sup>.

Surge assim uma ferramenta de edição genética no ano de 2012 que promete revolucionar a ciência genética: o Crispr – acrônimo para repetições palindrômicas curtas agrupadas e regularmente espaçadas ou *“clustered regularly interspaced short palindromic repeats”*.

Reconhecida no meio acadêmico como uma ferramenta popular, que democratizou efetivamente a tecnologia de edição genética, a descoberta do enorme potencial do Crispr reacendeu as inquietações éticas decorrentes das inúmeras possibilidades de manipulação de todas as formas de vida, e em particular a humana.

---

<sup>60</sup> ASIMOV, Isaac. O fim da eternidade. São Paulo: Editora Aleph, 2ª ed. 2019.



Se por um lado possuem enorme potencial de trazer benefícios à humanidade, por outro não podemos deixar de questionar sobre os impactos sociais, éticos e jurídicos que envolvem a manipulação do material genético do ser humano, a manutenção da biodiversidade e sua conseqüente conservação. A apreensão e a esperança caminham lado a lado, o que ressalta, como afirma Hans Jonas, o forte caráter ambivalente da evolução científica<sup>61</sup>.

Dessa forma, este artigo é dividido em quatro partes. Na primeira, apresenta-se a técnica de edição genética do Crispr, como verdadeira revolução científica, procurando demonstrar sua ampla aplicação nos meios científicos, para diante disso entender quais os questionamentos levantados pela bioética/biodireito. Na segunda parte, levanta-se discussões sobre o alcance desta tecnologia, enfatizando-se sua aplicação em linha germinal, ou seja, a possibilidade de mudanças genômicas transmissíveis à descendência. Por fim, pretende-se investigar as implicações imediatas e mediatas da edição genética, remetendo aos limites éticos, jurídicos e sociais de sua aplicação.

Justifica-se o desenvolvimento do presente trabalho pela relevância do tema, sua recorrência em artigos acadêmicos e de opinião, bem como suas implicações culturais, sociais e éticas.

Adotou-se como método o levantamento através de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, entre doutrinas, artigos científicos, notícias, dentre outros. Utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo, de modo a concluir, a partir da organização deste trabalho, pela necessidade de se fazer ciência com consciência, prudência e responsabilidade, respeitando-se os limites éticos e jurídicos de sua aplicação.

## **1. Crispr-Cas9: Conceito e Aplicação**

Como tantas vezes na ciência a descoberta do Crispr-Cas9 foi inesperada. Por muitos anos já se conhecia a sequência de DNA repetitiva regularmente espaçada, bem como algumas de suas propriedades, no entanto, os pesquisadores não tinham descoberto seu enorme potencial como ferramenta de edição genética.

Em verdade a sequência de DNA foi descoberta por um cientista de Alicante, Juan Francisco Mojica, em várias bactérias. Até o ano de 2000, Mojica já tinha identificado o sistema Crispr em 20 (vinte) diferentes bactérias, e alguns anos mais tarde percebeu que

---

61 JONAS, Hans. O princípio da responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto. 1ª ed. Ed. PUC-RIO, 2007.

o Crispr era responsável por codificar as instruções do sistema imunológico adaptativo que protege as bactérias contra infecções específicas<sup>62</sup>.

Anos mais tarde Emmanuelle Charpentier estudando o RNA bacteriano em *streptococcus pyogenes*, bactéria capaz de causar muitos danos à saúde das pessoas, identificou mais uma peça do quebra cabeça da ferramenta de edição genética<sup>63</sup>. Charpentier publicou sua descoberta em 2011, mesmo ano em que começou a trabalhar com Jennifer Doudna, uma experiente microbióloga com vasto conhecimento em RNA.

Juntas as pesquisadoras conseguiram recriar as tesouras genéticas em tubo de ensaio em 2012. No ano seguinte, uma equipe do Instituto Broad, da Universidade de Havard, demonstrou a possibilidade do uso da ferramenta para edição do genoma de espécies vivas<sup>64</sup>.

No ano de 2020 as pesquisadoras Emmanuelle Charpentier e Jennifer Doudna receberam o prêmio Nobel de Química pelo desenvolvimento das tesouras genéticas, ferramenta revolucionária capaz de reescrever o código da vida<sup>65</sup>.

De uma forma didática, podemos dizer que o sistema Crispr é uma região de DNA, presente em algumas bactérias, que atua como verdadeiro mecanismo imunológico frente a alguns vírus. Concretamente essa sequência de DNA tem a capacidade de reconhecer os vírus que invadem as bactérias e descarregar sobre eles uma enzima, chamada Cas, que despedaça o vírus, e dessa forma, utiliza os fragmentos para imunizar a bactéria.

Em um experimento épico as pesquisadoras premiadas conseguiram reprogramar essa "tesoura genética", provando que o sistema poderia ser controlado para cortar qualquer molécula de DNA, de qualquer espécie, em um local predeterminado, o equivalente a um GPS genético. No local em que o DNA é cortado, abre-se um espaço para a inserção de um novo trecho.

---

62 MOJICA FJ, *et al*. Biological significance of a family of regularly spaced repeats in the genomes of Archaea, Bacteria and mitochondria. *Mol Microbiol*. [internet]. 2000 [acesso em 2021, out 10]:36(1):244-6. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10760181/>

63 LANDER, Eric S. "The Heroes of CRISPR". *Cell*, [internet]. 2016 [acesso em 2021, out 10]: 2015.12.041. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.cell.2015.12.041>

64 ZANG, Feng. "Multiplex Genome Engineering Using CRISPR/Cas Systems", *Science*. [internet]. 2013 [acesso em 2021, out 10]: pp. 819-823. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.1231143>.

65 The Nobel Prize. The Nobel Prize in Chemistry [internet] 2020 [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/>

De tal forma, o Crispr-Cas9 é descrito como a “tesoura genética” que colocou ao alcance do ser humano a possibilidade de reescrever seu código genético, através de um simples exercício de cortar e colar. Sua precisão, facilidade de manejo e seu baixo custo, democratizou o uso da técnica e abriu o caminho para a construção de uma nova história evolutiva.

O Crispr-Cas9 atualmente tem muitas aplicações práticas, desde a modificação genética de animais ou vegetais, de forma a obter progressos no campo agropecuário e no controle de pragas, a cura de doenças, bem como a edição de células germinativas humanas.

Até recentemente seu uso estava muito concentrado nas modificações genéticas de interesse agrícola e na criação de animais, considerando seu enorme potencial em superar os principais desafios que acometem as lavouras, bem como a criação de animais geneticamente interessantes<sup>66</sup>.

De forma simplificada, podemos afirmar que somente nos últimos anos, os pesquisadores já utilizaram o sistema de edição genética para projetar porcos pequenos, gado com maior porcentagem de massa muscular, alterar o trigo e o arroz, tornando-os mais resistentes a doenças. E ainda fizeram progressos na engenharia de cabras, bem como laranjas e tomates, enriquecendo-as com vitaminas<sup>67</sup>.

Dentro das fazendas, apontam os pesquisadores, que muito embora o sistema Crisp-Cas9 permita a edição genética mais precisa e rápida, ao mesmo tempo torna mais difícil para os órgãos reguladores e para os fazendeiros identificarem os organismos modificados. Neste sentido<sup>68</sup>:

*“Com a edição de genes, não há mais a capacidade de rastrear produtos de engenharia”, diz Jennifer Kuzma, que estuda política científica na Universidade Estadual da Carolina do Norte em*

---

66 MACENA, *et al.* Utilização do sistema CRISPR/CAS-9 no melhoramento vegetal: revisão sistemática de literatura. *Revista Mosaicum*. [internet]. 2021. [acesso em 2021, out 22]: 33(33), 85-98. Disponível em: <https://doi.org/10.26893/rm.v33i33.479>

67 DOUDNA, J. A.; CHARPENTIER, E. The new frontier of ge-nome engineering with CRISPR- Cas9. *Science* [internet]. v. 346, n. 6213, 2014. [acesso em 2021, out 22]. Disponível em: <https://DOI:10.1126/science.1258096>

68 LEDFORD, Heidi. CRISPR, the disruptor. *Nature* [internet]. 2015. [acesso em 2021, out 22]. 20-24. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/522020a>

*Raleigh. "Será difícil detectar se algo sofreu uma mutação convencional ou geneticamente modificada."*

Sempre brincamos com esses mecanismos evolutivos na agricultura e na criação de animais. Mas a seleção de características interessantes aos seres humanos, mesmo através da seleção artificial, levava muito tempo para se estabilizar.

A potencialidade que a engenharia genética por meio do Crispr-Cas9 nos alçou é totalmente inédita. Podemos alterar uma população inteira de qualquer espécie vegetal, ou mesmo eliminar uma população de mosquitos, consideradas pragas agrícolas, em uma velocidade nunca antes presenciada na história da humanidade.

Essa é a potencialidade que inquieta os pesquisadores da área, ao ressaltarem a dificuldade em identificar se algo sofreu ou não mutação por manipulação genética. Alterar populações inteiras ou mesmo modificá-las, podem trazer consequências drásticas e desconhecidas para o ecossistema. A alteração de uma única população de mosquitos, por exemplo, pode significar o surgimento de outras pragas, ou mesmo afetar todos os predadores em níveis superiores na cadeia alimentar<sup>69</sup>.

Quanto ao consumo humano de animais geneticamente modificados, por meio da edição genética, muitos países ainda não aprovaram ou mesmo anunciaram como tratará sua regulamentação.

Além da fazenda encontramos diferentes estudos envolvendo o sistema Crispr-Cas9 com a finalidade de buscar a cura para doenças genéticas humanas.

Como exemplo, podemos citar estudos recentes na área da cardiologia. Embora o contexto cardiovascular seja complexo, algumas patologias estão mais ou menos relacionadas a determinados produtos gênicos, cuja interação com outras moléculas já é conhecida, facilitando a viabilidade de utilização do sistema Crispr-Cas9<sup>70</sup>.

Ainda, o sistema vem sendo aplicado em testes para o tratamento de várias outras doenças, como tumores e doenças do sangue, como a anemia falciforme<sup>71</sup> e até

---

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> AREND, Marcela Corso, *et al.* O sistema Crispr/Cas9 e a possibilidade de edição genômica para a cardiologia. Arq. Bras. Cardiol. [internet]. 2017. [acesso em 2021, out 22]. Disponível em <https://doi.org/10.5935/abc.20160200>

<sup>71</sup> ELER, Guilherme. Pela primeira vez, técnica CRISPR é injetada no sangue para tratar doença rara. Revista Galileu. [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2021/06/pela-1-vez-tecnica-crispr-e-injetada-no-sangue-para-tratar-doenca-rara.html>

mesmo como tratamento para cegueira. Neste exemplo específico, os pesquisadores injetaram através da retina pequenas gotículas de um composto contendo um vírus inofensivo que possuía instruções específicas para levar o Crispr-Cas9 para o interior da célula do olho e, considerando que a cegueira é fruto de um gene específico, os pesquisadores acreditam que é possível eliminá-lo, corrigindo a visão dos pacientes<sup>72</sup>.

E, em tempos de pandemia do novo coronavírus, pesquisadores da Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA), desenvolveram um teste que faz uso da tecnologia Crispr-Cas, para a detecção do SarsCov2 (coronavírus responsável pela Covid-19), utilizando um bastão nasal e uma câmera acoplada em um celular comum.

A detecção do vírus é inovadora não sendo necessária a transcrição do RNA em DNA, tampouco o processo de amplificação, realizada através de PCR. Pelo método, quando a enzima se liga ao RNA do vírus, cliva toda a sequência genética ao redor, gerando uma fluorescência captada pela câmera, presa a um celular. Dessa forma em apenas 5 (cinco) minutos é possível saber se a pessoa está ou não contaminada com o vírus<sup>73</sup>.

Todavia, ainda que as aplicações do sistema Crispr-Cas9, para a busca da promoção da saúde, do bem estar e de uma maior longevidade suscitem todo um entusiasmo, ao mesmo tempo, levantam muitos dilemas bioéticos, sociais, e/ou jurídicos, que precisam ser enfrentados e resolvidos pela sociedade.

E dentre todas as suas aplicações, a mais controversa, é a edição genética da linha germinal humana. Convém explicar que as pesquisas com embriões humanos não são a novidade que geram à controvérsia. Em alguns países essa pesquisa é regulamentada desde a década de 80. O que vêm sendo discutido é a edição do genoma humano, edições que serão passadas entre gerações.

Pela primeira vez na história está ao alcance do ser humano a possibilidade de reescrever seu próprio código genético. Não apenas é possível editar o genoma de células doentes, em busca da saúde, como é possível a edição genética de células germinativas, ou seja, a edição de nossa descendência, seja para a busca de uma cura para determinadas

---

72 GILMORE JD, *et al.* CRISPR-Cas9 In Vivo Gene Editing for Transthyretin Amyloidosis. *N Engl J Med.* [internet]. 2021 Aug 5;385(6):493-502. Disponível em: doi: 10.1056/NEJMoa2107454. Epub 2021 Jun 26. PMID: 34215024.

73 ANIRUDH CHAKRAVARTHY, *et al.* Engineered RNA biosensors enable ultrasensitive SARS-CoV2 detection in a simple color and luminescence assay. *MEDRXIV* [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://doi.org/10.1101/2021.01.08.21249426>

doenças, comopara a criação de “filhos projetados”<sup>74</sup>, ou mesmo para a existência de um “mercado de bebês”<sup>75</sup>.

## 2.Ética na busca da “perfeição humana”

Podemos afirmar que já temos dois tipos de pessoas em nossa sociedade: as geneticamente modificadas e as pessoas não geneticamente modificadas, ou naturais.

O primeiro experimento que revolucionou a história da ciência envolvendo a manipulação genética do genoma humano em células germinativas, foi anunciado em 2015, por um grupo de pesquisadores chineses.O polêmico experimento realizado na Universidade Sun Yat-sen (Guangzhou, China) envolveu a edição genética de embriões humanos não viáveis com a finalidade de eliminar o gene da beta-talassemia (doença congênita muito graveque afeta o sangue).

Neste experimento o grupo de pesquisadores relatam que só conseguiram atingir seu objetivo em 4 (quatro) dos 81 (oitenta e um) embriões editados, concluindo que a técnica não estava totalmente madura para ser empregada em embriões humanos, mas que iam continuar os trabalhos em modelos animais e células humanas adultas<sup>76</sup>.

Antes mesmo da publicação deste experimento, considerando a agitação do meio científico sobre a possibilidade de edição genética de embriões humanos, tanto a *Nature*, quanto a *Science* publicaram manifestos assinados por vários pesquisadores que advogavam por uma moratória sobre a pesquisa neste campo.

Edward Lanphier, um dos cientistas que assinaram o manifesto afirmou à época<sup>77</sup>:

---

74 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na engenharia genética*. 4ª ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2021.

75 ANSEDE, Manuel. Assim serão as próximas crianças geneticamente modificadas. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out 19]. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899\\_503636.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899_503636.html)

76 LIANG P, et al. Crisp/Cas9: mediated gene editing in human tripronuclear zygotes. *ProteinCell* (online). [internet]. 2015 [acesso em 2021 ou 10]. 519(7544):410-411. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/519410a>

77 Em nossa opinião, a edição do genoma em embriões humanos usando as tecnologias atuais pode ter efeitos imprevisíveis nas gerações futuras. Isso o torna perigoso e eticamente inaceitável. Essa pesquisa poderia ser explorada para modificações não terapêuticas. Estamos preocupados que um clamor público sobre tal violação ética possa prejudicar uma área promissora do desenvolvimento terapêutico, ou seja, fazer alterações genéticas que não podem ser herdadas.” - LANPHIER, E., *et al.* Don't edit the human germ



*"In our view, genome editing in human embryos using current technologies could have unpredictable effects on future generations. This makes it dangerous and ethically unacceptable. Such research could be exploited for non-therapeutic modifications. We are concerned that a public outcry about such an ethical breach could hinder a promising area of therapeutic development, namely making genetic changes that cannot be inherited."*

As razões apontadas pelos pesquisadores à época para interromper qualquer estudo sobre a edição genética realizada em embriões humanos podem ser resumidas em quatro pontos principais: a tecnologia não estava madura o suficiente para ser aplicada com segurança em embriões humanos, sendo impossível prever as consequências futuras, como o aparecimento de mutações graves nos organismos geneticamente editados; a existência de alternativas para evitar o nascimento de bebês com defeitos congênitos, como o diagnóstico pré-natal ou mesmo o pré-implantacional; os fins não terapêuticos das pesquisas, transformando o ser humano em uma *commodity*, com todas as suas consequências nos campos da ética, jurídica e social; e o risco de perder a confiança da população nos experimentos científicos<sup>78</sup>.

A moratória advogada pelos cientistas serviria como uma forma de assegurar a não realização de experimentos controversos e ainda possibilitar um diálogo aberto sobre as melhores formas de proceder.

Muito embora a moratória voluntária dos Estados Unidos, no ano de 2018 os cientistas foram novamente surpreendidos por um vídeo publicado no Youtube, em que um cientista chinês, He Jiankui, alegava ter criado os primeiros bebês geneticamente

---

line. Nature. [internet] 2015. [acesso em 2021, out 10]. 519, 410–411. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/519410a>

78 PANETO, Greiciane Gaburro, *et al.* Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social. Derecho y Cambio Social – Open Journal Systems. [internet]. 2020. [acesso em 2021, out 22]. 18-34. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_ser\\_vicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Derecho-y-Cambio\\_n.61.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.61.pdf)

editados, implantados em uma mulher que deu à luz duas meninas gêmeas chamadas Lulu e Nana, nascidas, segundo o pesquisador, em novembro do mesmo ano<sup>79</sup>.

Segundo o pesquisador seu objetivo não era curar doenças hereditárias, mas criar a habilidade de resistir a possíveis infecções pelo vírus do HIV. Durante seu anúncio por vídeo ele afirma que as meninas são saudáveis e que o sequenciamento genético realizado nas meninas demonstra que a edição ocorreu como esperado, alterando apenas o gene alvo.

Cientistas de todo o mundo criticam fortemente a divulgação de Jiankui. O pesquisador não produziu nenhuma evidência sobre o experimento, não realizou nenhuma publicação oficial revisada por pares, padrão ouro de confiabilidade científica, sendo um experimento questionável sob os pontos de vista ético, legal e de saúde. Mais de 120 cientistas chineses também se manifestaram opondo-se ao experimento de Jiankui, classificando sua atitude como irresponsável, antiética e perigosa<sup>80</sup>.

Como efeito, um novo pedido de moratória foi realizado em março de 2019 por um grupo de especialistas de 7 (sete) países. Dessa vez os pesquisadores clamaram por uma moratória mundial<sup>81</sup>:

*"By 'global moratorium', we do not mean a permanent ban. Rather, we call for the establishment of an international framework in which nations, while retaining the right to make their own decisions, voluntarily commit to not approve any use of clinical germline editing unless certain conditions are met."*

O documento de 2019 requer que durante um tempo, nenhum país realize mais estudos clínicos sobre edição da linha germinativa humana, permitindo a reflexão das questões éticas, científicas, médicas, sociais e jurídicas sobre o tema. E ainda, passado

---

79 LIY Macarena Vidal. He Jiankui, um obcecado caçador de glórias. El Brasil. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out 10]. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/ciencia/1543426962\\_870111.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/ciencia/1543426962_870111.html)

80 MÜLLER, Rodrigo. *et al.* Chinês é suspenso por ter criado bebês com gene alterado. Revista Fapesp. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out 10]. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/chines-e-suspenso-por-ter-criado-bebes-com-gene-alterado/>

81 *Por "moratória global", não queremos dizer uma proibição permanente. Em vez disso, pedimos estabelecimento de uma estrutura internacional em quais nações, mantendo o direito de tomar suas próprias decisões, voluntariamente comprometer-se a não aprovar qualquer uso de linha germinativa clínica edição, a menos que certas condições sejam atendidas.* LANDER, Eric S. *et al.* Adopt a moratorium on heritable genome editing. Nature. [internet]. 2019. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/d41586-019-00726-5>.

o tempo reflexivo, mesmo que as nações sigam por caminhos diferentes, todos os estudos sejam abertos, de modo que se garanta o respeito aos direitos da humanidade.

Mais de dois anos após o nascimento das meninas chinesas com genomas editados, um painel organizado pela Organização Mundial da Saúde (WHO), resultado de uma primeira consulta ampla e global voltada à edição somática do genoma humano, apresentou novas recomendações que sustentam a ideia da irresponsabilidade da aplicação imediata das técnicas de edição genética em linhas germinativas humanas, bem como a necessidade de um registro global de todos os estudos que envolvam a edição do genoma humano<sup>82</sup>:

“A edição do genoma humano tem o potencial de avançar nossa capacidade de tratar e curar doenças, mas o impacto total só será percebido se o implementarmos para o benefício de todas as pessoas, em vez de alimentar mais desigualdades de saúde entre e dentro dos países”, afirmou Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS.

Analisando de forma mais detida grandes potências biotecnológicas adotaram medidas totalmente diferentes frente ao uso de ferramentas de edição genética. Os Estados Unidos asseguraram que seguiriam financiando pesquisas sobre edição genética direcionada às células adultas dos indivíduos, afirmando que alterar as células germinais era uma fronteira que não deveria ser ultrapassada.

Na obra *“Editando o genoma humano: ciência, ética e governança”*, importante documento da academia nacional de ciências e medicina dos Estados Unidos, são levantadas questões e recomendações sobre os estudos realizados na área. Assinalando a importância de se equilibrar os benefícios como os riscos não previstos na edição, a necessidade de se incorporar valores da sociedade nas aplicações clínicas, bem como respeitar as diferenças culturais entre as nações que estão realizando os estudos. Como princípios trazem o respeito à transparência dos estudos, da ciência responsável,

---

82 WHO. Human genome editing: recommendations. World Health Organization. [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240030381>

da cooperação internacional, o respeito às pessoas que participam dos estudos, à ética e à sociedade<sup>83</sup>.

Por sua vez o Reino Unido aposta em liderar os desenvolvimentos biotecnológicos, mesmo os mais controvertidos. Muito embora seja proibido desde 1990 a edição genética de embriões humanos para fins terapêuticos, por lei, é possível a realização de pesquisas sempre que se conte com a autorização da *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)*. E no ano de 2016 a agência reguladora autorizou os estudos de um grupo de pesquisadores com edição genética em embriões humanos através do sistema Crispr-Cas9, bem como experimentos com transferência mitocondrial (outro tema polêmico no meio acadêmico).

Por fim, a China, que aparentemente tem vários grupos trabalhando com edição genética sem qualquer autorização ou regulamentação sobre o tema.<sup>84</sup>

Concluimos assim que existe uma preocupação compartilhada por toda a comunidade internacional científica sobre o tema. No entanto, em contrapartida, na prática poucos países possuem regulamentação em vigor para o uso responsável das técnicas de edição genética, bem como, continua a existir uma corrida pela liderança do desenvolvimento biotecnológico assegurando a continuidade de pesquisas em todo o mundo.

Inegáveis são as possibilidades trazidas pela revolução científica que é a edição genética através da tecnologia Crispr-Cas9. A potencialidade de tratamentos médicos que intervenham na natureza para restaurar e preservar as funções humanas naturais, promovendo a saúde do ser humano, são animadoras. No entanto, junto à excitação da descoberta científica, surge uma forte inquietação bioética, pois na mesma medida que podemos curar doenças, abre-se caminho para uma corrida pela criação de “humanos perfeitos”, formas sofisticadas de eugenia, isso sem considerarmos o surgimento de novas doenças e mutações ainda não conhecidas e que podem comprometer a vida humana como a conhecemos.

---

<sup>83</sup> National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2017. Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance. Washington, DC: The National Academies Press. Disponível em: <https://doi.org/10.17226/24623>.

<sup>84</sup> PANETO, Greiciane Gaburro, et al. Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social. Derecho y Cambio Social – Open Journal Systems. [internet]. 2020. [acesso em 2021, ou 22]. 18-34. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_ser\\_vicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Derecho-y-Cambio\\_n.61.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.61.pdf)

### 3. Os efeitos da edição genética na sociedade: a bioética e a aplicação do Crispr-Cas9 com fins de eugenia

As descobertas científicas surgem para a humanidade de forma imediata como soluções para problemas antes insanáveis. A edição genética do genoma humano, revolução científica do momento, traz como promessa imediata a cura de doenças devastadoras, sejam elas congênicas ou não, bem como a prevenção de doenças gravadas em nossos genes, que poderão ser extirpadas antes mesmo de nosso nascimento.

Contudo, para além dos benefícios imediatos, se faz necessário pensar nas implicações mediatas que os avanços científicos carregam. A exploração de todo o potencial das técnicas de edição genética denota pretensões científicas de domínio sobre a vida humana<sup>85</sup>.

Dentre os riscos mais frequentes, quando estudamos sobre edição genética, nos deparamos com a insegurança prática, vez que efeitos não desejados podem derivar da manipulação genética, ainda não são totalmente conhecidos. Em verdade, recente estudo publicado na revista *Nature* ressalta que a pesquisa científica precisa avançar muito para poder um dia ser usada com segurança em células embrionárias humanas. O artigo denuncia o problema: "*Unespected mutations after Crispr-Cas9 editing in vivo*", ou seja, o surgimento de mutações indesejadas após o uso da ferramenta (*off target*)<sup>86</sup>.

A eugenia é outro risco que temos que enfrentar quando tratamos de edições genéticas, ou seja, a possibilidade de utilizar a ferramenta de engenharia genética para escolher características nos seres humanos. Esse é o maior problema quanto à utilização da técnica.

---

85 PANETO, Greiciane Gaburro, et al. Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social. *Derecho y Cambio Social – Open Journal Systems*. [internet]. 2020. [acesso em 2021, out 22]. 18-34. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Derecho-y-Cambio\\_n.61.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.61.pdf)

86 SHAEFER, Kellie A. *et al.* Unespected mutations after Crispr-Cas9 editing in vivo. *Nature*. [internet]. 2017. [acesso em 2021, out 19]. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nmeth.4293>

Nesse tocante nos alerta o filósofo Julian Savulescu, diretor do Centro Uehiro para Ética Prática da Universidade de Oxford, no Reino Unido, em entrevista sobre os avanços biotecnológicos atuais<sup>87</sup>:

“Será impossível evitar a existência de um mercado clandestino de edição genética. As pessoas vão querer uma criança perfeita e estarão dispostas a pagar muito para ter uma. Podemos estar apenas diante do começo de um mercado clandestino da perfeição”

Na história, o ser humano sempre buscou a melhoria de sua própria espécie. Não raro vemos pais fazendo de tudo para garantir as melhores oportunidades para seus filhos, seja através de ótimas escolas, ou mesmo tratamentos que visam aumentar sua capacidade de concentração e desempenho nos estudos ou nos esportes.

Entretanto, um dilema moral surge quando passamos a utilizar os avanços científicos para melhorar nossas próprias capacidades físicas ou cognitivas. Quando justificamos o uso da engenharia genética, em busca de melhorias para a espécie caminhamos para a eugenia pura e simples.

Quanto à eugenia importante esclarecermos o uso de seu termo no contexto contemporâneo.

O movimento eugenista cunhado em 1883, por Francis Galton, tinha como grande ambição o aprimoramento genético da raça humana. O pesquisador, primo de Charles Darwin, acreditava ser possível produzir uma raça altamente talentosa de seres humanos através do casamento criterioso.

Com efeito, a ideia se disseminou pelos Estados Unidos nas primeiras décadas do século XX, constituindo adeptos que passaram a cobrar do Estado a criação de leis que regulamentassem a esterilização compulsória de pessoas com genes indesejáveis, levando assim a esterilização de mais de 60 (sessenta) mil pessoas no ano de 1907, no Estado de Indiana<sup>88</sup>.

Na Alemanha a ideia eugênica se manifestou a partir da supremacia nacionalista e racial. Hitler um adepto ferrenho dos planos eugenistas de identificação,

---

<sup>87</sup> ANSEDE, Manuel. Assim serão as próximas crianças geneticamente modificadas. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out19]. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899\\_503636.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899_503636.html)

<sup>88</sup> SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na engenharia genética. 4ª ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2021, p. 79.



segregação, esterilização, eutanásia e extermínio em massa, é o destaque cruel dessa teoria.

Após o cenário de assassinatos em massa e genocídio, da segunda grande guerra, os movimentos eugenistas perderam grande parte de seus adeptos, muito embora nos Estados Unidos, em alguns estados, tenha perdurado até meados dos anos 1970<sup>89</sup>.

Nesta época, portanto, podemos falar de um movimento eugênico universal. Uma antiga eugenia que tinha como objetivo a evolução da espécie humana por meio de combinações genéticas por casamento, pela reprodução forçada entre humanos geneticamente superiores, esterilização forçada e mesmo o genocídio. Logo, nessa forma de eugenia, ressaltamos a ideia de colaboração, idealizada e realizada por meio de coerção estatal.

Ao estabelecermos que a edição genética embrionária de humanos pode ter como objetivo a eugenia, certamente não estamos tratando da mesma forma de eugenia do passado. Não há coerção do Estado, não falamos em esterilização forçada e em massa. Mas mesmo com todas as diferenças trata-se de uma forma de eugenia, já que sua finalidade é a mesma: aprimorar geneticamente a raça humana, podemos falar assim de uma eugenia contemporânea<sup>90</sup>.

O discurso eugênico está revivendo, defendida por uma classe de pensadores como uma *"eugenia liberal"*. Neste sentido, Nicholas Agar nos apresenta:

*"Enquanto os eugenistas autoritários da velha guarda buscavam produzir cidadãos a partir de um único molde de projeto centralizado, a marca que distingue a nova eugenia liberal é a neutralidade do Estado"*

Explicando: para esses teóricos, defensores da eugenia liberal, o melhoramento genético não pode ser coercitivo, ou seja, o Estado não pode dizer aos pais quais as características devem ou não ser escolhidas, sendo que os pais deverão apenas seguir o princípio da escolha de características que melhorem as capacidades de seus filhos.

São defensores dessa nova eugenia, filósofos renomados como Ronald Dworkin, que sustenta que não existe nada de errado na ambição de tornar a vida futura

---

<sup>89</sup> Idem, p. 81.

<sup>90</sup> Idem, p. 87.

dos seres humanos repleta de talentos, plena e longa<sup>91</sup>, John Rawls, Allen Buchanan, Daniel Wikler, dentre outros.

Seus os argumentos parecem válidos, e até moralmente aceitáveis, como forma de preservar a humanidade, suas habilidades e prevenir uma difusão de defeitos e doenças graves, verdadeira forma de frear pressões evolutivas indesejáveis.

Por outro lado, não é preciso muito esforço intelectual para visualizar os problemas decorrentes de um movimento eugênico em nossa sociedade. Em uma análise simplista sobre o tema, podemos afirmar que apenas pais privilegiados teriam acesso aos “filhos perfeitos”, podendo escolher as melhores características que os manteriam em seus privilégios, perpetuando-se em suas castas de humanos engenheirados.

Às crianças, frutos de projetos idealizados por seus pais, em um segundo momento de abstração, perderiam o direito a seu futuro, pois suas habilidades seriam escolhidas antes mesmo de seu nascimento.

Por fim, sem pretensões quaisquer de esgotar o assunto, podemos trazer o fomento das desigualdades sociais, agora entre os engenheirados e melhorados geneticamente, armados de características que os fazem melhor adaptados à sociedade competitiva e, pessoas não engenheiradas, com suas limitações naturais.

### **Considerações Finais**

A edição genética apresenta-se para a humanidade como uma técnica científica revolucionária com eficácia imediata para a prevenção e cura de doenças devastadoras, sejam elas congênitas ou não, bem como para a promoção do bem estar e longevidade, propiciando o acesso às melhores cultivos e criações para a alimentação do ser humano.

Sua técnica, como pontuamos no presente trabalho, vem sendo utilizada dentro e fora da fazenda, e tem grande apelo para a sociedade. Em termos de habilidades analisamos seu uso para correção de mutações indesejadas, criação de raças de animais com aumento de massa muscular, alimentos vitaminados, cura de doenças, tratamento e diagnósticos mais precisos.

---

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. *Playing God: Genes, Clones and Luck*, in DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 200, p. 452.

Mesmo a edição de células germinativas tem um grande apelo devido sua capacidade de correção de mutações genéticas trazendo em si uma promessa de erradicar condições ou doenças hereditárias devastadoras.

Contudo, mudanças na linha germinal são hereditárias e podem resultar em efeitos imprevisíveis em gerações futuras, e quando falamos em edição genética na linha germinal do ser humano, abrimos caminho para práticas eugenias, criando uma super-raça.

Essa última promessa é marcada por complexas questões morais, bioéticas e jurídicas, é revela a dupla face da descoberta que revolucionou a forma como o ser humano passará a se enxergar neste momento.

De todo o trabalhado, temos como fato, que a técnica revolucionária do Crip-Cas9 não pode e nem deve ser condenada, pois como analisamos pode trazer enormes benefícios à humanidade, no entanto, é preciso entender que essa descoberta não é isenta de riscos, não só quanto ao domínio, mas a forma como será utilizada.

Concluimos assim que a preocupação compartilhada por toda a comunidade internacional científica, acerca do domínio da técnica, sua aplicabilidade, principalmente no tocante à linha germinal humana, se justifica, sendo importante uma abordagem prudente e sobretudo responsável sobre o tema. No entanto, faz-se mais necessária ainda o diálogo de seu uso com as questões sociais, ambientais, éticas e morais, e com a sociedade, já que a ciência é feita por ela e para ela.

## Referências

ANIRUDH CHAKRAVARTHY, *et al.* Engineered RNA biosensors enable ultrasensitive SARS-CoV2 detection in a simple color and luminescence assay. MEDRXIV [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://doi.org/10.1101/2021.01.08.21249426>

ANSEDE, Manuel. Assim serão as próximas crianças geneticamente modificadas. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out 19]. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899\\_503636.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543575899_503636.html)

AREND, Marcela Corso, *et al.* O sistema Crispr/Cas9 e a possibilidade de edição genômica para a cardiologia. Arq. Bras. Cardiol. [internet]. 2017. [acesso em 2021, out 22]. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/abc.20160200>

ASIMOV, Isaac. O fim da eternidade. São Paulo: Editora Aleph, 2ª ed. 2019.

DOUDNA, J. A.; CHARPENTIER, E. The new frontier of ge-nome engineering with CRISPR-Cas9. *Science* [internet]. v. 346, n. 6213, 2014. [acesso em 2021,out 22].Disponível em: [https:// DOI: 10.1126/science.1258096](https://doi.org/10.1126/science.1258096)

DWORKIN, Ronald. *Playing God: Genes, Clones and Luck*, in DWORKIN,Ronald, *Sovereign Virtue*. Cambridge: Havard University Press.

ELER, Guilherme. Pela primeira vez, técnica CRISPR é injetada no sangue paratratar doença rara. *Revista Galileu*. [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2021/06/pela-1-vez- tecnica-crispr-e-injetada-no-sangue-para-tratar-doenca-rara.html>

GILMORE JD, *et al*. CRISPR-Cas9 In Vivo Gene Editing for TransthyretinAmyloidosis. *N Engl J Med*. [internet]. 2021 Aug 5;385(6):493-502. Disponível em: doi: 10.1056/NEJMoa2107454. Epub 2021 Jun 26. PMID: 34215024.

LANDER, Eric S. "The Heroes of CRISPR". *Cell*, [internet]. 2016 [acesso em 2021, out 10]: 2015.12.041. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.cell.2015.12.041>

LANDER, Eric S. *et al*. Adopt a moratorium on heritable genome editing. *Nature*. [internet]. 2019. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/d41586-019-00726-5>

LANPHIER, E., *et al*. Don't edit the human germ line. *Nature*. [internet] 2015. [acesso em 2021, out 10]. 519, 410–411. Disponível em:<https://doi.org/10.1038/519410a>

LEDFORD, Heidi. CRISPR, the disruptor. *Nature* [internet]. 2015. [acesso em 2021, out 22]. 20-24. Disponível em:<https://doi.org/10.1038/522020a>

LIANG P, *et al*. Crisp/Cas9: mediated gene editing in human tripronuclear zygotes.*Protein Cell* (online). [internet]. 2015 [acesso em 2021 ou 10]. 519(7544):410-411. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/519410a>

LIY Macarena Vidal. He Jiankui, um obcecado caçador de glórias. *El Brasil*. [internet]. 2018. [acesso em 2021, out 10]. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/ciencia/1543426962\\_870111.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/ciencia/1543426962_870111.html)

MACENA, *et al*. Utilização do sistema CRISPR/CAS-9 no melhoramento vegetal:revisão sistemática de literatura. *Revista Mosaicum*. [internet]. 2021. [acesso em2021, out 22]: 33(33), 85-98. Disponível em:<https://doi.org/10.26893/rm.v33i33.479>

MOJICA FJ, *et al.* Biological significance of a family of regularly spaced repeats in the genomes of Archaea, Bacteria and mitochondria. *Mol Microbiol.* [internet].2000 [acesso em 2021, out 10]: 36(1):244-6. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10760181/>

MÜLLER, Rodrigo. *et al.* Chinês é suspenso por ter criado bebês com gene alterado. *Revista Fapesp.* [internet]. 2018. [acesso em 2021, ou 10]. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/chines-e-suspenso-por-ter-criado-bebes-com-gene-alterado/>

National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2017. *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance.* Washington, DC: The National Academies Press. Disponível em: <https://doi.org/10.17226/24623>.

PANETO, Greiciane Gaburro, *et al.* Edición genética: las consecuencias en la sociedad contemporánea de la técnica Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat (CRISPR-CAS9) - Un análisis ético, legal y social. *Derecho y Cambio Social – Open Journal Systems.* [internet]. 2020. [acesso em 2021, ou 22]. 18-34. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Derecho-y-Cambio\\_n.61.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.61.pdf)

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica.* Rio de Janeiro: Contraponto. 1ª ed. Ed. PUC-RIO, 2007.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na engenharia genética.* 4ª ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2021.

SHAEFER, Kellie A. *et al.* Unsuspected mutations after Crispr-Cas9 editing in vivo. *Nature.* [internet]. 2017. [acesso em 2021, out 19]. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nmeth.4293>

The Nobel Prize. *The Nobel Prize in Chemistry* [internet] 2020 [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/>

WHO. *Human genome editing: recommendations.* World Health Organization. [internet]. 2021. [acesso em 2021, nov 19]. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240030381>

ZANG, Feng. "Multiplex Genome Engineering Using CRISPR/Cas Systems", *Science.* [internet]. 2013 [acesso em 2021, out 10]: pp. 819-823. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.1231143>.

## **SHARENTING: A HIPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS EM REDES SOCIAIS**

**THAIS SILVA BARRIQUELLO:** Advogada Formada pela Universidade São Judas (2017); Pós graduada pela Fundação Getúlio Vargas - FGV LAW- (2020); Especialista em Direito de Família e planejamento matrimonial (Cursos livres); Mestrado em andamento na Pontifícia Universidade Católica (PUC -SP); Membro efetiva do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM); Qualificação em língua inglesa com intercâmbios realizados em Dublin e Londres.

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo analisar a questão da hiperexposição de menores nas redes sociais, realizada pelos seus genitores, tais quais compartilhamento de fotos, dados, localização, vídeos e acontecimentos da vida de seus filhos. Demonstrou-se com o presente estudo que o compartilhamento de forma indiscriminada e irresponsável, viola direitos fundamentais das crianças e adolescentes tais quais direito à intimidade, privacidade, imagem e integridade psíquica, podendo causar graves danos na vida da criança, bem como, consequências em sua vida adulta. Desta maneira, no Brasil, os genitores não tem demonstrado muito cuidado no momento de compartilhamento em excesso da vida de seus filhos. Para a realização do trabalho, foi utilizada pesquisa básica, empírica, estratégica com procedimento de pesquisa em doutrinas, documentos e análise legal e em tempo real da situação.

**Palavras – chave:** Redes sociais, *sharenting*, hiperexposição, violação, direitos fundamentais, crianças, adolescentes.

**Abstract:** This study aims to analyze the issue of hyperexposure of minors on social networks, carried out by their parents, such as sharing photos, data, location, videos and events in their children's lives. The present study demonstrated that sharing indiscriminately and irresponsibly violates the fundamental rights of children and adolescents, such as the right to intimacy, privacy, image and psychic integrity, and can cause serious damage to the child's life, as well as consequences in your adult life. Thus, in Brazil, parents have not shown much care when sharing their children's lives in excess. To carry out the work, basic, empirical, strategic research was used with a research procedure in doctrines, documents and legal and real-time analysis of the situation.



**Keywords:** Social networks, sharenting, hyperexposure, violation, fundamental rights, children, adolescents.

## 1. INTRODUÇÃO:

O mundo virtual tem trazido muitas novidades e novas tecnologias inovadoras a serem utilizadas pela nova geração, mas na mesma proporção trouxe inúmeros desafios a serem vencidos na sociedade atual, especialmente no que tange ao acesso as redes de crianças e adolescentes.

Isso porque, com a realidade em que vivemos no ambiente virtual, é de extrema necessidade o direito proteger a privacidade e dignidade das pessoas, sendo imprescindível a adoção de novos mecanismos de defesa para com crianças e adolescentes, tendo em vista que, são eles que possuem maior vulnerabilidade por traz das telas pois ainda estão despreparados e sem maturidade o suficiente para uma navegação segura.

Dessa forma, se espera que não somente o estado, mas principalmente os genitores protejam os seus filhos menores contra uma triste realidade que encontramos nas redes que causam diversas consequências jurídicas que se caracteriza como uma hiperexposição de crianças nas redes sociais.

Isto posto, o presente trabalho possui enfoque e estudo no fenômeno intitulado como *sharenting* que vem da junção das palavras "compartilhar" (*share*) e "parentalidade" (*parenting*) da língua inglesa que possui como significado "*o hábito de os pais utilizarem mídias sociais para compartilhar informações, fotos, vídeos e acontecimentos sobre os seus filhos*"<sup>92</sup>

Contudo, referido hábito é feito de maneira irresponsável de compartilhamento de dados e imagens, bem como também pode ser caracterizado pelo compartilhamento de informações.

Assim, o presente estudo abordará a realidade pós moderna no mundo digital e como a pandemia COVID – 19 contribuiu ainda mais para este fenômeno. Trará ainda a responsabilidade parental diante de tais exposições e também os riscos e consequências jurídica de tais atos.

---

92 SANCHES, Patrícia Corrêa, DIAS Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e demais autores. Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital. IBDFAM.P.316.Belo Horizonte – MG.2021.

Por fim, este trabalho visa questionar se os pais possuem legitimidade para a hiperexposição dos filhos menores em redes sociais em detrimento aos riscos de fortes violação aos direitos de crianças e adolescentes tais quais, direito de imagem, integridade psíquica trazendo à tona, assim, questionamento de graves violações aos direitos de personalidade.

## **2. A REALIDADE DIGITAL PÓS MODERNA E OS SEUS EFEITOS:**

Primeiramente, importante destacar que é crescente o uso de redes por crianças e adolescentes no Brasil, o que ficou ainda maior com a pandemia COVID 19, tendo em vista que colocou a todos em isolamento social sendo pelas telas o único relacionamento possível.

Assim, foram reuniões, aulas, palestras, brincadeiras, esportes, tudo passou a ser *online* e sem interação com outras crianças, devido ao isolamento social, o que acelerou ainda mais um processo que já havia ocorrido anteriormente: o acesso estrondoso de crianças e adolescentes nas redes sociais.

As Dras. Ana Carolina Teixeira e Renata Vilela Multedo, alertam que:<sup>93</sup>

A vida online não é mais separada da vida off-line. Conquanto a internet tenha promovido a possibilidade jamais antes vista de interatividade por meios de diversos canais (Facebook, WhatsApp, Instagram, Youtube, Twitter, entre outros), ela também potencializou riscos.

Ainda, citam através de Stefano Rodotà que “a internet apresenta-se cada vez mais como uma trama de possibilidades ainda não resolvida, como um conjunto de promessas contraditórias,<sup>94</sup>

Assim, a internet seria uma porta de abertura para novos caminhos de ensino ou um conjunto de “promessas contraditórias” como cita Stefano Rodotà? Diante deste questionamento, importante trazer uma pesquisa realizada pela “Tic Kids Online Brasil.

A pesquisa tic kids online Brasil, tem como objetivo gerar evidências sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil. Realizada desde 2012, a pesquisa produz

---

93 SANCHES, Patrícia Corrêa, DIAS Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e demais autores. Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital. IBDFAM.P.316.Belo Horizonte – MG.2021.

94 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodn de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.169.

indicadores sobre oportunidades e riscos relacionados à participação on-line da população de 9 a 17 anos no país<sup>95</sup>. Importante aqui constar que a última pesquisa realizada foi de outubro de 2019 a março de 2020, não contando assim com a realidade pandêmica.

Em 2019, os dados indicam que 89% da população brasileira entre 09 e 17 anos utilizam internet, sendo que em 2015 esse número era de 79%, havendo um aumento muito significativo.

Ainda, em outubro de 2021 o panorama *mobile time* realizou pesquisa independente sobre crianças de 0 a 12 anos e smartphones no Brasil<sup>96</sup>. Referido estudo trouxe que os apps mais usados foram o Youtube (Média geral: 72%), WhatsApp (Média Geral: 52%) e Tik Tok (Média geral:45%), sendo que este último, foi o app que mais cresceu em relação à pesquisa realizada em 2020.

Diante dos números acima expostos, se instaura a dúvida se tantos cliques, e acesso à internet de crianças e adolescentes não importam em graves riscos, já que, se tratam de pessoas extremamente vulneráveis nas redes. Os riscos podem se dar em violação do direito de imagem, personalidade, integridade psíquica, divulgação de fotos íntimas, contato com conteúdo inadequados, entre tantos outros riscos a que eles estão expostos.

Assim, é de extrema importância que os genitores em seu poder de autoridade familiar, alerte e cuide de seus filhos no ambiente digital para que consequências severas não aconteçam com os menores, protegendo os direitos fundamentais e respeitando a sua dignidade. Contudo, o que estamos vendo na sociedade atual é cada vez mais a exposição exacerbada de crianças, sem nenhum cuidado devido, podendo acarretar em graves danos futuros, sendo este o fenômeno chamado de *sharenting*.

### **3. O FENÔMENO SHARENTING:**

Como acima mencionado, o ambiente digital vem ganhando cada vez mais força na sociedade atual e por óbvio, a pandemia COVID 19 contribuiu em grande escala para um aumento muito mais acelerado. Isto porque, muitas atividades de crianças e adolescentes que antes eram presenciais se tornaram *on line* e assim permanecem até hoje.

Contudo, a realidade digital pós moderna, as redes sociais tais quais *Instagram, WhatsApp, Youtube, Twitter, Tik Tok*, entre outras, ganharam forte alcance para a

---

<sup>95</sup> <https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/> - acesso em 29/04/2022

<sup>96</sup> <file:///C:/Users/Tha%C3%ADs/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/SHARENTING/Mobile%20time%20-%20pesquisas.pdf> – acesso em 29/04/2022

população geral, transformando as plataformas em profissão e ganho de renda. Assim, as pessoas começaram a divulgar o seu dia a dia, rotina, acontecimentos importantes, questões pessoais, acabando por envolver sua vida pessoal e conseqüentemente sua família ao redor.

Ocorre que, essa divulgação da rotina já enraizada na população resultou também na divulgação das crianças e adolescentes ao redor, fazendo uma hiperexposição pela quantidade de engajamento que este tipo de publicação traz de retorno a essas pessoas, principalmente se a profissão delas dependem de alguma dessas plataformas. Já que, os usuários possuem imenso interesse na vida pessoal daqueles que seguem.

Contudo, os genitores não conseguem enxergar em tal ato algo como grande risco e potencial danos e perigos a integridade psíquica de seus filhos, e ainda não se dão conta que podem estar ferindo o direito de personalidade de seus filhos, principalmente em relação ao seu direito de imagem.

Seguindo nesta linha, as Dra. Ana Carolina Brochado e Renata Vilela Multedo, fazem uma importante constatação a cerca desse compartilhamento digital chamado *sharenting*<sup>97</sup>:

Esta forma de compartilhamento digital pelos pais de suas experiências em relação ao exercício de parentalidade é comparada ao que seria, no passado, a um vídeo ou álbum público de fotos. Contudo, a potencialidade da internet de eternizar informações que estejam na rede é infinitas vezes maior. Tudo isso contribui para que hoje se tenha reduzida possibilidade de avaliação do impacto que as informações dessas crianças e adolescentes no universo *online* irão ter em seu desenvolvimento social.

Ainda, o sítio do *Conjur* através de artigo<sup>98</sup>, cita que referida conduta faz com que as crianças sejam submetidas ao compartilhamento dos próprios dados pessoais, sem prévia autorização, o que além de violar o seu direito à privacidade, poderá acarretar em outras implicações perturbadoras quanto a identidade de crianças e adolescentes.

Percebe-se nesse momento que a autoridade parental não deve ser exercida de forma ilimitada e livre para com os filhos, quando se trata de violar o melhor interesse dos menores. Por mais que as crianças e adolescentes tenham o dever de obediência, respeito

---

97SANCHES, Patrícia Corrêa, DIAS Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e demais autores. Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital. IBDFAM.P.316.Belo Horizonte – MG.2021

98 <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/opinioao-implicacoes-juridicas-fenomeno-sharenting> - Acesso em 29/04/2022.

e honra é essencial que haja diálogo entre eles quanto à veiculação de sua imagem, não podendo fazer essa hiperexposição de qualquer modo.

E ainda, se não for possível o diálogo com a criança por ela não saber se expressar, respeitar os menores não causando uma hiperexposição em sua infância, a qual poderá causar inúmeros fatores de riscos.

Isto porque, além dos riscos jurídicos e criminais, tem-se o risco de uma criança se tornar um *meme*, viralizar sua foto em situações constrangedoras, podendo tais situações interferir em sua vida escolar, universitária e profissional no momento de concorrer a uma vaga de emprego. Aquele adulto sempre terá aquela marca registrada em si.

Diante desse cenário e de tal vulnerabilidade de crianças e adolescentes no mundo digital, temos que ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados em seu artigo 14 salienta que os dados das crianças e adolescentes devem ser coletados e tratados em seu melhor interesse:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Ou seja, um dos pais ou responsáveis deve consentir a coleta de uso de dados das crianças em redes sociais e aquele menor poderá decidir se será apagado ou não quando completar 18 anos.

Assim, claro que o fenômeno do *sharenting* pode colocar em risco os menores diante de sua vulnerabilidade sendo um campo desafiador de atuação tendo em vista que, é um cenário complicado limitar a autoridade parental e lhes apresentar os limites. Dessa forma, acredito que o mais sensato seja apresentar os riscos reais de tais práticas, o que será demonstrado nos capítulos abaixo.

#### **4. A RESPONSABILIDADE PARENTAL E A HIPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS COMO UM VIOLADOR DO DIREITO DE IMAGEM E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS:**

Antes de adentrar ao tema, trarei aqui uma frase dita pelo pensador Sófocles: “Nada grandioso entra nas vidas dos mortais sem uma maldição”. Referida frase foi colocada no

início do documentário *o dilema das redes*<sup>99</sup> no qual especialistas em tecnologia e profissionais da área fazem um alerta: *as redes sociais podem ter um impacto devastador sobre a democracia e a humanidade.*

Desse modo, referido documentário traz à tona todos os problemas graves contidos por baixo dos panos das redes sociais. É bem verdade que a tecnologia proporcionou inúmeras atos bons e proveitosos, tais quais falar com outras pessoas em todos os lugares do mundo de modo gratuito, se reunir, assistir shows, reuniões, atividades online, ter contato com muitas pessoas, entre outros.

Contudo, como disse Sófocles, todo ato grandioso carrega uma maldição e não foi diferente com o mundo digital. Através desse documentário, podemos notar que na verdade quem são os *produtos* que trazem dinheiro para as redes sociais é o próprio ser humano e não seus anúncios.

Ou seja, as plataformas são minuciosamente criadas e desenhadas para atrair as pessoas e deixa-las dependentes daquilo o tempo todo, através de cores, atos, avisos, layouts e tudo mais que compõe uma rede social.

Assim, os anunciantes que procuram essa rede e expõe sua publicidade, querem a garantia que os seus anúncios darão certo e serão 100% eficazes, mas a pergunta é, como isso é feito? Através da divulgação dos dados pelos próprios usuários.

Desse modo, com os dados em mãos, os responsáveis dentro da companhia das redes sociais criam uma rotina completa daquela pessoa, do que ela gosta de fazer, do que ela não gosta, quais suas intenções, quais seus intervalos no trabalho, sabem mais de nós do que nós mesmos. E isso é o chamado capitalismo da vigilância.

Com isso, as redes sociais são direcionadas apenas àquilo que a pessoa se interessa e começa aí a dependência pelas redes, celular e computadores. Com isso, podemos verificar e afirmar que os produtos não são aqueles expostos em publicidades pelos anunciantes, mas sim nós mesmos e tratar um ser humano como um produto é um grande risco a democracia e a própria humanidade no que tange à mental.

Pois bem. Isto posto, é importante dizer que a família cria padrões culturais do indivíduo e proporciona a criança suas primeiras regras de conduta, regras sociais predominantes e ao mesmo tempo molda profundamente o seu caráter com o

---

<sup>99</sup> O dilema das redes – Documentário Netflix no qual especialistas em tecnologia e profissionais da área fazem um alerta: as redes sociais podem ter um impacto devastador sobre a democracia e a humanidade. Assistido em 30/04/2022.



comportamento que aquela família exerce já que um bebê não possui consciência do que ali está sendo exposto.

Diante deste cenário, segue aquela velha máxima: não somos copiados pelo o que falamos, mas sim, pelo o que fazemos. A verdade é que os pais são copiados pelos exemplos que eles passam aos filhos no dia a dia.

Pois bem. Imagine uma família onde ambos os pais trabalham e chegam em casa apenas na parte da noite e ficam boa parte no celular. Aos finais de semana, estão sempre com o celular. Nas refeições também não deixam o celular de lado.

E quando estão com as crianças, fazem delas hiperexposições em suas redes sociais, entre eles vídeos, fotos, compartilhamentos, rotina do seu bebê, entre outros.

Aquele bebê vai crescer e entender que aquele comportamento é completamente normal. Ainda mais que, hoje em dia, um bebê já sabe deslizar pelas telas de um celular e uma criança já consegue colocar os seus próprios vídeos no Youtube. Acabam sabendo mexer nas redes mais que os seus próprios pais.

Assim, logo vai pedir aos seus pais um celular com uma idade mínima. Digamos que esse celular seja dado a essa criança. Ela vai se tornar um produto para as redes sociais. O software vai começar a identificar o seu passo a passo trazendo apenas atividades que lhe interessem.

As curtidas em suas redes sociais começarão a virar lei. Os filtros começarão a fazer parte de sua imagem e aos poucos aquela criança que se tornou uma adolescente já não vai mais gostar de sua imagem real.

A bem da verdade é que nem adultos estão preparados para tamanha façanha das redes sociais imagina crianças e adolescentes. Por obvio a integridade psíquica dessa criança irá ficar bastante comprometida.

Veja, as redes sociais não foram pensadas e criadas por psicólogos infantis e nem sequer houve um estudo para essa criação. Elas foram criadas para vender, recomendar vídeos, utilização em massa de filtros e com foco no capitalismo de vigilância. Assim, temos riscos reais do que pode ocorrer com os mais vulneráveis ao serem hiperexpostos e também ao acessarem a rede.

Desse modo, se tornou altamente comum a divulgação de dados, imagens e informações de menores em redes sociais através de seus genitores. Assim, devem os pais

ter responsabilidade e diligência em sua autoridade parental quanto a exposição de imagem e privacidade da vida de seus filhos, devendo pensar nos possíveis danos que a exposição e o alto consumo de redes sociais causará em sua integridade e personalidade.

Em suma, devem os genitores exercerem uma parentalidade responsável ainda mais no ambiente virtual, pautando-se no melhor interesse da criança e do adolescente, resguardando sua integridade psíquica e a preservação de sua imagem, descrito no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>100</sup>:

17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Nesse sentido, a Revista de Direito de Família e Sucessão, trouxe em seu artigo escrito pela Mestranda Luiza Gabriella Berti, a seguinte afirmação<sup>101</sup>:

Portanto, além do dever de exercício da parentalidade responsável, é necessário ter em vista o melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, em ambientes que suas figuras estejam envolvidas, ainda mais no âmbito da internet, onde há armazenamento de dados pela rede e dúvidas quanto ao seu destino, esses precisam de olhar diferenciado sob a premissa de que são pessoas em desenvolvimento de seu físico, psíquico, intelectual, social e sua moral.

Ou seja, as crianças estão em desenvolvimento, sendo um grande risco sua figura ser exposta no ambiente digital. Veja, proteger os filhos de ameaças externas é uma grande preocupação dos pais, senão o objetivo número um.

Sempre ouvimos quando crianças que não devemos falar com estranhos. Mas parece que todo esse medo dos pais de estranhos terem contato com os seus filhos desaparecem na medida que publicam e expõe cada vez mais os seus filhos na internet.

---

100 Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)

101 SHARENTING: VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELOS PRÓPRIOS GENITORES NA ERA DIGITAL. Revista de Direito de Família e Sucessão. BERTI, Luiza Gabriella. FACHIN Zulmar Antonio. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS Recebido em: 17.07.2021 Aprovado em: 23.07.2021. Acesso em 30/04/2022.

Tal pensamento é brilhantemente colocado no mesmo artigo supramencionado pelo Autor Christófaros Lisboa, o qual expõe:

proteger o filho das ameaças externas é um objetivo de todos os pais. Não falar com estranhos, não aceitar coisas, não pegar caronas com desconhecidos etc., são instruções/recomendações que toda criança ouve exaustivamente. Os pais sempre temeram os "estranhos". Todavia, parece que essa noção de perigo se esvai no ambiente virtual, haja vista a exposição supramencionada. Aliás, com relação à exposição no ambiente virtual, as pessoas têm opiniões diferentes. Embora os pais gostem de exibir seus filhos, estes muitas vezes podem não concordar (LISBOA; CHRISTÓFARO, 2018, p. 09).

Dessa forma, a hiperexposição dos filhos na internet não cumpre com uma autoridade parental funcional para com os seus filhos, já que, a criança como sujeito de direitos possui uma opinião a ser compreendida devendo ser levada em consideração na medida de seu desenvolvimento e se não for assim respeitada, estariam os pais violando direitos de seus filhos.

Insta salientar que a autoridade parental é para ser feita de modo funcional em prol do desenvolvimento de seus filhos e de sua personalidade. Assim, na medida em que os pais deixam de realizar uma parentalidade funcional acaba exercendo uma parentalidade doentia e anormal.

Desse modo, nos deparamos com a colisão entre o direito de imagem e privacidade dos filhos e a liberdade de expressão dos pais. Contudo, quando dois direitos fundamentais colidem, necessário é ponderar a situação a qual neste caso deve ser preservada a proteção do vulnerável.

Veja, o artigo 5º inciso X da Constituição Federal dita<sup>102</sup>:

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:(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

---

<sup>102</sup> Constituição Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ainda, cita o artigo 20 do Código Civil<sup>103</sup>:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Veja, resta claro que os genitores violam o direito fundamental de personalidade de seus filhos ao fazerem uma hiperexposição deles na internet, tratando de modo patológico a autoridade parental, tendo em vista que colide com o ideal previsto no artigo 227 da Constituição Federal do qual salienta que a parentalidade deve ser realizada em prol do desenvolvimento da personalidade dos filhos:

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.

Ainda, além do artigo 17 acima exposto do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 100, parágrafo único dita princípios os quais regem a aplicação das medidas de proteção dos vínculos familiares, constando no inciso V a privacidade e o direito à imagem dos menores:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (...) V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve

---

103 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)

ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Ainda, importante salientar que a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente em seu artigo 16 diz que<sup>104</sup> *"Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação"*.

Importante dizer que o Direito de Família é um direito privado, contudo, no momento em que os genitores não atendem o melhor interesse da criança disposto na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, o estado deve intervir e exigir uma parentalidade responsável, o que não é possível fazer diante de uma hiperexposição de menores no âmbito digital.

No âmbito virtual, não basta apenas a exclusão de um post para tirá-lo completamente da rede e não garante que não poderá ser nunca mais acessado. Pois uma das maiores características da internet é a falta de controle da informação nela inserida.

Veja que o poder e a autoridade parental não deve ser ilimitada devendo sempre ser observado o melhor interesse dos filhos, os quais são verdadeiros sujeitos de direitos sendo eles completamente vulneráveis podendo advir riscos reais e consequências jurídicas sérias desses atos.

Nesse contexto, as Dras. Ama Carolina Brochado e Renata Vilela Multeado, dizem que<sup>105</sup>:

Entre a liberdade de expressão dos pais e o direito à imagem e privacidade dos filhos, estabeleceu-se nesse estudo alguns parâmetros: a) é possível uma esfera de liberdade de expressão dos pais quando à exibição dos filhos na internet que se limita a fotos e postagens no contexto familiar; b) a liberdade de expressão dos pais em relação à imagem dos filhos não pode ser exercida de forma abusiva, de modo que, se investigará, a partir de agora, quais

---

<sup>104</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)

<sup>105</sup> SANCHES, Patrícia Corrêa, DIAS Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e demais autores. Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital. IBDFAM.P.316.Belo Horizonte – MG.2021

parâmetros devem ser seguidos para que a publicação respeite seu direito de personalidade.

Dessa forma, os genitores devem ser diligentes no momento de expor os seus filhos nas redes sociais, fazendo postagens apenas no contexto familiar e cumprir com o seu dever de preservar e cuidar dos direitos de personalidade de seus filhos para que possam crescer saudáveis e sem ter sua imagem externalizada de forma vitalícia a terceiros.

## **5. RISCOS DO FENÔMENO SHARENTING:**

Não podemos ignorar que a navegação no mundo virtual importa em riscos no mundo virtual, os quais são agravados quando estamos falando de vulneráveis, ou seja, da população digital de crianças e adolescentes.

Assim, além das graves consequências jurídicas como violação aos direitos de personalidade, privacidade e honra, temos também os efeitos psicológicos que são gravíssimos, comprometendo totalmente a integridade psíquica dos menores.

Podemos aqui citar o cyberbullying que se caracteriza pela prática da intimidação, humilhação, exposição vexatória, perseguição entre outros por meio de ambientes virtuais, principalmente redes sociais. Com ele vem o chamado *hater* que são pessoas que disseminam o ódio com ofensas graves a pessoa.

No tópico acima, mencionei como o ambiente virtual pode ser tóxico a adultos, quiza para crianças. Assim, o cyberbullying atinge em grande grau a população, contudo, é muito mais prejudicial a crianças e adolescentes.

O Cyberbullying já foi responsável por muitas dores psicológicas, mas em agosto do ano passado a situação se agravou em níveis altíssimos. Um adolescente de 16 anos (Lucas Santos), se matou após receber *hate* em seu vídeo publicado pela plataforma Tik Tok, oportunidade em que as pessoas destilaram grande ódio contra o adolescente.<sup>106</sup>

E não só como outros adolescentes já ceifaram a própria vida por conta do cyberbullying, elevando as discussões e estudos dos casos que estão sem controle no ambiente virtual.

Veja, em questões de segundos, uma pessoa recebe centenas de comentários ofensivos, sendo impossível lidar com tamanha rejeição. Sendo ainda pior para os mais vulneráveis no ambiente digital.

---

<sup>106</sup> <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58095028> - acesso em 01/05/2022



Ainda temos o uso de dados de menores e o consequente roubo de identidade e o chamado sequestro digital em que estranhos roubam a foto de bebês e crianças pequenas e a repostam como se fossem seus filhos. Importante ainda lembrar que temos a falsa sensação de segurança na internet, tendo em vista que, mesmo com as redes sociais fechadas os posts podem ser repostados em sites alternativos sem permissão.

Além de tudo isso, temos o risco de um sequestro real de crianças, tendo em vista que, a hiperexposição daquele menor detalha toda sua rotina, horários, localização dando de "bandeja" todas as informações que um sequestrador necessita para realizar o crime.

Ainda, podemos citar também a manipulação de imagem, contato com conteúdo inadequados na rede, participação de jogos online que podem causar riscos à saúde, sexting que a divulgação de imagens íntimas entre tantos outros riscos em que as crianças e adolescentes estão completamente expostos.

A Psicóloga Alice Munguba especialista em psicanalítica infantil, cita que<sup>107</sup>:

Quando a criança passa a ter uma noção que o conteúdo dela, íntimo ou privado, está sendo visto por todos, isso acaba afetando a noção dela inclusive do que é público e do que é privado, do que é algo de intimidade, que se preserva para poucos, e o que é social, coletivo

De maneira geral, a especialista diz que em torno dos 5 ou 6 anos em diante, a criança já começa a ter uma noção de compreender, em relação à imagem dela, o que ela gostaria que o outro visse ou não. Com isso, caso a publicação dos pais não seja algo que a agrade, isso pode causar um impacto na visão de si mesma em relação ao outro, causando inseguranças:

A criança já começa a ter noção da vergonha, do que é socialmente aceito e o que não é, o intuito daquela postagem, se é uma piada, uma brincadeira ou algo mais bonitinho, formal.

Ainda, além de todos esses riscos aos vulneráveis, a hiperexposição pode comprometer sua vida adulta no que tange a universidade, futuros empregos, em sua profissão, vida particular, rótulos, tendo em vista que, a sua exposição pode ter gerado

---

107 <https://cangurunews.com.br/sharenting-superexposicao-criancas/> - acesso em 01/02/2022

entretenimento e se tornado o chamado *memé* que a viralização de uma publicação de cunho engraçado. O que não pode ser nada engraçado para aquele que carrega esse fardo.

Dessa forma, existem muitos outros riscos os quais TODOS estão expostos, mas principalmente os mais vulneráveis. O alcance que o mundo digital possui não tem precedentes e não sabemos como irá ser o futuro de tantos cliques, curtidas, compartilhamentos etc.

Contudo, é possível o estado em conjunto com os genitores fazerem a sua parte para que tais atos não comprometam a saúde psíquica e física da criança, bem como os seus direitos de personalidade, dando a esse menor a oportunidade de escolha se quer fazer parte ou não de redes sociais quando entender completamente os seus riscos e potenciais alcances.

## **6. CONCLUSÃO:**

Em suma, aqui foi exposto que não há problemas em divulgar a imagem dos filhos, sendo um ato lícito, contudo, o que deve ser feito é uma limitação a hiperexposição de fotos, informações, compartilhamentos no ambiente virtual, podendo tal ato trazer grandes consequências tanto jurídicas como psicológicas para as crianças tanto no presente como no futuro.

Assim, é preciso que os pais adotem uma autoridade parental funcional, ou seja, a autoridade que preza pelos direitos de personalidade e cuidam para que riscos como este aqui expostos não atinjam as crianças.

O problema aqui exposto não é a simples divulgação de menores, mas sim, a divulgação em excesso podendo ocasionar um abuso de direito por excesso do direito à liberdade de expressão, o que não pode prevalecer diante do direito à imagem e privacidade do menor.

As crianças ainda não estão preparadas para tamanho nível de exposição. A bem da verdade é que ninguém está preparado para tantas exposições e comentários negativos. Contudo, as crianças são as mais vulneráveis e as que podem ficar mais comprometidas com toda essa situação.

Ainda, não temos precedentes do que irá se tornar o campo virtual, não sabemos o que essa virtualização em massa pode nos ocasionar, dessa forma, o dever exposto em Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser exercido com máxima precisão, uma vez que, é necessário que os genitores sejam diligentes e cumpram com o seu dever de cuidado.

## 7. BIBLIOGRAFIA:

**SANCHES**, PATRÍCIA CORRÊA, **DIAS** MARIA BERENICE, **PEREIRA**, RODRIGO DA CUNHA E DEMAIS AUTORES. DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES NA ERA DIGITAL. IBDFAM.P.316.BELO HORIZONTE – MG.2021;

**RODOTÀ**, STEFANO. A VIDA NA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA: A PRIVACIDADE HOJE. ORGANIZAÇÃO, SELEÇÃO E APRESENTAÇÃO DE MARIA CELINA BODN DE MORAES. TRAD. DANILO DONEDA E LUCIANA CABRAL DONEDA. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008, P.169;

[HTTPS://CETIC.BR/PT/PESQUISA/KIDS-ONLINE/](https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/) - ACESSO EM 29/04/2022;

[FILE:///C:/USERS/THA%3%ADS/ONEDRIVE/%C3%81REA%20DE%20TRABALHO/SHARENTING/MOBILE%20TIME%20-%20PESQUISAS.PDF](file:///C:/Users/THA%3%ADS/ONEDRIVE/%C3%81REA%20DE%20TRABALHO/SHARENTING/MOBILE%20TIME%20-%20PESQUISAS.PDF) – ACESSO EM 29/04/2022;

[HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2021-JAN-24/OPINIAO-IMPLICACOES-JURIDICAS-FENOMENO-SHARENTING](https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/opiniao-implicacoes-juridicas-fenomeno-sharenting) - ACESSO EM 29/04/2022;

O DILEMA DAS REDES – DOCUMENTÁRIO NETFLIX NO QUAL ESPECIALISTAS EM TECNOLOGIA E PROFISSIONAIS DA ÁREA FAZEM UM ALERTA: AS REDES SOCIAIS PODEM TER UM IMPACTO DEVASTADOR SOBRE A DEMOCRACIA E A HUMANIDADE. ASSISTIDO EM 30/04/2022;

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/LEIS/L8069.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm);

**SHARENTING: VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELOS PRÓPRIOS GENITORES NA ERA DIGITAL.** REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. BERTI, LUIZA GABRIELLA. FACHIN ZULMAR ANTONIO. ORGANIZAÇÃO COMITÊ CIENTÍFICO DOUBLE BLIND REVIEW PELO SEER/OJS RECEBIDO EM: 17.07.2021 APROVADO EM: 23.07.2021. ACESSO EM 30/04/2022;

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPONÍVEL EM**

[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

**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)

**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DISPONÍVEL EM**

[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/DECRETO/1990-1994/D99710.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D99710.htm)

[HTTPS://WWW.BBC.COM/PORTUGUESE/GERAL-58095028](https://www.bbc.com/portuguese/geral-58095028) ACESSO EM 01/05/2022

[HTTPS://CANGURUNNEWS.COM.BR/SHARENTING-SUPEREXPOSICAO-CRIANCAS](https://canguruneWS.com.br/sharenting-superexposicao-criancas) ACESSO EM 01/02/2022

## **DANO AMBIENTAL: RESPONSABILIDADE CIVIL E FORMAS DE REPARAÇÃO**

**ISOLDA DE PONTES PRADO**

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo explicar a conexão entre o dano ambiental e a responsabilidade civil decorrente da ação ou da omissão dos agentes degradadores, considerando as possíveis formas de reparação relacionadas com os princípios ambientais. O tema permanece no âmbito contínuo de discussão social e política, tendo em vista a polarização entre desenvolvimento *versus* preservação, agravada, inclusive, por discussões sobre a possibilidade de medidas provisórias sobre matéria ambiental.

**Palavras-chave:** direito ambiental; responsabilidade civil ambiental; formas de reparação.

**ABSTRACT:** This article aims to explain the connection between environmental damage and civil liability resulting from the action or omission of degrading agents, considering the possible forms of reparation related to environmental principles. The topic remains in the continuous scope of social and political discussion, in view of the polarization between development versus preservation, aggravated even by discussions about the possibility of provisional measures on environmental matters.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. As peculiaridades do dano ambiental. 2. A responsabilidade civil em matéria ambiental no sistema jurídico brasileiro. 3. Os possíveis modos de reparar os danos causados ao meio ambiente. 3.1. Restauração natural. 3.1.1. Recuperação in natura. 3.1.2. A compensação ecológica. 3.2. A indenização do dano ambiental material. 3.3. A reparação do dano extrapatrimonial ambiental. 4. Óbices à reparação do dano ambiental. Conclusão. Referências.

### **Introdução**

O meio ambiente é requisito vital para a vida humana, sendo de suma importância sua proteção, através de um sistema de ressarcimento e controle dos danos, bem como de um mecanismo para preservação e manutenção ambiental.

O conceito de dano ambiental não pode ser confundido com a definição de poluição, tampouco de impacto. A poluição, como define o art. 3º, II, a-e, Lei 6.938/81, consiste na degradação da qualidade ambiental. Já impacto ambiental representa, conforme a Resolução nº 01/86 do CONAMA, qualquer alteração das propriedades físicas, química e biológicas do meio ambiente, causada por atividades humanas, afetando a saúde, a segurança e o bem-estar da população, assim como a qualidade dos recursos ambientais. O dano ambiental não possui definição legal, todavia a doutrina entende que

ele deve ser compreendido como toda a lesão intolerável causada por qualquer ação humana, seja ela culposa ou não, ao meio ambiente, com a consequente degradação/alteração adversa ou – *in pejus* – do equilíbrio e da qualidade ambiental.

Para lidar com as contingências da sociedade de risco e, também, estimular a prudência nas condutas humanas, a responsabilidade civil afastou a culpa para a sua configuração e adotou como fundamento a teoria do risco, dando origem a chamada responsabilidade objetiva ou sem culpa. Essa transformação foi fundamental para o Direito por causa do dano ambiental, fenômeno esse muito complexo, que deu lugar a um instrumento que facilita a prova da lesão e a determinação dos responsáveis e das vítimas.

A aplicação da responsabilidade objetiva, por risco, em face do dano ambiental, é uma tentativa de adequação a certos danos ligados a interesses difusos e coletivos, cuja indenização através da responsabilidade subjetiva seria mais difícil, considerando que esta é baseada na culpa do agente.

Caso haja confirmação da responsabilidade civil pela prática de um dano ambiental, é imposta a sua reparação integral, em obediência aos pressupostos e princípios que norteiam o Direito Ambiental, que consistem nas formas como se pode efetivar a conservação e a preservação diante de uma lesão ao bem ambiental, assegurado, assim, padrões de bem-estar e qualidade de vida dignos para as gerações presentes e futuras.

O estudo das formas de reparação ao meio ambiente tem grande importância, na medida em que, apesar da adoção cada vez maior de medidas precaucionais e preventivas avançadas, os danos ambientais continuam acontecendo e, dessa forma, demandando a existência de um sistema jurídico também avançado, a fim de garantir a sua reparação, auxiliando na ampla tutela do bem ambiental.

## **1. As peculiaridades do dano ambiental**

É evidente que para uma correta e clara compreensão acerca da reparação dos danos ambientais é necessária uma definição de dano e, em seguida, de dano ambiental. Não é possível definir qual o ressarcimento devido se o dano a ser reparado não estiver classificado, especificado e quantificado.

De fato, o dano consiste em prejuízo causado a alguém ou a coletividade por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento, sendo, dessa forma, fundamental a ação ou omissão de terceiro, bem como o nexo entre a conduta e o referido dano. O dano implica alteração de uma situação jurídica, moral ou material, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem a referida alteração.



O dano ambiental representa o dano que incide no meio ambiente, como o próprio nome indica. O conceito de meio ambiente é cultural. A própria criatividade do ser humano é que vai indicar o que deve ser entendido ou não como meio ambiente. A grande dificuldade do tema está no fato de que a ideologia liberal sempre buscou acentuar a dicotomia entre a natureza e o ser humano, tendo em vista a questão do modo de produção capitalista como justificativa para a apropriação de matéria-prima. Sobre o tema, as palavras de François Ewald:

La philosophie libérale ne pense certainement pas le rapport de l’homme à la nature comme un rapport d’adequation. Au contraire, l’homme et le monde y sont radicalement séparés. La liberté libérale pose l’homme comme une sorte de souverain de lui-même, cause dernière qui ne peut jamais avouer être elle-même causée. (A filosofia liberal não pensa a relação do homem com a natureza como uma relação de adequação. Ao contrário, nela o homem e a natureza são radicalmente separados. O homem como um tipo de soberano dele mesmo, causa última que não pode confessar-se ela mesma causada).<sup>108</sup>

O dano ambiental possui características próprias que o diferem do dano historicamente tratado pelo direito, de natureza individual, em um dado espaço geográfico e com vítimas determinadas. Uma das características do dano ambiental consiste na indeterminação das vítimas, dada a sua natureza de direito difuso. Dessa forma, a tarefa de identificar os sujeitos que foram afetados pelo dano, seja por ato ilícito ou não, é sempre difícil.

Outra característica consiste no fato do dano ambiental ser transfronteiriço, ou seja, não respeita as fronteiras geopolíticas erigidas artificialmente pelos homens, gerando dificuldades no que diz respeito a sua tutela jurídica. Um exemplo do exposto ocorreu com o acidente nuclear da central ucraniana de Tchernobil, localizada à época na União Soviética, cuja nuvem radioativa afetou a Finlândia e, apesar de passados mais de vinte anos da tragédia, a fauna e a flora ainda apresentam sinais de toxicidade por céσιο 137, substância cancerígena. Uma outra peculiaridade reside na questão da dificuldade de valoração do referido dano; é muito difícil, por exemplo, calcular a indenização devida para

---

<sup>108</sup> EWALD, François. **Foucault – A norma e o Direito**, Lisboa: Vega. *Apud.* ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 231.

certa comunidade que foi afetada por uma emissão de gases superior aos limites previstos no respectivo licenciamento ambiental de uma determinada indústria.<sup>109</sup>

Ainda, Hugo Nigro Mazzilli anota que, “Em face do caráter objetivo e *propter rem* da responsabilidade ambiental, o sucessor responde pelos danos causados à coisa alienada, até porque, em caso contrário, bastaria ao poluidor alienar o bem por ele deteriorado, e o dano cível ficaria sem possibilidade de restauração direta”.<sup>110</sup>

Na realidade o bem jurídico ambiente resulta da supressão de todos os componentes que, isoladamente, podem ser identificados, como por exemplo florestas, animais e ar. O referido conjunto de bens adquire uma particularidade jurídica que é derivada da própria integração ecológica de seus elementos componentes, ainda, não pode ser decomposto, sob pena de desaparecer no mundo jurídico. O meio ambiente é uma *res communes omnium* (coisa comum a todos) que pode ser composta de bens de domínio público ou privado. O dever jurídico de proteger o meio ambiente é de toda a coletividade, podendo ser exercido por um cidadão, pelas associações, pelo Ministério Público e, até mesmo, pelo próprio Estado contra o proprietário dos bens ambientais.

Uma parte da jurisprudência brasileira, como por exemplo a quarta câmara criminal do TJRS em julgamento do *habeas corpus* HC70047718564RS111, tem entendido que é necessária a exigência do dano real e não apenas do dano potencial, o que, por sua vez, fere o princípio da cautela em matéria ambiental, já que enfraquece a responsabilidade objetiva do poluidor.

O dano ao meio ambiente pode repercutir em responsabilização do infrator nas esferas administrativa, civil e penal, podendo ser compreendido como a violação ao direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como é assegurado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

O dano ambiental pode ser observado sob duas modalidades: o dano ambiental coletivo em sentido amplo, ou dano ambiental propriamente dito, que atinge o meio ambiente como direito transindividual pertencente a todos; e o dano ambiental individual. Nesse sentido, as palavras do autor Antônio F. G. Beltrão:

---

109 BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 210.

110 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132. *Apud*. BELTRÃO, op. cit., p. 211.

111 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21567548/habeas-corpus-hc-70047718564-rs-tjrs>>. Acesso em 01/07/2013.

A indenização por dano ambiental coletivo é destinada, via de regra, a um Fundo, impessoal, para reconstituição dos recursos ambientais atingidos, conforme prevê o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985); já a indenização pelo dano individual busca a recomposição direta do prejuízo das vítimas, individualmente consideradas.

Vale observar que o Superior Tribunal de Justiça, pelo menos por enquanto, ainda não chancela a tese de dano moral coletivo, decorrente de dano ambiental, por entender ser imprescindível a caracterização da dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual, o que seria incompatível com aquele.

A regra para a fixação da competência para processar e julgar ação que versa sobre dano ambiental é a do foro do local do ilícito, ou seja, onde o dano se localiza. Caso figure na lide, como autor, réu, assistente ou oponente à União, entidade autárquica ou empresa pública federal, excetuando-se as causas de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, conforme prevê o art. 109, I, da Carta Política, será competente a justiça federal; nos demais casos, a jurisdição competirá à justiça estadual.<sup>112</sup>

Apesar das diversas discussões, não existe um critério para a fixação do que, efetivamente, constitui o dano ambiental e como ele deve ser reparado. A primeira hipótese a ser considerada é a da ripristinação do ambiente agredido ao seu *status quo ante*, que muitas vezes é impossível. A restauração natural do ambiente lesado deverá ser sempre tentada e somente descartada se for comprovado tecnicamente a impossibilidade de obter o padrão ambiental anterior ao acontecimento da lesão. Outro critério a ser adotado é a compensação, em que à degradação de uma área deve corresponder a recuperação de uma outra, encontrando dificuldades nas áreas que são extremamente diversas e não se pode restabelecer o ecossistema degradado; essa é a hipótese subsidiária.

Assim, diante das diversas realidades ambientais e da diversidade dos fatos concretos que são levados ao juízo ou aos próprios órgãos fiscalizadores para exame, é fundamental um critério aberto para a apuração dos danos ambientais. Posto isso, pelo

---

<sup>112</sup> BELTRÃO, op. cit., p. 207/208.

menos em tese, há a possibilidade da criação de mecanismos, caso a caso, capazes de estabelecer uma reparação adequada.

## 2. A responsabilidade civil em matéria ambiental no sistema jurídico brasileiro

O Código Civil prevê que a “responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art. 935). Dispõe, ainda, em seu art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Contudo, excepcionalmente prevê a responsabilização objetiva nos “casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente quando a infração resultar de decisão de seu representante contratual ou legal, ou de seu órgão colegiado. Ainda, acrescenta-se que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato (art. 3º, *caput* e parágrafo único).<sup>113</sup> A responsabilização do poluidor nas três esferas referidas tem como base a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, tendo sido ratificada na própria Constituição Federal de 1988, partindo de um pressuposto de que o direito ao meio ambiente é de interesse coletivo, considerando-se que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

No dizer de Maria Helena Diniz, pode-se definir responsabilidade civil como a “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).”<sup>114</sup>

A ideia de responsabilidade se amolda ao conceito de obrigação que se encontra no art. 927 do Código Civil de 2002 - “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-la” - assim, para que haja o dever de reparação é necessário que haja o dano, isto é, o prejuízo causado. O parágrafo único deste artigo estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo

---

<sup>113</sup> BELTRÃO, op. cit., p. 206.

<sup>114</sup>DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.7. *Apud*. ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Edijur, 2012, p. 166.

autor do dano implicar, devido a sua natureza, em risco para os direitos de outrem. Desses enunciados é possível extrair duas teorias em relação à responsabilidade civil: no *caput* do art. 927, o que se denominou de responsabilidade subjetiva, está como a regra, ao passo em que o parágrafo único traz uma inovação, qual seja a responsabilidade objetiva.

Diz-se que é subjetiva a responsabilidade quando esta se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para que se gera a obrigação indenizatória. No que diz respeito à responsabilidade civil tem-se que a mesma consiste como uma imposição da lei, em determinadas situações, na obrigação de reparar o dano independentemente de culpa; é a chamada teoria objetiva ou do risco que prescinde de comprovação de culpa para a ocorrência do dano indenizável; aqui basta existir o dano e o nexo de causalidade para que se justifique a responsabilidade civil do agente.

O § 1º do art. 14, da Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio ambiente, preceitua que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, estabelecendo, assim, a responsabilidade objetiva em se tratando de reparação por dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras do professor Talden Farias, a adoção da responsabilidade objetiva, prerrogativa presente em outros direitos difusos, é justificada pelo fato de que as normas ambientais foram criadas com o objetivo de defender e preservar a natureza. Como se sabe, o direito difuso é aquele que não pertence a uma pessoa ou a um grupo específico, e sim à sociedade como um todo. O Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, que também adota a teoria da responsabilidade objetiva, constituem exemplos emblemáticos de direitos difusos.<sup>115</sup>

Resta descartada a necessidade para fins reparatórios de que a lesão ao meio ambiente resulte de atividades ilícitas, ou seja, mesmo no caso de licitude da atividade desenvolvida tem-se o dever de indenizar caso se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil em matéria ambiental. A responsabilidade objetiva por dano ambiental tem como pressupostos o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, o que irá configurar o agente, principal responsável pela reparação, o poluidor.

---

115 LIMA, Arnaldo Esteves. **Aspectos da responsabilidade objetiva**. BDJur – Superior Tribunal de Justiça. Brasília, (s/a, (s/nº), 11 mar 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/117>>. Acesso em: 10/08/2011. *Apud*. ARAUJO, op. cit., p. 167.

A reparação por danos ambientais tanto pode apresentar uma vertente patrimonial, de cunho econômico, quanto extrapatrimonial, de feição subjetiva. Isso corresponde à classificação do dano ambiental quanto à sua extensão. Nesse sentido, as palavras de Lucas Abreu Barroso:

O fundamento legal dessas categorias de danos ao meio ambiente encontra-se no art. 1º, I, da Lei nº 7.347/1985 (com redação determinada pela Lei nº 8.884/1994): 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.

A reparação dos danos ambientais através da responsabilidade civil comporta dois tipos: a indenização e a recomposição ao estado anterior (art. 225, §§ 1º, I, e 2º, da Constituição Federal; art. 9º, § 2º, da Lei n. 6.902/1981; em diversos dispositivos, da Lei n. 9.605/1998).

Compreende, ainda, dois setores: a) a reparação coletiva do dano ambiental; b) a reparação na esfera do patrimônio do particular atingido.<sup>116</sup>

O objetivo de todo sistema de responsabilidade consiste em compensar o dano que foi causado à vítima, com inspiração no princípio de justiça corretiva. Dessa forma, tem-se que aquele que causa um dano estará obrigado a restituir o bem danificado a seu estado anterior ou, a depender do caso, a indenizar a pessoa ou a coletividade devido à deterioração do bem.

Todavia, no Direito Ambiental, que possui a finalidade de conciliar a conservação ambiental juntamente com o desenvolvimento (o chamado desenvolvimento sustentável), a responsabilidade não serve apenas para reparar, na medida em que tem também a finalidade de ajustar as atividades potencialmente poluidoras, através da sua aplicação como mecanismo de internalização dos custos da degradação ambiental no processo de produção e seu posterior reflexo no preço final do produto. Assim, acaba estimulando principalmente a precaução e a prevenção no desenvolvimento das atividades econômicas, não sendo a responsabilidade uma manifestação pura do princípio do poluidor-pagador.

Quando se produzem problemas de identificação do dano e/ou das vítimas afetadas e/ou identificação da fonte, o mecanismo clássico da responsabilidade civil, fundada na concepção individualista do dano, se mostra inadequado. Dessa forma,

---

116 BARROSO, Lucas Abreu. **A Obrigação de Indenizar e a Determinação da Responsabilidade Civil por Dano Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 87.



sistemas alternativos, mais especificamente regimes de responsabilidade objetiva, que englobem sistemas de indenização conjunta, baseados em mecanismos de responsabilidade coletiva, por exemplo, os fundos de indenização e seguros, se mostram mais adequados para a reparação do dano provocado no meio ambiente.

Verifica-se, então, a necessidade da aplicação da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, para tutelar a reparação dos danos ambientais. Segundo a referida teoria, a pessoa que cria uma situação de risco ou perigo é responsável pelo dano causado, decorrente da aplicação do princípio *ubi commodum, ibi incommodum*, que quer dizer que aquele que se beneficia em uma situação deve suportar o ônus inerente à mesma. Nesse sentido, o entendimento de Danny Monteiro da Silva:

Em síntese, a aplicação de regimes de responsabilidade objetiva pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para as pessoas ou para o meio ambiente, impondo ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da precaução e prevenção), de modo a internalizá-los no processo produtivo (princípio do poluidor-pagador), materializando-se no mundo jurídico mediante a constatação do dano e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, efetivo ou potencial.<sup>117</sup>

A maior parte da doutrina do Direito Ambiental pátrio, como por exemplo as autoras Danny Monteiro da Silva e Annelise Monteiro Steigleder, adere à teoria do risco integral, bem como as decisões do Poder Judiciário orientam-se neste mesmo sentido. Tem-se como consequência da teoria do risco integral a desconsideração da licitude do ato poluidor e a irrelevância da intenção danosa, para assegurar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente. Nesse mesmo sentido, entendeu o STJ em julgamento ao Agravo em Recurso Especial nº 273.058PR:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. VALOR DA CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PETROBRÁS. ROMPIMENTO DO POLIDUTO "OLAPA" E VAZAMENTO DE ÓLEO COMBUSTÍVEL. DANO AMBIENTAL. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO, EM SEDE DE

---

117 SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 251.

RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. TERMO INICIAL. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54/STJ. DECISAO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem afastou a alegação de cerceamento de defesa por entender comprovada a ocorrência e a extensão do dano ambiental, bem como a legitimidade do autor da ação. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

2. O exame da pretensão recursal no tocante à diminuição do valor da condenação a título de danos materiais exigiria o reexame da extensão do prejuízo sofrido pelo recorrido, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da mesma súmula.

3. Aplica-se perfeitamente à espécie a tese contemplada no julgamento do REsp n. 1.114.398/PR (Relator Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 8/2/2012, DJe 16/2/2012), sob o rito do art. 543-C do CPC, no tocante à teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (arts. 225, 3º, da CF e 14, 1º, da Lei n. 6.938/1981). É irrelevante, portanto, o questionamento sobre a diferença entre as excludentes de responsabilidade civil suscitadas na defesa de cada caso. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. (STJ AgRg no AREsp 273058 PR 2012/0268197-9, relator MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgamento em 09/042013). 118

É importante ressaltar que, apesar da tutela de reparação aos danos causados ao meio ambiente ocorrer através da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, a mesma não se aplica a todos os casos de dano ambiental de maneira irrestrita. Ressalta-se que a interpretação legislativa brasileira, especialmente no art. 225, *caput* e § 2º, da Constituição Federal de 1988, assim como do § 1º, do art. 14 da Lei 6.938/81, ainda é vacilante, mas grande parte da jurisprudência revela forte tendência à teoria do risco integral. Com relação ao tema responsabilidade objetiva, o entendimento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL. ÔNUS DA PROVA.

118 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23341269/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-273058-pr-2012-0268197-9-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 01/07/2013.

ART. 333, I, DO CPC. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. COMPROVAÇÃO. MORTE DE ANIMAIS. ENVENENAMENTO. LAVOURA DE SOJA.

O dano ambiental, além da tutela jurisdicional coletiva, também admite a tutela jurisdicional individual. A finalidade principal do interessado não tem por objetivo imediato a proteção do meio ambiente, mas sua tutela indireta, pois a pretensão está direcionada para a lesão ao patrimônio e demais bens jurídicos do autor da ação.

Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se carrear aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva.

Aplicação do artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei nº 6.938/81 que sustenta o dano ambiental privado ou individual. Compreensão da conduta de utilização de agrotóxicos a partir do marco regulatório específico, como a Lei nº 7.802/89. O regime da responsabilidade civil está previsto no artigo 14 desta lei, indicando a necessidade de adotar pressupostos específicos, considerando tratar-se de conduta de risco. Ônus do usuário de produtos agrotóxicos comprovar a utilização do veneno conforme os padrões técnicos exigidos.

Morte de animais bovinos por envenenamento, depois de pastagem em área de terras que fazem divisa com as do réu. Pulverização de veneno altamente tóxico na lavoura de soja. Perícia médica-veterinária feita por amostragem em um animal. Laudo negativo para bactérias patogênicas. Prova testemunhal que confirma as alegações do autor. Comprovado o fato constitutivo do direito alegado na inicial. Art. 333, I, CPC. Danos materiais. Valor não impugnado pelo réu. Reparação devida. Sentença mantida.

APELO DESPROVIDO. (AC 70045489838 RS, Relator Leonel Pires Ohlweiler, Nona Câmara Cível, 13/03/2012).119

O grau de rigidez de um determinado regime de responsabilidade objetiva mede-se de acordo com o fundamento teórico adotado que influencia o modo que será

---

119 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21388165/apelacao-civel-ac-70045489838-rs-tjrs>>. Acesso: 20/01/2013.

identificado o nexo causal e a determinação do responsável. Assim, o nexo de causalidade passa a ser o pressuposto da responsabilidade, onde se concentram maiores problemas no que diz respeito à responsabilização objetiva, principalmente no caso de dano ambiental que pode ser proveniente de diversas causas, concorrentes, simultâneas e sucessivas. Determinados fatores relacionados diretamente às características específicas dos danos ambientais (tais como: a distância, o tempo e a multiplicidade de fontes e a dúvida científica) dificultam sua determinação e isso pode resultar, inclusive, a ausência de reparação.

A teoria do risco criado se contrapõe a teoria do risco integral na medida em que determina a necessidade de se identificar quais são as atividades que, por apresentarem periculosidade mais elevada, seriam efetivamente mais aptas a gerar uma determinada situação lesiva e em que medida podem contribuir para isso, com o objetivo de exigir de maneira mais justa e adequada as obrigações aos eventuais responsáveis.

Alguns países como a Alemanha, Espanha, Itália e Portugal adotam a teoria do risco criado para imputar a responsabilidade ao agente. A referida teoria considera todas as condutas que potencialmente podem provocar o dano e em que medida estas condutas determinam a ocorrência do dano, limitando, assim, o âmbito de incidência da responsabilidade objetiva. Corroborando esse entendimento, as palavras de Annelise Monteiro Steigleder:

Os defensores da teoria do risco criado admitem as excludentes, vislumbrando nelas a causa adequada da produção do dano, uma vez que haveria uma ruptura do nexo de causalidade entre a atividade do agente e do resultado.<sup>120</sup>

Na teoria do risco integral não se cogita indagar como ou por qual razão ocorreu o dano, apenas se faz necessário a constatação de um dano vinculado a um fato qualquer para ser possível a imputação da responsabilidade de todas as pessoas que, de alguma maneira, participaram do evento danoso. Assim, para alguns autores, como por exemplo, Lucarelli, não se admite excludentes de responsabilidade, quais sejam a título exemplificativo o caso fortuito e força maior e, ainda, não importa se a atividade que ensejou a ocorrência do dano era potencialmente perigosa ou não.

O professor Édis Milaré compartilha do entendimento que uma das consequências da adoção do sistema da responsabilidade civil objetiva sob a modalidade do risco integral

---

<sup>120</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental. As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 181.

diz respeito à inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como exonerativas, e com a possibilidade de inovação da cláusula de não inovação.<sup>121</sup>

Antonio Herman Benjamin afirma que o Direito Ambiental no Brasil não admite como excludente de responsabilidade o fato de terceiro, a culpa concorrente da vítima, nem caso fortuito e força maior. Aduz o autor que: “se o evento ocorreu no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora, incube ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada a hipótese de ação regressiva”.<sup>122</sup>

Destaca-se que na teoria do risco integral basta que o dano se prenda materialmente aos atos do responsável. No mesmo sentido pontua Danny Monteiro da Silva, quando comentando a mesma teoria:

A adoção da teoria do risco integral implica uma atenuação das dificuldades que podem interferir ou mesmo tornar impossível a demonstração inequívoca do nexo de causalidade, pois como indicou Noronha, o elemento determinante da responsabilidade assume caráter de mera conexão entre a atividade e o dano, já que a rigor, impor a responsabilidade do risco integral, evita a exigência da demonstração de um nexo causal adequado e exatamente delimitado entre a atividade e o dano, para que surja a responsabilidade; nela está implícita uma presunção relativa de causalidade.<sup>123</sup>

Há uma posição intermediária entre a teoria do risco criado e a teoria do risco integral que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, desvinculados ao empreendimento, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade.<sup>124</sup>

---

121 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 836. *Apud*. ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Edijur, 2012, p. 168.

122 BENJAMIN, Antonio Herman V. **Responsabilidade Civil por Dano Ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan/mar. 1998, p.8. *Apud* LEITE, José Rubens Mourato. MELO, Melissa Ely. **Reparação do dano ambiental: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução**. Disponível em <[http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa\\_ely\\_mello\\_e\\_jose\\_rubens\\_morato\\_leite.pdf](http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf)>. Acesso em 20/01/2013.

123 SILVA, op. cit., p. 262.

124 STEIGLEDER, op. cit., p. 182.

No sistema positivo brasileiro não há mecanismos específicos que facilitem a demonstração do nexo causal, mas existe o sistema investigativo do inquérito civil público, realizado pelo Ministério Público, como medida preliminar da ação civil pública. Ainda, há possibilidade da aplicação da verossimilhança nos casos de tutela liminar de urgência. É importante destacar que a jurisprudência tem se manifestado no sentido de “afrouxar” a comprovação do nexo de causalidade, como ocorreu em julgamento de apelação na quinta câmara cível do TJPR:

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA POR JOÃO BELNIAKI DIREITO AMBIENTAL APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, ANTE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE PARA SE MANIFESTAR ACERCA DE LAUDO DE VISTORIA APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE LAUDO QUE TÃO-SOMENTE CORROBORA A PRIMEIRA VISTORIA REALIZADA NO LOCAL RESPONSABILIDADE PELA RECUPERAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DEGRADADA OBRIGAÇÃO PROPTER REM DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA OU NEXO CAUSAL PARA CONFIGURAR A RESPONSABILIDADE ALEGAÇÃO DE RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA AFASTAMENTO DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS NÃO REFERENTE AO OBJETO DA PRESENTE DEMANDA RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Não obstante não tenha havido intimação do apelado para se manifestar acerca do laudo de vistoria apresentado pelo Ministério Público, tal fato não trouxe prejuízo ao apelante, uma vez que serviu tão-somente para corroborar a vistoria feita anteriormente. Ademais, conforme se verifica da leitura da decisão apelada, o MM. Juiz a quo não considerou referido documento como razão de sua sentença.

2. A responsabilidade pela reparação de área de proteção ambiental configura obrigação propter rem, aderindo ao título de domínio ou posse da área. Sendo assim, independentemente de culpa ou nexo causal, deve a parte ser responsabilizada pelo dano ambiental existente na área adquirida.

3. Como bem esclarecido pelo ilustre representante do Ministério Público, não há que se reconhecer a recomposição da área com base em documentação não referente ao objeto da presente ação.



APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA POR CARLOS LAERTES SYSOCKI  
DIREITO AMBIENTAL APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE  
RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE  
ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PRELIMINAR DE  
ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DO  
FEITO AFASTADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO  
IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA, SOB PENA DE  
AFRONTA À COISA JULGADA NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO  
NESTE TOCANTE RESPONSABILIDADE DO APELANTE QUANTO À  
DEGRADAÇÃO DA ÁREA EM QUESTÃO DEMONSTRADA EM PERÍCIA  
RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA,  
NÃO PROVIDO. 1. Tendo a preliminar de ilegitimidade para figurar  
no pólo passivo do feito já sido afastada pela decisão do Agravo de  
Instrumento nº 83604-4, não poderá ser analisada novamente, sob  
pena de afronta à coisa julgada. 2. Restando demonstrada a  
responsabilidade do apelante pela perícia realizada na área  
degradada, imperioso o não provimento do seu apelo. (TJPR 7896326  
PR 789632-6, relator José Marcos de Moura, julgamento em  
07/02/2012, órgão julgador 5ª Câmara Cível).125

Também vem sendo empregada a inversão do ônus da prova com relação à causalidade e à culpa nos casos de danos ao meio ambiente, para facilitar a demonstração do nexo de causalidade, impondo a parte ré o dever de demonstrar que agiu diligentemente. A inversão do ônus da prova, prática comum no Direito do Consumidor, deve também ser aplicada no Direito Ambiental, já que tem como fundamento o princípio da precaução, que impõe ao agente que desenvolve uma atividade potencialmente poluidora o ônus de provar que sua atividade não oferece riscos ao meio ambiente.

No que diz respeito aos danos ambientais, a extensão do âmbito material da responsabilidade objetiva define-se através do critério que se materializa naqueles casos em que a responsabilidade objetiva se aplica a todos os danos ambientais ou do critério que está presente nas legislações que determinam a aplicação da responsabilidade objetiva apenas àquelas atividades ou substâncias previamente relacionadas.

Ainda, importante mencionar sobre o tema discutido no Informativo 896 do STF acerca da possibilidade de edição de medidas provisórias tratando sobre

---

125 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21417106/7896326-pr-789632-6-acordao-tjpr>>. Acesso em: 01/07/2013.

matéria ambiental, mas sempre veiculando normas favoráveis ao meio ambiente, e não desfavoráveis. Dessa forma, normas que importem diminuição da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado só podem ser editadas por meio de lei formal, com amplo debate parlamentar e participação da sociedade civil e dos órgãos e instituições de proteção ambiental, como forma de assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (STF. Plenário. ADI 4717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 5/4/2018).

### **3. Os possíveis modos de reparar os danos causados ao meio ambiente**

#### **3.1. Restauração natural**

##### **3.1.1. Recuperação *in natura***

No caso de confirmação da responsabilidade civil pela prática de um dano ambiental, é imposta a sua reparação integral que deve ser a mais abrangente possível de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica, considerando os fatores da singularidade dos bens ambientais atingidos e, sobretudo, que a responsabilidade ambiental deve ter um sentido pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade, para que, assim, todos possam aprender a respeitar o meio ambiente.

Tem-se que o fundamento para que a reparação do dano ambiental seja integral decorre do princípio do poluidor-pagador, pelo que o responsável pela degradação ambiental deve internalizar todos os custos com prevenção e reparação dos danos ambientais.

O referido princípio consiste em uma norma de direito ambiental que obriga o poluidor a arcar com os custos da reparação do dano por ele causado ao meio ambiente. Esse princípio está inserido em um contexto de preocupação com o meio ambiente, ganhando mais espaço nos meios de comunicação e entre as autoridades. No Brasil, principalmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que aconteceu no Rio de Janeiro, em junho de 1992, e ficou conhecida por ECO-92, o meio ambiente faz parte de uma rotina de estudos e discussões que culmina com a consagração do direito ambiental como mais um ramo jurídico.

Ressalta-se que o princípio do poluidor-pagador está expressamente previsto na legislação infraconstitucional, mais especificamente no art. 4º, VII, da Lei n. 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. O mencionado artigo se mostra categórico ao afirmar que a política nacional do meio ambiente visará "à imposição, ao poluidor e ao predador,

da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos". 126

Importante registrar que o princípio do poluidor-pagador não se confunde com o instituto da responsabilidade civil por danos ambientais, porque enquanto o primeiro tem natureza preventiva, o segundo é eminentemente curativo, já que se faz necessária a ocorrência, de fato, do dano.

Assim, esse princípio visa a internalização dos custos da deterioração ambiental, maior cuidado em relação ao meio ambiente por parte dos sujeitos econômicos (produtor, consumidor, transportador) envolvidos no processo produtivo, que são chamados para arcar com os custos da diminuição dos riscos e do afastamento dos danos; tem por principal objetivo evitar a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos.

Portanto, não se trata apenas de um instituto que objetiva a compensação dos danos causados pela deterioração, não se resumindo na fórmula "poluiu, pagou", tendo em vista que o seu alcance é mais amplo, incluindo os custos de prevenção, reparação e repressão do dano ambiental; o causador da poluição arca com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização dos danos.

A imposição de um custo ao causador do dano não quer dizer necessariamente que o dano será eliminado. O objetivo do princípio do poluidor-pagador não está em eliminar o efeito negativo do processo produtivo, mas em exigir uma ponderação ou reflexão, uma espécie de avaliação do custo benefício decorrentes das decisões inerentes ao processo produtivo.

Assim, esse princípio estimula, sobretudo, a prevenção, porque a tributação antipoluição estimula a introdução de tecnologia mais avançada e menos poluidora, minimiza o custo administrativo e o tempo de aplicação de eventuais sanções.

Dessa forma, resta caracterizada a capacidade multifuncional do princípio do poluidor-pagador, uma vez que busca tanto a prevenção e a precaução como a redistribuição dos custos ambientais intrínsecos a todo processo produtivo.

A reparação do dano ambiental pode ocorrer de duas formas: espontaneamente ou por força de medidas judiciais ou administrativas. Na primeira hipótese, o próprio degradador do meio ambiente busca reparar o dano, através da adoção de medidas reparatórias ou se compromete a pagar uma indenização. No que diz respeito à reparação

---

126 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em 19/01/2013.

forçada, a busca se dá pela via administrativa ou judicial. A segunda delas pode ser através de meios processuais clássicos, em caso de prejuízo individual, e quando os danos forem coletivos, por meio de ação civil pública ou ação popular ambiental. 127

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no art. 225, § 3º, e a Lei nº 6.938/81, no art. 14, § 1º, estabeleceram a responsabilidade objetiva do poluidor pelos danos ambientais e, ressalta-se, independentemente de culpa e pelo simples fato da atividade, revelando uma forte tendência à adoção da teoria do risco integral. Por meio destes dispositivos legais, restou estabelecida a obrigação do agente degradador de recuperar e/ ou indenizar os prejuízos ambientais causados, demonstrando que deve ser buscada em primeiro lugar a recomposição do dano, e somente utilizar-se da indenização quando foi impossível, de fato, a referida recomposição. Ademais, estes dispositivos estabeleceram a responsabilidade objetiva do degradador ambiental pelo simples fato da atividade.<sup>128</sup>

Assim, não foi estabelecida qualquer limitação à responsabilização, necessitando buscar uma interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei nº 6.453/77, que previa a tarifação da responsabilidade em caso de acidente nuclear. No que diz respeito ao art. 225 da CF/88, o entendimento de Luís Carlos Silva de Moraes:

A leitura do art. 225, CF, demonstra que a proteção é finalística, em que se deva abstrair os excessos (mínimos e máximos). Limita-se a atividade que ponha em risco esse ciclo, mas só até aí. Esse divisor está na diferenciação entre degradação e alteração ambiental. Se o meio ambiente se altera, mas a existência das espécies não está em risco; se se garante os processos essenciais ecológicos (ex.: piracema), essa modificação há de ser permitida, pois qualquer posição em contrário seria despida de finalidade, ou seja, abusando do que se considera indisponível.<sup>129</sup>

A reparação do dano ambiental obedece ao princípio da *restitutio in integrum*, tendo em vista que compreende não só, por exemplo, à plantação das árvores derrubadas

---

127 FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

128 Sobre o tema, cf. CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997; AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 49. *Apud* LEITE, José Rubens Mourato. MELO, Melissa Ely. **Reparação do dano ambiental: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução**. Disponível em <[http://www.nima.puc\\_rio.br/aprodab/melissa\\_ely\\_mello\\_e\\_jose\\_rubens\\_morato\\_leite.pdf](http://www.nima.puc_rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf)>. Acesso em 20/01/2013.

129 MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2004, pág. 43.

como indenização do estrago no solo, já que, constatado o dano ambiental, deve o infrator promover a restauração do meio ambiente na medida do possível e compensar os prejuízos através de indenização a qual deverá abranger o conteúdo econômico do dano causado. Dessa forma, todos os efeitos provenientes da atividade lesiva devem ser objeto da reparação para que esta possa ser reputada completa, devendo ser considerados os aspectos materiais da degradação e dos danos extrapatrimoniais associados, como, por exemplo, a perda imposta à qualidade de vida, a privação temporária de fruição do bem, o valor de existência dos bens ambientais degradados.

Assim, a partir da compreensão de que o dano ambiental tem uma dimensão material a que se encontram associados danos extrapatrimoniais, que abarcam os danos morais coletivos, importa definir diferentes formas de reparação para cada classe de danos.

É necessário esclarecer que não há *bis in idem* na cumulação dos pedidos de condenação em obrigação de fazer e de indenização, porque o fundamento de cada um é diverso do outro. Assim, o pedido de obrigação de fazer cuida da reparação *in natura* do dano ecológico puro e a indenização cuida de ressarcir os danos materiais irreversíveis e os danos extrapatrimoniais, pelo que o reconhecimento de tais pedidos compreende as diversas facetas do dano ambiental.

É importante registrar que deve ser observada a duplicidade da reparação, ou seja, a restauração ou compensação do dano e, ainda, a indenização pecuniária relativa aos danos sofridos, já que as primeiras formas de reparação mencionadas dizem respeito ao dano ao meio ambiente, enquanto o direito à indenização, por sua vez, diz respeito aos prejuízos sofridos por intermédio do dano ao meio ambiente. Tratando-se de danos distintos, ambas devem ser amplamente reparadas.

O princípio da prevenção também se relaciona com a questão da reparação do dano ambiental, na medida em que o referido princípio, geralmente associado ao princípio da precaução, é aquele que impõe, no caso de dano conhecido, que deve o Poder Público e a coletividade agirem de modo a evitar, prevenir a sua ocorrência. Tal postulado se baseia, dessa forma, na ideia de que a reparação do dano ambiental, quando possível, é bem mais onerosa do que a sua prevenção.

Ainda, o princípio da restauração natural é encontrado na Lei nº 9.605/98, que, embora dedicada aos crimes e infrações administrativas ambientais, também visa a reparação do dano em diversos dispositivos. Essas normas penais, examinadas no contexto das demais normas ambientais, mostram que a opção do sistema jurídico brasileiro é pela restauração natural do ambiente como uma medida prioritária, com o que se pode extrair

um verdadeiro princípio jurídico, que não visa, essencialmente, a justa compensação da vítima, mas a prevenção do dano ecológico e a reintegração dos bens lesados.

Sedim esclarece que o fundamento dogmático para a restauração natural do ambiente é a proteção do bem ambiental em si, já que:

No dano ecológico, o *quid* afetado não é um interesse substancialmente subjetivado, mas um interesse público na conservação de um ambiente sadio e ecologicamente correto, cujos contornos são concretizados nas normas de direito do ambiente 130.

A quantificação econômica do ambiente, como se sabe, é muito difícil e não possui metodologias que identifiquem o valor ético do ambiente lesado e considerem a incidência global do dano no ecossistema. O princípio da restauração *in natura* cuida-se de imperativo para o proprietário do bem lesado, porque há uma sobreposição de regimes sobre o mesmo bem. A supremacia do interesse difuso impõe que o particular precisa se submeter à reparação natural do bem ambiental que integra sua propriedade, sendo assim, não pode optar por uma indenização (art. 947, CC).

A recuperação *in natura* do dano ambiental é viabilizada através de um projeto de recuperação ambiental que deverá ser implantado com o objetivo de proporcionar benefícios funcionais existentes no ecossistema anterior.

É importante destacar que a reparação é feita através de obrigações de fazer para restaurar, reconstruir ou reconstituir bens, *habitats*, e ecossistemas, que demandam do responsável um fato positivo para compensar o dano ecológico, tendo em vista que a degradação em si é sempre irreversível.

Assim, a reparação não visa exatamente o retorno ao *status quo ante*, porque além da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros iguais, surgem ainda dificuldades técnicas e científicas, por isto deve sempre prevalecer o ideal de conservação e manutenção de seu equilíbrio dinâmico. Disso conclui-se que o sistema de responsabilidade civil, apesar de baseado em estruturas dogmáticas, demonstra possuir uma função específica, qual seja: prevenir os danos ambientais, conservar o meio ambiente enquanto bem jurídico e cessar as atividades nocivas.<sup>131</sup>

---

130 SEDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 165. *Apud* STEIGLEDER, op. cit., p. 215.

131 Sobre o tema, cf. LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. In: **Revista Sequência**, nº 55, ano XXVII, Dez. 2007. p. 195-218. *Apud* LEITE, José Rubens Mourato. MELO, Melissa Ely. **Reparação do dano ambiental: considerações**



É complicado constatar o estado inicial de um ambiente que foi degradado, já que não há estudos científicos globais realizados anteriormente à degradação e, ainda, não como prever efeitos futuros do fato lesivo em cotejo com a capacidade de regeneração natural.

Assim, compreende-se que o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, art. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador, da reparação *in natura* e da reparação integral.

Tendo em vista que a reprodução da situação do ambiente anteriormente ao dano não é possível e, em alguns casos, é até desaconselhada, deve ser buscada a reabilitação ou a restauração dos elementos ambientais e não a reposição idêntica das condições físico-químicas do ambiente anterior.

No que diz respeito à escolha das prestações positivas a serem determinadas, as providências devem efetivamente proporcionar a restituição da qualidade ambiental, com observância no princípio da precaução, com observância nas consequências prejudiciais não só aos bens ou recursos ambientais afetados, mas também com relação aos bens e recursos adjacentes ou interligados em função de interdependência ecológica.

O processo de restauração natural merece preocupação em relação ao uso de espécies arbóreas, emprego de espécies exóticas, que podem de certa forma causar uma contaminação no local em que foram implementadas, podendo causar inclusive uma maior degradação no ambiente. A introdução de projetos de restauração em pequeno porte com o objetivo de restaurar a biodiversidade é preferível em comparação com tecnologias mais caras. A autora Melissa Ely Melo propõe que a restauração ambiental seja feita através de técnicas nucleadoras, que sejam capazes de recriar no espaço degradado, por meio de introdução planejada de espécies nativas, a biodiversidade existente anteriormente. 132

Ainda, a necessidade de realizar ponderações para concretizar a restauração natural indica certa margem de discricionariedade na decisão do caso concreto quanto a escolha da melhor alternativa para a reparação, baseando-se no princípio da proporcionalidade.

---

**teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução.** Disponível em: [http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa\\_ely\\_mello\\_e\\_jose\\_rubens\\_morato\\_leite.pdf](http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf). Acesso em 19/01/2013.

132 MELO, Melissa Ely. **O dever jurídico de restauração ambiental. Percepção da natureza como projeto. Dissertação de Mestrado.** Universidade Federal de Santa Catarina, Orientador Prof. Dr. José Rubens Mourato Leite. Florianópolis, 2008, p.131. *Apud.* STEIGLEDER, op. cit., p. 218.

Ademais, a restauração natural não deve ser considerada desproporcional apenas por que o custo de sua implementação supera o valor econômico do bem ecológico afetado.

As medidas de recuperação poderão prever a autorregeneração ecológica ou poderão prever a recuperação mediante a intervenção humana na natureza, como acontece nas hipóteses de plantio de espécies naturais, descontaminação do solo, recursos hídricos e recuperação de áreas mineradas.

Quando não existir possibilidade técnica de restabelecer as condições anteriores à prática do fato danoso, seja mediante a reparação *in situ*, seja mediante a compensação ecológica, há que se optar para a indenização pecuniária do dano material.

Por fim, quando se está diante da desproporção entre os custos da restauração *in natura* e os benefícios dela obtidos, pensa-se ser adequada a substituição da reparação *in situ* por uma compensação ecológica em outro local, compensação essa que proporcione funções ecológicas equivalentes.

### **3.1.2. A compensação ecológica**

A possibilidade de aplicação da compensação ecológica consiste em uma forma de restauração natural do dano ambiental que se volta para uma área que não é a mesma da anteriormente degradada, com o objetivo de assegurar a conservação de funções ecológicas equivalentes. Corresponde, assim, a uma substituição por bens equivalentes, de modo a que o patrimônio natural no seu todo permaneça quantitativamente e qualitativamente sem alteração.

A compensação ecológica trata da adoção de medidas equivalentes à recuperação *in natura*, tendentes a alcançar um efeito semelhante à restituição absoluta. Assim, consiste na reparação unicamente de certos elementos naturais, capazes de provocar um efeito ecológico equivalente ao que produziam os restantes irreparáveis no momento da lesão.

Desse modo, consiste numa forma de restauração natural do dano ambiental que se volta para uma área diferente ou não da área degradada, e tem como objetivo assegurar a conservação de funções ecológicas equivalentes. Sua finalidade é a substituição dos bens naturais lesados por outros funcionalmente equivalentes, ainda que situados em diferente lugar. A compensação ecológica implica a consequente conservação do meio ambiente e também auxilia na efetivação do princípio da responsabilidade e da equidade intergeracional.

Para Sendim, trata-se de uma aplicação relativa do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que funciona como um limite à escolha de uma alternativa. O princípio

da necessidade impõe, quando do confronto de várias alternativas, que se opte por aquela que encerre a ponderação dos bens com maior grau de proporcionalidade.<sup>133</sup>

A compensação ambiental *latu sensu* (medidas compensatórias) é um modo de tutela ressarcitória na forma específica por equivalente não pecuniário, que ocorre quando a restauração ecológica ou ambiental *in situ* é impossível, de forma a exigir a reparação dos remanescentes irrestauráveis. A autora Hortênsia Gomes Pinho subdivide as medidas compensatórias:

Subdividem-se em compensação ecológica, que visa à restauração de áreas degradadas distintas do local do dano, e compensação ambiental conglobante, correspondendo a ações estratégico-preventivas de preservação, conservação, fiscalização, fomento à cidadania ambiental e ao desenvolvimento sustentável, que visa à implementação dos objetivos a Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>134</sup>

Na compensação conglobante é necessário que as obrigações fixadas guardem contextualidade espacial e de conteúdo com dano consumado. Repita-se que a restauração ambiental, que ocorre no local onde ocorreu o dano, deve ser sempre a primeira opção do sistema de reparação dos danos ambientais. Somente depois de devidamente comprovada a sua impossibilidade de concretização ou uma desproporcionalidade realmente excessiva entre os seus custos e os benefícios trazidos é que poderá optar-se pela compensação ecológica.

Com relação à compensação ecológica, é importante esclarecer que mesmo nas hipóteses em tiver ocorrido a regeneração natural da área degradada, é possível a imposição de compensação ecológica pelo período que perdurou entre a produção do dano e sua integral restauração, esse é o caso de lucro cessante ambiental.

Para Freitas, a compensação ecológica é uma forma de assegurar a tutela específica do dano ambiental, afirmando que o termo “resultado prático equivalente”, constante do

---

133 SEDIM, op. Cit., p. 230.

134 PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e Reparação de Danos Ambientais. As medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária.** Rio de Janeiro:GZ Editora, 2010, p. 327.

art. 461 do CPC e do art. 84 do CDC enquadra-se na noção de “tutela específica”, contrapondo-se à tutela genérica que significa a conversão em perdas e danos.<sup>135</sup>

Em contraponto com a indenização, a compensação ecológica implica a conservação do meio ambiente e permite uma adequada imputação dos danos ao patrimônio natural do seu causador, sendo mais efetiva do que a destinação dos valores indenizatórios para os fundos de reparação.

No contexto do licenciamento ambiental, há diversas situações de compensação ecológica como condição para a emissão das licenças ambientais, com isso viabilizando-se um impacto que, embora formalmente lícito, será materialmente lesivo, devendo ser compensado mediante o estabelecimento de benefícios concretos para o ecossistema.

O Código Florestal Federal e a Lei 11.428/06 (relativa à Mata Atlântica), por exemplo, mostram que a concepção de que a compensação ecológica deve guardar relação de proximidade geográfica com a área impactada, garantindo a preservação global do meio ambiente.

Segundo a autora Bechara, as compensações exigidas na esfera administrativa *ex ante* têm a mesma natureza da compensação ecológica exigida no contexto da tutela reparatória ambiental. Bechara defende que:

A mais sensível diferença entre essas duas “compensações” é temporal: a compensação pelos danos “clássica” é exigida do poluidor ou degradador quando o meio ambiente já sofreu um impacto irreversível – ela se dá, por conseguinte, posteriormente ao dano – e a compensação ambiental da Lei 9.985/00 é exigida do empreendedor quando ele estiver prestes a causar um impacto irreversível e inevitável, verificando-se, dessa forma, anteriormente ao dano.<sup>136</sup>

A compensação ecológica possui também algumas deficiências, como, por exemplo, no que diz respeito à determinação da “ideia de equivalência” quando aplicada a bens naturais. Isso se justifica porque alguns autores defendem a equivalência dos bens naturais, na medida em que proporcionam o mesmo nível de qualidade ao meio ambiente

---

135 FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. **O Pedido do Compensação na Ação Civil Pública**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. PUC/SP, Orientador Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura, São Paulo, 2009, p.136. *Apud* STEIGLEDER, op. cit., p. 227.

136 BECHARA, Erilka. **Licenciamento e Compensação Ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 195. *Apud* STEIGLEDER, op. cit., p. 230.

globalmente considerado e, por outro lado, outros autores acreditam que não há possibilidade de recuperar o próprio bem.

Em contrapartida, Sedim explica que não é demonstrada a possibilidade de avaliação da qualidade global do ambiente, sustentando a ideia de elaboração de um critério de equivalência que “atenda não só à equivalência entre funções e serviços humanos, mas também à equivalência estritamente ecológica”.<sup>137</sup> Assim, a compensação ecológica tem como finalidade a remoção do dano ao ambiente em concreto, preservando-se, assim, a capacidade funcional ecológica do ecossistema lesado, o que pode ser feito através a constituição de sistema ecológico equivalente em área ligada ao local do dano.

Tratando-se de dano ambiental intercorrente, o pedido de compensação deve ser cumulado com o de restauração, na chamada cumulação própria. Isso ocorre porque nesse caso há diversidade de pedidos mediatos, quais sejam: a recuperação *in natura* do meio ambiente e a compensação pelo período em que o ambiente ficou privado de todos os seus atributos.

É forçoso reconhecer que a compensação ecológica, enquanto forma de reparação do dano ambiental, se adapta melhor do que a simples adoção da compensação pecuniária às complexidades e especificidades dessa categoria de dano.

Ressalta-se que tanto as medidas de recuperação *in natura* quanto a compensação ecológica, enquanto formas de restauração natural do ambiente, devem sempre ser precedidas de um projeto interdisciplinar prévio, levando em conta a melhor forma de reparação para o caso concreto.

### **3.2. A indenização do dano ambiental material**

A compensação econômica do dano ambiental é cabível apenas quando o dano for irreversível e não for possível a compensação ecológica na forma do art. 84, § 1º, do CDC. A quantificação econômica dos danos ambientais não possui previsão legal, causando divergências no Poder Judiciário, que se utiliza de peritos que se baseiam nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou da literatura especializada em economia do ambiente.

---

<sup>137</sup> SEDIM, op. cit., p. 196.

Há uma tendência nos Tribunais no que diz respeito ao uso, como parâmetro, das multas administrativas por ilícitos ambientais para a fixação da indenização do dano ambiental material.

A subsidiariedade da compensação pecuniária assenta-se no fato de que o objetivo essencial da tutela ambiental é, primordialmente, garantir a fruição do bem ambiental. Por isso que a restauração natural será sempre adotada como forma prioritária, dentro das possibilidades técnicas fáticas, técnicas e científicas para a reparação do dano, mesmo que seja mais onerosa a sua reparação.

Considerando que, diferentemente dos danos extrapatrimoniais, os danos ambientais materiais são mensuráveis, assim, a perícia se revela como a melhor forma de estabelecimento dos valores indenizatórios, mesmo encontre dificuldade para chegar a um valor exato.

É possível a cumulação de pedido de imposição de obrigação de fazer, objetivando a restauração de determinados aspectos do meio ambiente e a compensação ecológica, com a indenização pelos danos materiais irreversíveis que forem identificados na perícia.

O valor dos recursos ambientais corresponde ao valor de uso (aquele valor que a pessoa atribui a um determinado recurso direto ou indireto), acrescentando o valor de não-uso ou existência (deriva de uma posição moral, cultural, ética ou altruística em relação aos direitos de existência de outras espécies que não a humana ou de outras riquezas naturais) mais o valor de opção (aquele que o indivíduo atribui em preservar recursos que podem estar ameaçados).

Há diversas metodologias possíveis para a valoração da indenização do dano ambiental material, no entanto, a escolha mais adequada dependerá da quantidade e da qualidade das informações disponíveis sobre o dano, bem como dos objetivos a serem alcançados.<sup>138</sup>

A valoração econômica dos danos ambientais depende da obtenção do máximo de informações possíveis sobre a gravidade dos danos causados, quais os serviços ambientais que o recurso ambiental lesado proporcionava, com a finalidade de identificar o valor de uso direto e valor de uso indireto.

Nas indenizações o parâmetro que se utiliza é os custos das medidas de restauração, substituição e aquisição de recursos equivalentes. Assim, na avaliação dos danos

---

<sup>138</sup> STEIGLEDER, op. cit., p. 238.



ambientais devem estar presentes os princípios da precaução, do poluidor-pagador, da prevenção e o da responsabilidade.

A legislação ambiental brasileira determina no art. 13 da Lei nº 7.347/85 que: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais que participarão necessariamente o ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Apesar disso, há omissão por parte do legislador brasileiro no sentido de estabelecimento de critérios jurídicos para a avaliação econômica da lesão.

Diante disso, compete à doutrina e jurisprudência estabelecer critérios mínimos para a avaliação os quais deverão passar: a) pela sua imposição na escala de valores ético-jurídicos de toda uma comunidade; b) pelo estágio do conhecimento científico e tecnológico de que dependem intimamente; c) pela suscetibilidade da reconstituição/regeneração do bem ambiental danificado ou não.

Por um lado, a indenização pecuniária é uma maneira de reparação secundária do bem ambiental lesado, por isso, preterida à restauração do dano ambiental; por outro, tem como fator positivo a certeza da sanção civil, garantindo o caráter coercitivo da responsabilidade civil ambiental.<sup>139</sup>

### **3.3. A reparação do dano extrapatrimonial ambiental**

O dano extrapatrimonial consiste em um dano eminentemente jurídico, correspondente à lesão de interesses extrapatrimoniais tutelados pelo direito, como o bem estar, o sossego, o apreço pelo patrimônio natural ou pelos bens culturais.

O referido dano não tem função reparadora, na medida em que não há equivalência entre o dano e o ressarcimento, até porque não haverá meios de se aquilatar o prejuízo decorrente da dor. Em contrapartida, possui a função de punir, pois pretende expressar a reprovação social sobre a conduta lesiva.

O autor Clayton Reis<sup>140</sup> tem se valido do art. 59 do Código Penal como critério para arbitramento do dano, bem como a valoração dos seguintes aspectos: repercussão do

---

139 COLOMBO. Silvana. **O dano ambiental.** Disponível em: <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1256>>. Acesso em: 14/05/2013

140 REIS, Clayton. **O sentido da indenização do dano moral.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Apud STEIGLEDER, op. cit., p. 249.

ilícito no meio social; a intensidade da angústia experimentada pela vítima, a situação patrimonial do agente lesionador e da vítima, a gravidade da lesão, a intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável, a reincidência, a retratação espontânea do agente. Reis propõe uma “dosimetria” da indenização por dano moral semelhante à pena.

Alguns autores como Annelise Monteiro Steigleder entendem que deve ser analisada a reversibilidade do dano material, assim como a existência de eventual prejuízo moral interino e, quanto à extensão da responsabilidade do agente do dano, afirmam que o juiz deve adaptar as teorias individualistas ao critério da responsabilidade objetiva, levando em consideração a intensidade do proveito obtido com a degradação ambiental, bem como o tempo de duração e a complexidade da ação ou omissão.

É possível no sistema jurídico brasileiro a configuração do dano extrapatrimonial à coletividade em decorrência de lesões ao meio ambiente.<sup>141</sup> O ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Código Civil de 2002, vem introduzindo dispositivos relacionados com a tendência de constitucionalização do direito em geral. A postura jurídica caminha no sentido de ampla proteção ao ser humano, abrangendo a proteção aos valores extrapatrimoniais e com o realce dos interesses da coletividade. Abordando o assunto, o julgamento da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro:

Poluição Ambiental. Ação Civil Pública formulada pelo Município do Rio de Janeiro. Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdição do local. Dano à coletividade com destruição do ecossistema, trazendo conseqüências nocivas ao meio ambiente, com infringência às leis ambientais, lei Federal 4.771/65, Decreto Federal 750/93, artigo 2º, Decreto Federal 99.274/90, artigo 34 e inciso XI e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, artigo 477. Condenação à reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores, e ao desfazimento das obras. Reforma da sentença para inclusão do dano moral perpetrado a coletividade. Quantificação do dano moral ambiental razoável e proporcional ao prejuízo coletivo. A impossibilidade de reposição do ambiente ao estado anterior

---

141 MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369)>. Acesso em 15/05/2013.

justificam a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial à coletividade. Provimento do recurso. 142

Carlos Alberto Bittar citado por Medeiros Neto reforça que com “a evolução operada, na linha da coletivização da defesa de interesses, entes não personalizados e grupos ou classes ou categorias de pessoas indeterminadas, passaram também a figurar como titulares de direito à reparação civil (...)” 143

Assim, há pedidos realizados em ações civis públicas em todo o país para reparação por dano extrapatrimonial coletivo ambiental. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em certos julgados, e alguns doutrinadores possuem entendimento desfavorável no que diz respeito à reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos em matéria ambiental, sob a justificativa de que se faz necessária a vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual, existindo incompatibilidade com a noção de transindividualidade.

Na verdade, o dano extrapatrimonial coletivo não se confunde com o dano moral individual. Para alguns autores, não há mais neste a existência da vinculação obrigatória da noção de dor, sofrimento ou qualquer afetação à integridade psíquica da pessoa, assim, em relação ao dano extrapatrimonial coletivo esta exigência é ainda mais imprópria. É necessário ressaltar que a comunidade tem sua dimensão ética, desatrelada das pessoas que integram o grupo social quando consideradas individualmente, consistindo em valores indivisíveis. Nesse sentido, as decisões da décima primeira câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANOS MORAIS AMBIENTAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.1- Versa a presente demanda sobre danos ambientais causados em virtude de construção clandestina de um quiosque sobre a areia da praia na localidade Praia Grande em Angra dos Reis; 2- A responsabilidade

---

142 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.14586. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo, Rio de Janeiro. Data do julgamento: 07 de agosto de 2002. DJE 29.08.2002. *Apud.* MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369)>. Acesso em 17/05/2013.

143 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo.** São Paulo: Ltr, 2004, p. 130. *Apud.* MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369)>. Acesso em 12/03/2013.

por danos ambientais é objetiva, ou seja, independente de culpa. Restou cabalmente demonstrado que o réu-apelado estabeleceu, clandestinamente e durante bom tempo, um quiosque sobre a areia da praia, em área de preservação permanente (fls. 12/17); 3- **O dano extrapatrimonial não surge apenas em consequência da dor, em seu sentido moral de mágoa, mas também do desrespeito a valores que afetam negativamente a coletividade. A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual e a um bem ambiental indivisível, de interesse comum, solidário, e relativo a um direito fundamental da coletividade.**- Configurado o dano extrapatrimonial (moral), eis que houve um dano propriamente dito, configurado no prejuízo material trazido pela degradação ambiental, e houve nexos causal entre o ato do autuado e este dano. 4- Recurso provido.(Grifo) (TJRJ. AC n. 2009.001.10577. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto Guimarães. Data do julgamento: 11/11/2009. DJE 06.01.2010). 144

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA. RECOMPOSIÇÃO DO AMBIENTE E DANO MORAL COLETIVO....Omissis.2.Comprovado o dano ambiental coletivo: (i) destruição de matacões, inclusive com uso de explosivos, e retirada de grande quantidade de areia da praia, para calçamento da propriedade particular; (ii) construção de muro à beira mar; (iii) realização de extenso aterro na área da praia; (iv) bloqueio de acesso do público à praia; e (v) manutenção de aves silvestres em cativeiro -, tudo em área de preservação permanente, inserida, outrossim, na Estação Ecológica de Tamoios, a responsabilidade civil é objetiva (art. 225, § 3º, da CF e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), cabendo ampla reparação.3.Deve o poluidor ser condenado, como ensina Guilherme Couto de Castro, simultaneamente na recomposição do ambiente, sob pena cominatória, e também em verba a título punitivo (A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 119-120), também chamada educativa,

---

144 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.10577. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto Guimarães. Data do julgamento: 11 de novembro de 2009. DJE 06.01.2010. *Apud.* MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369)>. Acesso em 17/05/2013.

didática ou por dano moral coletivo, com base no art. 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pelo art. 88 da Lei nº 8.884/94. 4. Apelação parcialmente provida para, superada a extinção do processo (art. 515, § 3º, do CPC), ser julgado procedente, em parte, o pedido. (TRF2. AC n. 292486/RJ. Relator Desembargador Federal Luiz Paulo S. Araujo Filho. Data do julgamento: 24 de junho de 2009. DJU 07.12.2009). 145

O dano extrapatrimonial ambiental se refere à violação de valores compartilhados pela comunidade, cuja lesão possui o objetivo de atingir a qualidade de vida, o bem-estar social, bem como outros valores que reflitam na dignidade humana, podendo, inclusive ser pleiteado.

Destaca-se que a destinação do valor da indenização a título de dano extrapatrimonial é revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85, de forma a reconstituir os bens lesados e compensar lesões a bens de caráter imaterial. Assim, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.008/95, diploma responsável por regulamentar o fundo em comento, os recursos podem ser utilizados na promoção de eventos científicos e educativos, bem como na edição de materiais de informação relacionados com o dano causado, modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução da política referente à defesa do direito atingido.

Os magistrados brasileiros, cada vez mais afetos com a proteção ambiental, vem avançando e determinando com mais frequência a reparação deste tipo de dano, com fundamento, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, na legislação da Ação Civil Pública, da própria Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor.

#### **4. ÓBICES À REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL**

Os danos ambientais se diferem aqueles danos não ecológicos na medida em que sua reparação se torna mais difícil, considerando suas características específicas, quais sejam: os danos ao meio ambiente são irreversíveis; a poluição tem efeitos cumulativos; há a possibilidade de os efeitos dos danos ecológicos se manifestarem além das

---

145 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 292486/RJ (2002.02.01.031054-3). Relator Desembargador Federal Luiz Paulo S. Araujo Filho. Data do julgamento: 24 de junho de 2009. DJU 07.12.2009, p.85. *Apud.* MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369)>. Acesso em: 01/07/2013.

proximidades; ainda, são danos coletivos e difusos em sua manifestação e no estabelecimento do nexo de causalidade, além de terem repercussão direta nos direitos coletivos e indiretos nos individuais 146

A indivisibilidade do dano ambiental, o seu caráter transfronteiriço e a pluralidade de poluidores são fatores que contribuem para o abrandamento do nexo da causalidade. Por conseguinte, o critério da certeza é substituído pelo critério da verossimilhança no exame do liame de causalidade entre a causa e o efeito do dano. Isso se justifica porque tão somente a adoção da teoria objetiva da responsabilidade civil ambiental não garante a reparação integral dos danos ao meio ambiente.<sup>147</sup>

Quando há apenas um foco emissor não existe nenhuma dificuldade jurídica. No entanto, em caso de pluralidade de autores do dano ecológico, estabelecer o liame causal pode acarretar num trabalho mais complicado, mas não de impossível execução. A dificuldade em provar o liame de causalidade aparece principalmente quando há pluralidade de poluidores, já que tal fato poderá resultar na indeterminação do pólo passivo.

A apuração do *quantum* indenizatório ou a sua avaliação econômica consistem em uma das principais dificuldades encontradas para a obtenção da reparação integral do dano ao meio ambiente, o que não quer dizer que os recursos naturais são insuscetíveis de avaliação econômica.

Um outro entrave à reparação do bem ambiental lesado é a dificuldade em provar o nexo causal entre a ocorrência do dano e a ação da fonte poluidora; isso decorre de alguns fatores como: o insucesso de verificações técnicas no que diz respeito à demonstração de forma inequívoca da existência do dano; as consequências decorrentes do dano podem se manifestar ao longo do tempo, consistindo em lesões de modo continuado; a distância entre o foco emissor e seus efeitos podem ser fora das fronteiras daquele espaço que ocorreu o dano.

São fatores que contribuem para a atenuação do nexo de causalidade, defendido pela doutrina, a própria individualidade do dano ambiental, o seu caráter transfronteiriço e a pluralidade de poluidores. Dessa forma, tem-se que o critério da verossimilhança substitui o da certeza na análise do liame de causalidade.

---

146 COLOMBO. Silvana. **O dano ambiental.** Disponível em: <http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1256>. Acesso em: 14/05/2013.

147 ARAUJO, op. cit., p. 171.



Em suma, a determinação do valor monetário de um bem ambiental degradado enfrenta óbices devido ao caráter irreversível dos danos ambientais, bem como pela dificuldade de determinar sua extensão e consequentes efeitos.

## CONCLUSÃO

Sem dúvidas, a teoria objetiva na imputação da responsabilidade ao causador dos danos ao meio ambiente se concretiza já que, em termos de danos ao meio ambiente, não há como pensar em outra aplicação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja aquela realmente bem apertada que possa, na primeira jogada de rede, colher qualquer e todo responsável pela caracterização do prejuízo ao ambiente, como tem entendido a jurisprudência e doutrina brasileira. Sendo assim, pelo simples fato de haver omissão, já é possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma forma possam ser responsabilizados.

Dada a devida importância ao meio ambiente, necessária se faz a sua reparação perante a existência do dano, nesse sentido, a compensação pecuniária poderá ser adotada, no caso concreto de forma proporcional, desde que combinada com a restauração natural e abrangerá somente a parte irreversível do dano, adotando-se quanto às demais, a recuperação *in natura* ou a compensação ecológica, de modo a obter, de forma mais ampla e plena, a concretização da reparação integral.

No Brasil não há liberdade para aplicação das quantias recebidas a título de indenização para reparação do dano ambiental, devendo o valor ser necessariamente revertido, por força do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, ao Fundo de Proteção dos Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto 1.306/94. Ainda, segundo mencionado no referido decreto, os valores deverão ser aplicados para a recuperação de bens afetados.

Porém, nos casos em que não for possível a aplicação dos recursos na reparação específica do dano causado, uma alternativa ao sistema de reparação do dano ao meio ambiente consiste na criação de fundos de compensação, que seriam constituídos numa instituição de caráter público, privado ou misto, e que teria por objetivo facilitar a indenização dos prejudicados com a conduta lesiva ao meio ambiente. Ademais, do mesmo modo que a tributação antipoluição incentivaria a prática de atividades menos poluidoras, os referidos fundos preencheriam as lacunas do sistema de indenização pecuniária.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Edijur, 2012.

BARROSO, Lucas Abreu. **A Obrigação de Indenizar e a Determinação da Responsabilidade Civil por Dano Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BECHARA, Erilka. **Licenciamento e Compensação Ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Responsabilidade Civil por Dano Ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan/mar. 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.10577. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto Guimarães. Data do julgamento: 11 de novembro de 2009. DJE 06.01.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.14586. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo, Rio de Janeiro. Data do julgamento: 07 de agosto de 2002. DJE 29.08.2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 292486/RJ (2002.02.01.031054-3). Relator Desembargador Federal Luiz Paulo S. Araujo Filho. Data do julgamento: 24 de junho de 2009. DJU 07.12.2009.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COLOMBO, Silvana. **O dano ambiental**. Disponível em: <http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1256>. Acesso em: 14/05/2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.7

EWALD, François. **Foucault – A norma e o Direito**, Lisboa: Vega.

FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. **O Pedido de Compensação na Ação Civil Pública**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. PUC/SP, Orientador Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura, São Paulo, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. **As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais**. In: Revista Seqüência, nº 55, ano XXVII, Dez. 2007.

LEITE, José Rubens Mourato. MELO, Melissa Ely. **Reparação do dano ambiental: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução**. Disponível em: [http://www.nima.pucrio.br/aprodab/melissa\\_ely\\_mello\\_e\\_jose\\_rubens\\_morato\\_leite.pdf](http://www.nima.pucrio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf). Acesso em 20/01/2013.

LIMA, Arnaldo Esteves. **Aspectos da responsabilidade objetiva**. BDJur – Superior Tribunal de Justiça. Brasília, (s/a, (s/nº), 11 mar 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/117>. Acesso em: 10/08/2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 130.

MELO, Melissa Ely. **O dever jurídico de restauração ambiental. Percepção da natureza como projeto**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Orientador PProf. Dr. José Rubens Mourato Leite. Florianópolis, 2008.

MELO, Rafael Monteiro. **O dano extrapatrimonial coletivo ambiental: do conceito à quantificação**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11369). Acesso em 15/05/2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora RT, 2005.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e Reparação de Danos Ambientais. As medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

REIS, Clayton. **O sentido da indenização do dano moral.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

SEDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural.** Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação.** Curitiba: Juruá Editora, 2006.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental. As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21388165/apelacao-civel-ac-70045489838-rs-tjrs>. Acesso: 20/01/2013.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21417106/7896326-pr-789632-6-acordao-tjpr>. Acesso em: 01/07/2013.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21567548/habeas-corporis-hc-70047718564-rs-tjrs>. Acesso em 01/07/2013.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23341269/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-273058-pr-2012-0268197-9-stj/inteiro-teor>. Acesso em 01/07/2013.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm). Acesso em 19/01/2013.

## COMO O ADVOGADO PÚBLICO INTERFERE NA ADMINISTRAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

**ROBERTA MILLENE FERNANDES COSTA:**

Bacharelado do Curso de Direito pela  
Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

MARCIA KAZUME PEREIRA SATO

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho vai tratar a respeito de como o advogado público interfere na administração do poder executivo no sentido de que até onde se estende a competência do advogado em prever e solucionar problemas sempre visando o bem comum. Apresentando também preceitos normativos que se referem ao tema proposto e que auxiliam na regência, princípios, legislações contidas nos Códigos e na Constituição Federal. Expor as dificuldades na atuação, e quais são as consequências decorrentes desse descaso a esses aconselhamentos. Um advogado público dá pareceres a respeito dos requerimentos realizados a administração, portanto, o advogado opina se é favorável ou não favorável e somente após a resposta do advogado é que o poder executivo pode despachar a respeito, e ao mesmo tempo não pode agir contra a decisão do advogado porque pretende-se que o advogado realize seu parecer com base em princípios legais sempre observando o interesse público.

**Palavras-chave:** Advogado público. Administração. Poder executivo. Princípios Legais. Bem comum.

**ABSTRACT:** The present work will deal with how the public lawyer interferes in the administration of the executive power in the sense that how far the lawyer's competence in predicting and solving problems extends. Also presenting normative precepts that refer to the proposed theme and that help in the regency, principles, legislation contained in the Codes and the Federal Constitution. Expose the difficulties in acting, and what are the consequences resulting from this neglect of these counselings. A public lawyer gives opinions regarding the requests made to the administration, therefore, the lawyer opines whether it is favorable or not and only after the lawyer's response is that the executive branch can issue a decision on the matter, and at the same time cannot act against the lawyer's decision because it is intended that the lawyer renders his opinion based on legal precepts, always observing the public interest.

**Keywords:** Public lawyer. Administration. Executive power. Legal Principles. Very common.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema proposto busca verificar até onde a atuação do advogado público influencia nas decisões que são tomadas pelos representantes do Poder Executivo, já que sempre devem ser observados os preceitos legais em qualquer decisão a ser tomada por um administrador público.

O ramo do Direito Público é simples observando que suas normas declaram a forma como as ações do Poder Executivo devem ser realizadas, de maneira oposta a outros ramos que declaram as sanções sobre os atos, mas não os limitam, neste sentido, o trabalho do advogado público, deve ser imparcial e seguir os ditames legais, com humanização pensando no bem comum já que vai colaborar com uma administração referente às decisões do administrador onde cabem temas como Assistência Social, Previdência Social, Saúde, Educação, entre outros.

É sabido que hoje se torna obrigatória a assistência do advogado em uma Prefeitura Municipal por exemplo, com vistas a garantir que não hajam interesses políticos que fujam da legalidade pois acontecem muitos casos de desvios e irregularidades como auxílio de advogados quando os mesmos deveriam coibir estes atos colocando tudo dentro da legalidade.

Essa pesquisa, realizada através de análise bibliográfica, tem o objetivo de dimensionar o poder de decisão de um advogado, ou seja, em uma administração quais são os fatores que estão em suas mãos, autorizar ou não, e quais os fatores em que cabe sua orientação, e também até onde vai sua responsabilidade ética e legal em alguns problemas que comumente acontecem em órgãos públicos.

## 2. ADVOGADO PÚBLICO E SUAS FUNÇÕES

A população muitas vezes questiona a função do advogado público, se ele é imparcial, se trabalha para o bem comum ou para o poder executivo eleito, enfim, se há uma especulação muito grande a respeito, e como retirado do PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 01 DE 2016 da Prefeitura Municipal de Rancho Queimado - SC, anexo I da descrição de cargos efetivos, essas são as atribuições que o edital descreve para o advogado público:

“Compete ao Advogado, no exercício de suas funções: 1. Emitir pareceres jurídicos em todas as áreas do poder executivo municipal sobre a constitucionalidade dos atos municipais, em especial quando solicitado, nas áreas e



atividades relativas à: tributação, fiscalização, licitações, plano diretor, gestão de pessoas, representando-o em juízo ou fora dele. 2. Coordenar, redigir, elaborar, analisar e emitir documentos e pareceres jurídicos, minutas de contrato, convênios, informes técnicos e relatórios, fazendo observações e sugerindo medidas para implantação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de atividades em sua área de atuação. 3. Contribuir na elaboração de projetos de lei do executivo municipal, analisando legislação para atualização e implementação; 4. Representar e defender judicial e extrajudicialmente os interesses do poder executivo municipal, em qualquer foro ou instância, por delegação do seu Dirigente. 5. Assessorar juridicamente os grupos de trabalhos técnicos e administrativos, com ênfase na orientação preventiva. 6. Adequar os fatos à legislação aplicável, estudando a matéria jurídica e de outra natureza e consultando códigos, leis e jurisprudência, doutrina e outros documentos. 7. Participar, quando designado, de comissões, conselhos e grupos de trabalho para análise e emissão de pareceres jurídicos. 8. Orientar na defesa técnica, instruindo pareceres, quando necessário. Executar outras atividades compatíveis com a formação profissional. 9. Postular em juízo, propondo ou contestando ações; 10. Solicitar providências junto ao magistrado ou ministério público, 11. Avaliar provas documentais e orais, realizando audiências trabalhistas, penais comuns e cíveis; 12. Preservar interesses individuais e coletivos, dentro dos princípios éticos e de forma a fortalecer o estado democrático de direito. 13. Cumprir prazos legais 14. Executar outras atividades compatíveis com o cargo e a formação profissional.”

A Advocacia Pública é uma espécie do gênero jurídico, e sua função institucional está relacionada à defesa e promoção do interesse público federal, estadual, distrital e municipal. Contudo, cabe lembrar, que um advogado público é antes de tudo um

advogado, seu dever de ser um defensor intransigente do interesse público o faz advogado público.

A Advocacia Pública tem a responsabilidade de encaminhar os representantes judiciais, na forma da lei, e em todos os âmbitos as pessoas jurídicas de direito público que defendam e promovam o interesse público da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja todas as pessoas e órgãos que fazem parte da administração direta e indireta.

Basicamente, as funções de assessoria e consultoria estão relacionadas com a verificação das ações que a área administrativa pretende realizar com os princípios e normas do nosso ordenamento jurídico. O exercício destas funções, deve ter por objetivo dar segurança jurídica aos atos administrativos praticados, e evitar o questionamento da sua eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade.

## **2.1 Desafios do advogado público em suas funções**

Um dos maiores desafios do advogado é fazer a conscientização dos principais agentes de uma administração para a realização melhor de suas funções.

O advogado é quem tem o conhecimento técnico da área jurídica, portanto é o colaborar que deveria ser ouvido e consultado nas tomadas de decisões, e muitos chefes, por costume muitas vezes não o faz.

Não bastassem as questões comuns a todo trabalho da Advocacia de Estado, o trabalho feito na Pública municipal vem enfrentando desafios adicionais.

Significa que inúmeros Municípios não têm um órgão de Advocacia Pública estruturado, apenas as capitais e poucos Municípios, a maior parte dos Municípios brasileiros não contam com procuradoria organizada, a falta de advogados concursados faz com que a cada nova gestão haja a troca de todo o quadro de profissionais.

As funções das procuradorias municipais devem ter um advogado com vínculo permanente com o Município, os mesmos necessitam licitar, contratar, celebrar convênios, abrir concursos públicos, apurar condutas de servidores, cobrar tributos, a Advocacia Pública é pilar fundamental para isso, a institucionalização da advocacia é o grande desafio na atuação pública

## **2.2 Ações decorrentes de falhas na administração pública**

Uma das principais ações é o Mandado de Segurança que funciona como um remédio constitucional no sentido de que protege um direito líquido e certo, direito esse que por algum motivo está sendo impedido por autoridade pública.

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. (Lei 12.016/09)

A Ação Popular é uma ação constitucional que pode ser proposta por qualquer cidadão que tem o desejo de invalidar ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Art. 5º da CF, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Ação de ressarcimento de dano ao erário em decorrência de improbidade administrativa se dá ao agir com ação ou omissão dolosa para se obter vantagem patrimonial indevida, em função do aproveitamento de seu cargo naquele momento, a penalidade aplicadas a esse servidor público pela desobediência do que é contido no Artigo 10º da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, são:

1. ressarcimento integral do dano
2. perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio
3. perda da função pública
4. suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos

5. pagamento de multa civil de até 2 vezes o valor do dano

6. proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

### **3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Os princípios do direito administrativo fazem a regência de sua execução, ou seja, norteia os atos que serão celebrados pelo Advogado que está exercendo suas funções em auxílio, defesa e orientação do poder executivo, se trata de cinco princípios que estão contidos na Constituição Federal, o princípio da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e da Eficiência, vejamos:

O princípio da Legalidade se trata de que os atos são permitidos desde que dentro da Lei, o que está previsto nos Códigos e na Constituição Federal, o advogado deve se basear no texto legal.

A impessoalidade estabelece o dever imparcial de salvaguardar o interesse público, evitando que haja desequilíbrio indevido concedido a pessoas no exercício de funções executivas.

Quando se é referida a licitude e honestidade estamos tratando do princípio da moralidade, um chefe do poder executivo, a ética deve ser seguida de modo fundamental pois está interligada a boa execução de administrar um órgão público, também vislumbrando que sem uma boa conduta o controle ao seguimento das legislações será rompido e infringindo as Leis que regem esse campo as penalidades serão imputadas.

Os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que todos possam exercer o direito de cidadania, o princípio da publicidade vem para esse cumprimento, a Constituição brasileira prevê o acesso em livre escala aos atos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII

A ressalva referido "observando o disposto no art. 5º, X e XXXIII" diz respeito a integridade e sigilo das informações contidas nesses arquivos, portando salvo os documentos protegidos por Lei, os outro são de livre acesso ao público.

E o princípio da Eficiência vem para que o agente dentro da legalidade e da moralidade ofereça a população em geral o melhor resultado a ser entregue de seus planos e ações, notando a boa fé em seus atos.

#### **4.ATÉ ONDE O ADVOGADO INTERFERE NA ADMINISTRAÇÃO**

O Art. 2º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que o advogado é indispensável para a administração da justiça e garante que não sejam violados direitos previstos.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Algumas ações que o advogado deve e pode fazer são:

- A. Defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, representando judicialmente buscando o interesse público.
- B. Exercem atividades consultivas visando a prevenção de futuros problemas, assessorando e orientando agentes públicos.
- C. Responder pareceres a respeito de requerimentos pleiteando inclusão de benefícios no salário, o não pagamento de determinado imposto, interdição de ruas por conta de realização

de algum evento, entre outras situações que necessitam de entendimento legal para saber se é permitido ou não.

D. Analisar e responder solicitações de impugnação de licitação realizada.

Isso porque opera nas condições especiais de agentes públicos para garantir a realização de interesses públicos justos. Para assegurar o cumprimento desta tarefa, o advogado está dotado de um conjunto de prerrogativas básicas para que possa defender livre a proteção dos cidadãos e dos entes públicos visando o bem comum.

O advogado público em uma administração é quem guia o administrador dentro dos ditames legais, fazendo com que não haja deslizos e sanções cíveis, penais, administrativas, trabalhistas e se por um descuido isso acontecer o Administrador será responsabilizado, porém, sendo assistido pelo advogado, as chances são mais baixas de que isso ocorra.

#### **4.1. Supremacia do interesse público**

A Supremacia do Interesse Público se dá ao fato que o interesse do Estado está acima do interesse privado, o bem comum é prioridade um desejo particular, portanto o Estado fundamentado pela Lei pode assegurar esse princípio.

Ao dizer o interesse do Estado não estamos nos referindo ao interesse de quem administra, o que acontece, os administradores se tornam ditadores, não ouvem os advogados, não fazem ouvidorias com a população, se limitam apenas a sua dimensão do que é o bem comum para os cidadãos naquele momento.

Nossa Constituição Federal determina algumas das ações que prevalece a Supremacia do interesse público ao privado, a requisição e a desapropriação são Ações amparadas por esse Princípio, vejamos os incisos XXIV e XXV presentes no Artigo 5º da Constituição Federal:

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:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização



em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Se utilizando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade chega-se ao mais próximo de uma boa utilização da Supremacia do Bem Comum é tudo questão de ponderação e astúcia do administrador e a equipe que o auxilia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi descrito o advogado público é um agente fundamental em uma boa administração, é ele quem orienta para a prevenção de problemas e representa o agente com sua capacidade postulatória quando algo dos ditames legais é descumprido.

A interferência do advogado público na administração do poder executivo é no simples fato de cuidar do bem comum, ou seja, independe dos fatores políticos o advogado público encaminha as atividades dos entes de forma legal seguindo os princípios norteadores presentes na Constituição Federal, sempre orientando os administradores para prevenir de problemas futuros, e quando acontecidos, representá-los da melhor maneira.

Para que a sociedade em geral possa adentrar neste universo ainda há uma distância considerável, a legislação brasileira é extensa e de pouco interesse dos cidadãos, o advogado vem fazer o intermédio entre, cidadão, legislação e administrador, para que o maior grau possível de eficiência seja alcançado.

## REFERÊNCIAS

André Freires Paiva, Paulo. **Os desafios da advocacia pública municipal**. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – AMPM. Disponível em: <https://anpm.com.br/voz-do-associado/os-desafios-da-advocacia-publica-municipal#>. Acesso em 29 de mai. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.

CABRAL, Thiago. **O advogado é indispensável à administração da justiça!**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/724085011/o-advogado-e-indispensavel-a-administracao-da-justica>. Acesso em 29 de nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004. Brasília. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Das funções essenciais à justiça:** a Advocacia Pública, Jusbrasil. Disponível em: <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/375207035/das-funcoes-essenciais-a-justica-a-advocacia-publica>. Acesso em 13 de nov. 2021.

**Ex-prefeito de cidade da BA é preso em operação da PF contra fraudes em licitações na Educação e Saúde;** político é pré-candidato a deputado. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/05/05/policia-federal-investiga-fraudes-em-licitacoes-na-educacao-e-saude-em-salvador-e-interior-da-bahia.ghtml>. Acesso em 09 de mai. 2022.

PREFEITURA MUNICIPAL DE RANCHO QUEIMADO – Santa Catarina. Lei Complementar Nº 1/2016. Disponível em: <http://leismunicipa.is/nglru>. Acesso em 23 de mai. 2022.

*PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL - Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.* Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em 15 de mar. 2022.

*PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL - Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.* Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em 01 de jun. 2022.

*PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL - Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.* Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em 01 de jun. 2022.

SARAIVA, Leonardo. **Limites à tipificação de atos de advogados pareceristas como improbidade administrativa, à luz das inovações trazidas pela Lei 13.655/2018.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66319/limites-a-tipificacao-de-atos-de-advogados-pareceristas-como-improbidade-administrativa-a-luz-das-inovacoes-trazidas-pela-lei-13-655-2018>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

## **SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR IDOSO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL SOBRE A PREVENÇÃO E TRATAMENTO À LUZ DA LEI 14.181 DE 2021**

**PEDRO PAULO LORENZONI ALMEIDA:**  
Bacharelado em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo- FASEC<sup>148</sup>

LILIANE DE MOURA BORGES<sup>149</sup>

**RESUMO:** A presente proposta de estudo tem como objetivo a demonstração do superendividamento do idoso como um fenômeno visível no Brasil, que acaba por gerar efeitos extremamente negativos na vida privada e no âmbito social. O trabalho busca conceituar a figura do superendividado e mostrar as consequências do superendividamento, apontando a existência de prejuízos tanto ao devedor, que já possui uma idade mais avançada, quanto à sociedade. É uma pesquisa qualitativa com base no método indutivo usando como técnica a revisão bibliográfica, análise de textos legais, artigos, livros e periódicos. Ao fim. Conclui que, por mais que o país tenha apresentado uma demora significativa na tomada de medidas protetivas para o consumidor superendividado, a promulgação da Lei nº 14.181/2021 transformou-se em um mecanismo de suma importância para a prevenção e o tratamento do superendividamento da pessoa idosa.

**Palavras-chave:** Consumidor; Idoso; Crédito; Superendividamento;

### **INTRODUÇÃO**

Por volta do ano de 1994, com a estabilidade da moeda brasileira e, ainda, a introdução do plano real, a oferta de crédito passou a ser mais significativa no Brasil. Assim, este mecanismo começou a compor o contexto orçamentário do instituto familiar como instrumento de gestão financeira.

A concessão de crédito sem critérios apropriados, aliado à ausência de educação financeira levou a população brasileira ao assombroso número de 70,9% das famílias brasileiras, consideradas endividadas. A maior proporção em 11 anos, segundo a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic).

Entre os fatores que fomentam o superendividamento, há a atuação abusiva dos fornecedores que facilitam a concessão crediária ignorando alguns pressupostos

---

148 Graduando no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, E-mail: pedro.paulo@fasec.edu.br

149 Advogada, Mediadora de Conflitos, Especialista em Direito do Consumidor, Professora Mestra na Faculdade Serra do Carmo. E-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br.

imprescindíveis, tais quais a condição do consumidor de quitar suas dívidas e, pior ainda, a pré-existência de outras inadimplências que possam gerar consequências ao sustento próprio das vítimas desse fenômeno.

Além disso, não se pode ignorar a presença de grupos sociais que são assolados por uma condição de hipervulnerabilidade maciça, o que, devido a condições físicas e até mesmo mentais, são os maiores prejudicados por essa relação de consumo abusiva. Nesse momento, a falta de informação adequada, o uso excessivo de publicidades e o abuso do direito dos fornecedores, tomam uma proporção de maior prejudicialidade quando se trata de figuras sociais como aquelas que possuem faixa etária mais elevada.

É notório que o endividamento é um contexto social característico da sociedade capitalista, o que acentua-se pela concessão excessiva de crédito. A consequência disso é o desencadeamento de problemas sociais de alta gravidade, que indubitavelmente necessitam de melhor análise e tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, entretanto, que o superendividamento nada mais é do que a incapacidade de adimplir da pessoa física, a qual começa a comprometer seus recursos financeiros e, conseqüentemente, a garantia do mínimo existencial ferindo os preceitos da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, observa-se uma reiterada falta de atenção, bem como preocupação tardia quando se trata da tutela dos direitos do consumidor hipervulnerável.

Nesse sentido, a presente pesquisa possui alta relevância quanto ao seu objeto de estudo, tendo em vista que trata-se de uma análise aprofundada do fenômeno do superendividamento do idoso e as possíveis maneiras de proteção dos direitos fundamentais destes indivíduos.

Isso significa que dentre as consequências sociais negativas apresentadas na prática atual, deve-se destacar a violação da dignidade da população idosa, que enfrenta as consequências do superendividamento, por vezes colocando o consumidor em má situação junto à agência de crédito e, assim, impedindo a inserção dessa pessoa no economia.

Apesar desse efeito direto, não se pode esquecer os muitos outros fatores indiretos envolvidos, como a desintegração da família, o rompimento de um vínculo matrimonial e o fato de, dependendo da causa da dívida, transforma-se como única forma possível do consumidor e sua família ganhar a vida, o que significa que as perdas incorridas como

resultado da perda da dívida são muito maiores do que aquelas refletidas na análise, pois a manutenção das condições essenciais ainda está em risco.

Diante disso, o estudo científico em tese preocupou-se em abordar o superendividamento com foco na figura da pessoa idosa, inicialmente tratando sobre o envelhecimento da pessoa idosa e o aumento das dívidas dessa faixa etária. Posteriormente, faz-se uma análise aprofundada acerca das causas e consequências desse cenário consumerista e, por fim, os mecanismos de tratamento e repressão que atualmente podem ser utilizados contra as circunstâncias apresentadas uma vez que, o assédio de consumo e fornecimento de crédito não responsável constituem um grande problema para a proteção do consumidor idoso.

Quanto à metodologia utilizada neste estudo, trata-se de pesquisa qualitativa baseada no método indutivo usando como técnica a revisão bibliográfica baseada na análise de texto legal, livros doutrinários, artigos científicos e periódicos acadêmicos.

Ao final, conclui-se que a presente situação tem sido matéria de discussão presente no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que além da preocupação do legislador no que se refere às medidas protetivas que podem ser tomadas para reverter o quadro alarmante do superendividamento que, tem prejudicado principalmente indivíduos caracterizados pela hipervulnerabilidade, há uma necessidade urgente da comunidade jurídica e a sociedade civil se mobilizar para a implantação dos mecanismos previstos na lei para o fim de prevenção e tratamento.

## **1. ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E AUMENTO DE DÍVIDAS DA PESSOA IDOSA**

Através de pesquisa realizada pelo Serviço de Proteção ao Crédito brasileiro, no mês de agosto de 2019 foi estimado um total de 4,3 (quatro vírgula três) milhões de idosos com dívidas ativas registradas, o que soma a um montante de 27% (vinte e sete por cento) da população total dessa faixa etária. Assim, foi possível perceber um crescimento de mais que o dobro da média em relação ao calculado no ano de 2014. Desse valor, a maior quantia pertence aos Bancos que somam uma quantidade de 47,26 % (quarenta e sete vírgula vinte e seis por cento) dessas dívidas relacionadas a idosos entre 64 e 94 anos.

A caracterização da pessoa idosa diferencia-se para países desenvolvidos e subdesenvolvidos, sendo que para os primeiros a Organização Mundial da Saúde (OMS), considera idoso o indivíduo com idade igual ou superior a 65 anos, e para os demais, os que possuem idade igual ou superior a 60 anos. Isso acontece devido à taxa de fecundidade inferior e a ascensão tecnológica, bem como ao maior acesso a recursos médicos, dos países desenvolvidos quando comparados aos subdesenvolvidos.



Essa faixa etária está sendo chamada comumente de idade prateada em alusão aos cabelos grisalhos, e o perfil dessa faixa da população tem se modificado ao longo dos anos. São pessoas que se aposentam, mas ainda se sentem ativos, portanto, são consumidores e movimentam a chamada “economia prateada”. Pessoas idosas com renda e tempo são alvo do mercado, assim, a economia comportamental busca traçar o perfil desses consumidores e as empresas tem investido cada vez mais em produtos específicos para essa faixa etária.

Historicamente, o envelhecimento populacional, conforme explica Carvalho e Garcia (2003) teve início na Europa Ocidental, no final do século XIX, expandindo para as demais nações até o século XX, atingindo uma maior esfera de alcance dos países subdesenvolvidos tal qual o Brasil.

Em artigo, profa. Cláudia Lima Marques, afirma que no Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem hoje 31,981 milhões de idosos (maiores de 60 anos), correspondendo a 15,4% de nossa população, sendo a população com mais de 80 anos já de 2,2%, correspondendo a 4,524 milhões de pessoas. No ano de 2018, o IBGE divulgou uma nova pesquisa sobre a projeção demográfica brasileira, que aponta o rápido e intenso processo de envelhecimento no país. Desde 2012, mais 4,8 milhões de pessoas passaram para a condição de idoso no Brasil e o crescimento deste grupo etário, em cinco anos, foi de 18%.

Atualmente o Brasil encontra-se em um cenário no qual o número de idosos está em crescimento, provocando, portanto, uma modificação na estrutura etária da população. Nesse sentido, de acordo com Johannes Doll (2015, s.p.), é possível destacar alguns fatores contribuintes ao envelhecimento do país, senão vejamos:

[...] Sob o ponto de vista demográfico, o envelhecimento populacional é resultado de dois fatores principais: o primeiro é a forte diminuição da taxa de fecundidade, que caiu de 6,2 filhos por mulher em 1960 para 1,8 filhos em 2012; o segundo é a diminuição da mortalidade infantil, que passou de 121% em 1960 para 15,7% em 2012. Tais fatores foram impulsionados por mudanças no campo social, educacional, cultural e da saúde, como a descoberta dos antibióticos, a criação das unidades de terapia intensiva e das vacinas, na metade do século passado, e as mudanças no estilo de vida, nos anos 1960. Com isso, a população brasileira envelheceu rapidamente nos últimos 50 anos, e o grupo das pessoas idosas aumentou de 4,7% (1960) para 12,6% (2012).

Segundo eles, a perspectiva é que, com esse contexto do aumento da longevidade, em 2060 mais de um terço da população brasileira será constituída por idosos. Dessa forma, a presença cada vez maior dos idosos na população brasileira representa, no âmbito das relações de consumo, um grupo ativo de consumidores com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), que merecem enfoque e proteção especiais, tendo em vista trata-se de indivíduos que possuem certo caráter vulnerável, independentemente de outros critérios como escolaridade, faixa de renda ou gênero.

Diante dessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor fundamenta-se no princípio da vulnerabilidade, que está previsto no artigo 4º, inciso I, que estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1990, s.p.)

Já nas explicações de Bruno Miragem (2014, p. 147):

[...] Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. [...] A noção de vulnerabilidade do direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.

Ressalta-se, portanto, a presença da chamada hipervulnerabilidade que caracteriza-se por uma condição de vulnerabilidade intensificada, tal qual se observa na população idosa. Assim, conforme defende o autor, é possível identificar a vulnerabilidade do consumidor idoso através de dois aspectos:

[...] a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação comercial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação a seus fornecedores. (2014, p. 128)

Sendo assim, o primeiro ponto trata-se do uso da condição ou falta de compreensão do idoso para coagi-lo a consumir produtos e serviços sem o devido entendimento, enquanto o segundo relaciona-se à necessidade que esse indivíduo possui sobre produtos ou serviços específicos, colocando-o como dependente dos fornecedores.

Isto posto, constata-se que a vulnerabilidade é considerada um princípio no âmbito do direito do consumidor, mesmo presuntivo, dada a vulnerabilidade dos consumidores em relação aos fornecedores. Além disso, é possível observar ainda que o Direito do Consumidor concede proteções particularizadas a determinados grupos de consumidores que, em razão de possuírem determinadas particularidades, requerem tutela e proteção distintas devido à presença de características que os tornam mais vulneráveis, a chamada hipervulnerabilidade, como é o caso da pessoa idosa, objeto deste estudo.

O Código de Defesa do Consumidor cuida da proteção contra o assédio de consumo como o gênero para todas as práticas comerciais agressivas, que limitam a liberdade de escolha do consumidor, considerando o prevalescimento “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social” (Art. 39, IV).

Dessa maneira, resta evidente que a pessoa idosa necessita de uma tutela mais intensa e eficaz que possa ser eficiente contra fornecedores que se aproveitam da sua condição de vulnerabilidade para pressioná-los a consumir determinado produto ou serviço, sobretudo aqueles relacionados a créditos e até mesmo contratos assistenciais de saúde.

## **2. CAUSAS DE ENDIVIDAMENTO DA PESSOA IDOSA**

Conforme anteriormente destacado, quando trata-se das possíveis causas do superendividamento, insta salientar que inexistente fator único que justifique o crescimento desse cenário no país uma vez que é visível a presença de inúmeros aspectos a serem analisados que podem levar o consumidor a esse tipo de condição. Ademais, a apresentação dessas chaves contribuintes ao crescimento incontrolável de dívidas ativas é apenas um exemplo, considerando que não é plausível agregar qualquer taxatividade a respeito do tipo de dívida, quando se trata do superendividamento.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) dispõe em seu artigo 6º, inciso III, sobre o direito básico do consumidor. *In verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.47) determina que o direito à informação é um dos mais intrínsecos e basilares do direito consumerista, sendo que também correlaciona-se com os princípios da transparência e da vulnerabilidade, possuindo como objetivo principal a garantia do livre exercício de escolha aos consumidores.

[...] além de informar ao consumidor (dever de informar) e de esclarecê-lo (dever de esclarecer), tem o fornecedor especialista, diante de um consumidor não especialista, o dever de aconselhá-lo e orientá-lo (dever de aconselhamento), o que significa dotar o consumidor de todas as informações e indicações necessárias, bem assim a posição crítica do especialista, para que possa escolher entre as diversas opções que lhe apresentam.

Nessa perspectiva, deverá ocorrer a oferta de informação de maneira adequada e sem falsas afirmações, ou seja, deve haver o esclarecimento do consumidor no que se refere ao aceite e uso de quaisquer produtos ou serviços. Ressalta-se que Cavalieri ainda explica quais são os componentes da informação adequada, sendo eles: "a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo; c) eventuais consequências e riscos da contratação" (2011, 49).

Portanto, este princípio nada mais é do que um direito fundamental do consumidor e uma obrigação do fornecedor, o qual deve assegurar a liberdade de escolha destes indivíduos, que podem optar ou não por escolher determinadas ofertas a partir das informações que lhes são fornecidas.

Acontece que nem sempre os consumidores dispõem de todas as informações de que necessitam para se pronunciar sobre determinado contrato, apesar dos direitos do consumidor e do dever de informar do fornecedor, essenciais à liberdade de escolha.

Além disso, muitos consumidores não têm as informações necessárias, muitas vezes devido a burocracias volumosas ou prorrogações de contrato, de modo que o contrato pode se tornar um grande problema para os consumidores no futuro. Infelizmente, isso geralmente acontece com consumidores extremamente vulneráveis, como por exemplo, a pessoa idosa.

Isso acontece porque as informações detidas pelos fornecedores não são adequadamente repassadas ou, muitas vezes, até inexistentes ou falsas, visto que seu

objetivo principal é se aproveitar da condição de hipervulnerabilidade, promovendo um verdadeiro assédio de consumo.

A pessoa idosa, por sua vez, em muitos momentos é incapaz de compreender até mesmo informações básicas, o que pode fazer com que deixem de analisar os riscos tanto sociais, quanto financeiros (superendividamento) e até mesmo levando a riscos à sua saúde física ou mental, ponto importante que será melhor abordado mais à frente.

É nesse sentido que apontamos a falta de informação como um dos fatores que contribuem para o superendividamento, tendo em vista que sem a informação necessária e suficiente o consumidor não pode fazer julgamentos sensatos sobre seus contratos e, se for o caso, a ponto de não conseguir cumprir as obrigações acordadas, criando uma situação em que a dívida se acumula e leva a um endividamento excessivo. Para os consumidores mais velhos, essa abordagem do direito à informação torna-se mais sensível e necessária devido às características específicas dessa faixa etária e sua elevada vulnerabilidade.

Outro fator de contribuição direta ao superendividamento desses indivíduos nada mais é do que a oferta de crédito e as condições especiais de incentivo e facilidade que designam ao seu consumo. Conforme anteriormente destacado, o consumo e o crédito estão diretamente ligados.

Nesse ponto de vista, Elisabete Araújo Porto (2015, s.p.) aduz:

[...] Essa expansão do crédito é resultado de campanhas mais incisivas na oferta deste serviço, promovidas pelos bancos, embora com maior seletividade em relação ao tomador. A carteira se diversificou e produtos de massa, com ou sem segmentação específica, como o crédito direto ao consumidor e o empréstimo consignado, surgiram ou foram regulamentados, tornando o mercado de crédito muito atrativo para seus atores.

Perante esta terrível situação de consolidação de dívidas, com a intenção de utilizar e dar sem cautela, surge o endividamento excessivo do consumidor, devido à instabilidade financeira provocada pelo sobre-endividamento.

Além da hipervulnerabilidade do consumidor, existe a atitude do fornecedor, no caso as instituições financeiras, de não informar o consumidor de forma adequada, principalmente, no que diz respeito aos riscos e obrigações contratuais. Nesse sentido,

conforme mencionado no artigo anterior, a falta de conhecimento pode ser um fator de endividamento para consumidores mais velhos.

Portanto, nota-se que a facilidade e motivação para obtenção de crédito, além da hipervulnerabilidade do consumidor idoso e a ausência ou omissão de informações por parte das instituições financeiras, principalmente informações sobre riscos e responsabilidades decorrentes da solvência, são fatores muito importantes que estimulam os consumidores idosos a enfrentarem a condição do superendividamento.

### **3. CONSEQUÊNCIAS DO SUPERENDIVIDAMENTO PARA O IDOSO**

É evidente os efeitos que o superendividamento causa na vida econômica e financeira da sociedade, isso porque essa situação se espalha em razão da dificuldade que o consumidor encontra para pagar suas dívidas atuais e futuras, aumentando o endividamento e, conseqüentemente, também os custos.

Como visto anteriormente, existem grupos sociais que, por natureza, parecem estar em maior risco de processos de endividamento induzidos pela folha de pagamento. No caso dos consumidores mais velhos, a situação é pior porque, dada a realidade brasileira, essas pessoas passam muitos anos de seu trabalho árduo, com restrições financeiras para obter bens permanentes, quando finalmente se aposentam e desfrutam de uma vida tranquila, são coagidos a acreditar que a dívida é um meio para realizar seus sonhos e aspirações.

É nesse cenário social que as instituições financeiras aproveitam e passam a fornecer linhas de crédito sem oferecer as informações necessárias que possam tornar o contrato de empréstimo compreensível, o que gera um desconhecimento do impacto de um contrato firmado, que na maioria das vezes acaba por comprometer grande parte da sua renda com descontos excessivos diretamente na folha de pagamento.

O que não se expõe é que esse jogo de cintura que os fornecedores possuem pode levar o idoso a enfrentar conseqüências extremamente negativas. Ora, com o comprometimento da sua renda, toda a sua qualidade de vida, bem estar social, saúde e lazer restam comprometidos. Imperioso destacar ainda que a figura do idoso é a mais carente de cuidado tanto em relação à saúde mental, quanto física e cuidados diários.

Portanto, é fácil ver as conseqüências da venda de crédito indiscriminadamente, não só para os consumidores, mas também para a sociedade como um todo, pois o que proporcionaria o início da inclusão social pode ter um efeito prejudicial, do qual se rebelaram e com a apoio de sua família em risco. Resta esclarecer que aliada à oferta excessiva também está a entrega sem pedido de cartão de crédito consignado, o que é



uma abertura para a ocorrência de inúmeras fraudes usando o CPF e até mesmo assinatura ilegítima de pessoas idosas.

Outra consequência perceptível da oferta demasiada de crédito aos idosos, é o elevado número de diligências a serem respondidas nos tribunais. O consumidor idoso precisa buscar o apoio dos órgãos de defesa do consumidor ( PROCON, DPE, MPE) para acionar o judiciário muitas vezes para regularizar questões de débitos, cancelamentos de cartões não solicitados e muitas outras situações. Quanto ao famigerado cartão de crédito consignado, vale conhecer alguns julgados:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL DE EMPRÉSTIMO/CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO EM FOLHA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRÉSTIMO. PRESTAÇÕES DEBITADAS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO CONSUMIDOR/IDOSO. COBRANÇA QUE ULTRAPASSA AS PARCELAS PACTUADAS. SUPERENDIVIDAMENTO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BOA-FÉ CONTRATUAL. NULIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. POSSIBILIDADE. ART. 42, DO CDC. APLICAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. REFORMA DA SENTENÇA. I- De acordo com a legislação consumerista, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é objetiva, devendo o mesmo responder pelos riscos de sua atividade, independentemente de dolo ou culpa. II- Tendo sido violado o direito básico de informação do consumidor, conforme os preceitos contidos no art. 6º, III, CDC, e não tendo ainda, o Apelado, observado o dever de boa-fé a que estão adstritos os contratantes, ocorreu falha na prestação de serviço e o consentimento do apelado foi destinado à celebração de um empréstimo consignado. III- Não obstante o Apelante, em sua boa-fé, acreditar que contratou um empréstimo consignado com o Apelado, com prazo determinado, foi formalizado um contrato de cartão de crédito, em que apenas o valor mínimo do débito era devidamente quitado por meio do desconto consignado em seu benefício previdenciário, e recaiam os encargos inerentes ao crédito rotativo sob o restante do débito. Tal situação implica na incidência de juros do cartão e juros contratados no empréstimo, gerando, assim, uma situação de impossibilidade de pagamento, ou seja, superendividamento. IV- Instituição financeira, que permite a

contratação de empréstimo de forma híbrida, como a entabulada, impossibilitando o pagamento integral da dívida pelo consumidor, viola a boa-fé contratual, além de agir de forma negligente com o consumidor hipossuficiente e idoso, impondo-se a nulidade do contrato. V- É de responsabilidade do banco recorrido arcar com os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais experimentados pelo consumidor, já que as mencionadas violações comprovam a falha na prestação do serviço, sendo irrelevante que tenha agido com ou sem culpa (art. 14 do CDC). VI-Evidenciados os descontos superiores às parcelas que entendia contratadas, na conta bancária do consumidor, é de ser reconhecido o dever do Réu suspender os referidos descontos e restituir-lhe, em dobro, os valores cobrados, indevidamente da sua remuneração, nos termos do artigo 42, do CDC. VII-O flagrante desconto indevido no benefício previdenciário do Autor, face à má prestação dos serviços do fornecedor, suprimindo-o o direito de acesso à renda de natureza alimentar, configura a causa dos danos morais, que, devidamente comprovados, tornam-se passíveis de indenização. VIII- Evidenciada a ocorrência do ato ilícito, donexo causal e do dano, é de ser condenado o ofensor a indenizar o ofendido, por danos morais, tendo como objetivo apenas minimizar a dor e a aflição suportada pela parte prejudicada, devendo ser fixada dentro dos padrões de razoabilidade, para que não acarrete enriquecimento ilícito. Portanto, fixa-se o quantum indenizatório de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). IX- Ante a reforma da sentença, as custas processuais e honorários advocatícios, no percentual de 15% (quinze por cento), sobre o valor da condenação, devem ser arcados pelo Apelado, em consonância com os parâmetros previstos no artigo 85, § 2º do CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Classe: Apelação, Número do Processo: 0502626- 11.2016.8.05.0146, Relator (a): Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 21/03/2018 ) (TJ-BA - APL: 05026261120168050146, Relator: Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 21/03/2018)

É visível, diante destas jurisprudências, que os Tribunais tem decidido pela tutela e garantia do mínimo existencial do devedor e, ainda, dos seus familiares, com o intuito de estimulá-los a quitar as dívidas contraídas de imediato. Ainda, há um consenso jurisdicional que defende o limite máximo de 30% de descontos na folha de pagamento dos empréstimos contraídos.

Entretanto, conforme anteriormente mencionado, são inúmeros os fatores que dificultam o acesso do idoso à justiça, sendo que quando possível, em razão da demora muitos vem a falecer antes mesmo de quitarem seus débitos ou reaverem possíveis créditos em razão de fraude. Nessa perspectiva, urgente é a implementação de um mecanismo de tratamento e prevenção que possam fornecer uma melhor proteção a essa esfera da sociedade, assunto que será abordado no próximo capítulo.

#### **4. INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E TRATAMENTO APRESENTADAS PELA LEI Nº 14.181/2021**

Diante de todo o exposto, apesar de ser perceptível a preocupação tardia do Brasil em relação ao superendividamento, ainda assim, nota-se a postura do legislador em buscar medidas administrativas e jurídicas que procuram confrontar esse cenário marcado pelo aumento de dívidas ativas. A exemplo disso, destaca-se o Projeto de Lei do Senado Federal nº 283/2012, construído por uma Comissão especializada em direito do consumidor. Anteriormente em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3.515/2015, após deferimento em 1º de julho de 2021, passou a receber a nomenclatura de Lei nº 14.181 “Lei Cláudia Lima Marques”, a qual modifica o Código de Defesa do Consumidor e também o Estatuto do Idoso em relação a matéria de prevenir e tratar o superendividamento.

As principais contribuições da Lei, que alteram os regulamentos do CDC e dos idosos, incluem o seguinte. Originalmente, vale ressaltar que os incisos IX e X foram incluídos no artigo 4º do CDC, que tinha o objetivo de promover ações relacionadas à educação financeira e ambiental do consumidor, prevenir e tratar o excesso de endividamento e, ainda evitar a exclusão social dos consumidores. (BRASIL, 2021)

Em outras palavras, pensava-se que a intenção original era prevenir o superendividamento da população por meio da educação do consumidor e visava evitar que os consumidores fossem superendividados e, portanto, excluídos socialmente. No artigo 5º, incluindo os incisos VI e VII, pode-se observar o estabelecimento de mecanismos de prevenção e proteção ao consumidor do superendividamento, bem como a criação de centros de mediação e arbitragem de conflitos decorrentes do superendividamento. (BRASIL, 2021)

Em complemento aos acordos extrajudiciais e novas possibilidades de renegociação, o artigo 6º, ao incluir o inciso XI, propõe a ideia de manter o mínimo existente por meio de revisão e renegociação de dívidas, além de outras medidas que poderiam ser utilizadas para lidar com situações de superendividamento. (BRASIL, 2021)

Já o artigo 104-A, traz a importante previsão de que o juiz pode instaurar processo de repactuação de dívidas, quando reivindicado pelo consumidor superendividado, fazendo uso de audiência de conciliação contando com a presença de todos os credores para atestar a apresentação do consumidor de plano de pagamento, respeitando o mínimo existencial e, ainda, dentro do prazo limite de 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2021)

No entanto, essa não é a maior inclusão da Lei do Superendividamento, uma vez que, com a criação do capítulo VI-A no CDC, o dispositivo trouxe à luz a prevenção desse fenômeno para a pessoa natural, além de dispor também sobre a educação financeira e o crédito responsável.

Assim, nos termos do artigo 54-A, §1º, fica definido o superendividamento como a impossibilidade do consumidor de boa-fé de quitar totalmente suas dívidas, sem que possa comprometer o mínimo existencial, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2021)

Posteriormente, o artigo 54-B estabelece uma série de informações importantes que o fornecedor deve apresentar aos consumidores em termos de concessão de crédito e parcelamento de vendas (além das obrigações contidas no artigo 52 do CDC), tais como: componentes descritivos; a taxa de juros mensal efetiva, a taxa de juros de mora e o valor total das despesas, de qualquer natureza, previstas para mora; o valor das parcelas e o prazo de habilitação da oferta, que deve ser de, no mínimo, 2 (dois) dias; nome e endereço eletrônico e residencial do fornecedor; o direito do consumidor de pagar a dívida tempestivamente e sem risco de onerosidade. (BRASIL, 2021)

A Lei 14.181/2021 evidencia o objetivo claro de proteger o consumidor frente a ofertas litigiosas, visando reprimir o uso de mecanismos de fornecimento ardiloso de serviços, crédito, bens ou produtos. Dessa forma, com base na apresentação das principais alterações propostas pela Lei nº 14.181/2021, é notório que a sua aprovação foi um grande avanço quando trata-se da busca de instrumentos de prevenção e tratamento do superendividamento, constituindo um marco para a defesa desses indivíduos.

Isso acontece porque uma pessoa superendividada, quando em casos extremos, perde sua capacidade de uso e, conseqüentemente, perde sua dignidade pela incapacidade de administrar suas despesas e necessidades, mesmo que sejam básicas. Além das já mencionadas alterações no CDC, vale destacar a alteração da Lei do Idoso, onde se verificou que a negação de dívida induzida por dívida de adulto não é crime, o que se espera que contribua para o combate do endividamento e proteção da fonte de renda utilizada na garantia de alimentos e medicamentos. (BRASIL, 2021)

Isto posto, por mais que não haja uma maneira absoluta e plena de proteção do consumidor, a aprovação da Lei do superendividamento representa, além de considerável

avanço na tutela do consumidor natural, bem como dos hipervulneráveis, um marco inicial na defesa de direitos e princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, tal qual a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2021)

A Lei Federal 14.181/21 entrou em vigor no dia 1º de julho de 2021, e ficou conhecida como Lei Cláudia Lima Marques, em homenagem a esta ativista do direito do consumidor no Brasil. Esta lei cria mecanismos para consumidores que não conseguem pagar suas prestações de empréstimos ou de compras no crediário. Trouxe uma grande inovação que é a renegociação das dívidas em bloco. Trata-se de uma possibilidade para o consumidor de boa fé regularizar sua vida financeira, sair da margem do mercado e garantir o mínimo para sua sobrevivência enquanto paga o débito.

## **CONCLUSÃO**

Foi possível concluir, através deste estudo, que existem inúmeros fatores de contribuição para o superendividamento da pessoa idosa, dentre eles, a oferta irresponsável de crédito e a dificuldade de compreensão nas contratações, afetando não apenas o consumidor idoso, mas toda a sociedade.

O consumidor idoso muitas vezes não possui o conhecimento necessário acerca dos riscos contratuais, mas muitas vezes não recebe as orientações necessárias para a possibilidade de escolha da aquisição ou não do crédito e, conseqüentemente pactua com obrigações altamente onerosas de difícil adimplência.

Compete afirmar, portanto, que o cenário crescente do superendividamento só pode ser solucionado mediante modificações estruturais na mentalidade do consumidor brasileiro, seja pela oferta de educação financeira, seja pela informação adequada por parte do fornecedor.

A cultura do consumo, os anúncios atraentes as estratégias de marketing que levam a aquisição por impulso ou por acreditar ser uma grande vantagem, agrega uma situação repleta de conseqüências negativas para a vida das pessoas superendividadas e de todos ao seu redor. Este é um problema que tem de ser identificado, corrigido e resolvido.

Além de toda estratégia para coagir os idosos a consumirem o que quer que possa ser de seu interesse, os fornecedores se valem também de um mecanismo facilitador de aquisição do crédito, a fim de coibi-los a recorrer a esse tipo de contratação com demasiada facilidade. Conforme anteriormente constatado, o maior índice de contratações no Brasil são os empréstimos ou créditos consignados, que permitem descontos diretos

nas folhas de pagamento, o que contribui para o comprometimento da renda dos aposentados, chegando a um nível em que pode danificar o acesso destes a itens básicos da vida, como a saúde e os alimentos e, ainda, impossibilitar a quitação dessas obrigações.

Ressalta-se que, o limiar de toda essa problemática origina-se da redução dos rendimentos da pessoa idosa em decorrência de necessidades imprescindíveis que surgem devido à idade e, conforme mencionado, no ato contínuo de consumir sem a informação devida. Dito isso, é imperioso buscar um novo posicionamento quanto à proteção dessa parcela social mais vulnerável, uma vez que é preciso garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, o ordenamento jurídico tem optado por desenvolver novos instrumentos de proteção e tratamento, tal qual a Lei nº 14.181/2021 que altera o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, com o objetivo de tutelar a oferta do crédito ao consumidor, valendo-se da inserção de meios de prevenção e mediação judicial e extrajudicial com o intuito de assegurar os direitos fundamentais. Este dispositivo veio para garantir a devida informação quanto a oferta de crédito, além do acesso a uma educação financeira de qualidade, mecanismos estes que possam contribuir para a prevenção e o tratamento do cenário socialmente imposto pelo superendividamento.

Dessa feita, o presente estudo traz luz à necessidade de utilização dos preceitos trazidos pela Lei do superendividamento, no que diz a prevenção e tratamento para minimizar essa grande problemática da sociedade brasileira que é o alto índice de endividamento sobretudo das pessoas idosas, considerando ainda, que a maioria são aposentados e pensionistas usuários de crédito consignado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp: 190860 MG 1998/0074036-8. Terceira Turma. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8090892/recurso-especial-resp-190860-mg1998-0074036-8-stj>.> Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível**. Acórdão n.896906, 20140110628303APC. Primeira Turma Cível. Relator: Desembargador Alfeu Machado, Brasília, 09 de outubro de 2015. Disponível em: > <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> <. Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível**. Acórdão n.º 793664, 20100710331636APC. Sexta Turma Cível. Relator (a): Desembargadora Ana Cantarino, Brasília, 3 de junho de 2014. Disponível em:< <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 27 mai. 2022.



BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 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: 23 mai. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm). Acesso em: 24 mai. 2022.

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: 27 mai. 2022.

CARVALHO, José Alberto Magno; GARCIA, Ricardo Alexandrino. **O envelhecimento da população brasileira: um enfoque demográfico**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/wvqBNvKW9Y8YRqCcjNrL4zz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 24 mai. 2022.

DOLL, Johannes, Anne Carolina Ramos, Caroline Stumpf Buaes. **Educação e envelhecimento**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/edreal/a/WrPpB3Wb7CDYjccZJVYRB8z/?lang=pt>. Acesso em: 25 mai. 2022.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Crédito ao consumidor e o superendividamento: uma problemática geral**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 109-115 de jan./mar. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176377> . Acesso em: 30 mai. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em: 28 mai. 2022.

MARQUES, C. L.; BARBOSA, F. N. **A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora?**. *civilistica.com*, v. 8, n. 2, p. 1-26, 9 set. 2019.

MELO, Louise Gabrielle Esteves Soares. **O superendividamento do consumidor idoso: uma análise da hipervulnerabilidade, do direito à informação e do consumo de crédito**. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11617/1/51400044.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 5. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Elisabete Araújo. **Evolução do crédito pessoal no Brasil e o superendividamento do consumidor aposentado e pensionista em razão do empréstimo consignado**. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/bitstream/tede/4428/1/arquivototal.pdf> . Acesso: 30 mai. 2022.

RIZZATO, Nunes. **Curso de Direito do Consumidor**. Disponível em: <https://solicitacao.com.br/files/conteudo/48/curso-de-direito-do-consumidor---rizzatto-nunes---2018.pdf>. Acesso: 30 mai. 2022.

SANTOS, Caroline Grassi, OLIVEIRA, Andréa Amorim, SOUZA, Monique Valadares de Araújo, TEIXEIRA, Kalyne do Monte, ALVES, Maurilho Cavalcanti. **O superendividamento de idosos e consumidores de boa-fé na sociedade contemporânea brasileira**. Disponível em: <http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=2013EAD1&page=article&op=view&path%5B%5D=8539&path%5B%5D=4201>. Acesso em: 26 mai. 2022.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Apostila de Direito do Consumido. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/bitstream/tede/4428/1/arquivototal.pdf> . Acesso: 26 mai. 2022.

## **A PERSPECTIVA DAS ELEIÇÕES AO LONGO DO TEMPO NO BRASIL E AS INOVAÇÕES DO FINANCIAMENTO ELEITORAL**

**HUGO VICTÓRIO LOPES CAMPOS:**  
Bacharelando em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo <sup>150</sup>

LILIANE DE MOURA BORGES<sup>151</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** As eleições no Brasil passaram por diversas mudanças ao longo do tempo, e conseqüentemente a legislação eleitoral também sofreu alterações. O objetivo geral da pesquisa é analisar como ocorre o processo eleitoral no Brasil sob a ótica do arrecadamento de recursos em campanhas e as novas formas de financiamento eleitoral. Em relação ao objetivo específico busca-se a partir dessa investigação examinar se as eleições estão ocorrendo de forma a atender a democracia vigente no país e como os candidatos e partidos políticos influem nesse processo. A justificativa do trabalho é entender de que maneira os candidatos buscam o financiamento para suas respectivas campanhas. O método utilizado na pesquisa foi a revisão bibliográfica baseada em livros doutrinários, textos legais e artigos de periódico. Ao final do trabalho conclui-se que as alterações nas legislações eleitorais beneficiam os grupos minoritários no que tange a distribuição de fundos para as campanhas.

**Palavras-chave:** Fundo eleitoral; campanha eleitoral; financiamento; arrecadação.

### **INTRODUÇÃO**

Diante de vários cenários eleitorais no Brasil ao longo da sua história é relevante entender como funciona o processo eleitoral e o financiamento das campanhas eleitorais. Em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos se questionam em relação ao papel da democracia nas eleições e se ela realmente tem eficácia plena e abrange a todos. A população necessita compreender como o dinheiro público é aplicado no âmbito eleitoral e de que forma ele é gerido.

---

150. E-mail: hugo-vic2008@hotmail.com

151Liliane de Moura Borges. Advogada. Mediadora de Conflitos. Professora Mestra do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo/TO. E-mail: lilianeborges@fasec.edu.br

O poder financeiro influencia diretamente nas eleições, e um dos meios de financiamento de campanhas eleitorais é o Fundo Especial de Financiamento de Campanha ou popularmente chamado de Fundo Eleitoral, regulado pela Lei nº 9.504/97. Esse Fundo tornou-se crucial para a lisura das eleições.

É essencial a participação popular no sistema eleitoral, pois através do dinheiro público são financiadas parte das campanhas. É importante os cidadãos compreenderem a distribuição desses recursos entre os partidos políticos e sua aplicação na prática.

O objetivo do trabalho é compreender como funciona o processo eleitoral e a arrecadação de recursos pelos partidos políticos e candidatos e conhecer quais são os requisitos legais em cada modalidade de arrecadação de recursos e compreender de que modo isso impacta no processo eleitoral. A pesquisa é qualitativa com abordagem descritiva e será realizada com base no método de revisão bibliográfica, descrevendo os objetivos e instrumentos baseados nos dispositivos legais, identificando e correlacionando os dados da pesquisa. O artigo está baseado em textos legais, livros doutrinários, informe jurisprudencial, periódicos e revistas.

No primeiro capítulo será abordado o histórico das eleições, seu propósito e como ela impacta a democracia. Já no segundo capítulo será analisado o Fundo Eleitoral e sua influência no resultado das eleições. No terceiro capítulo será avaliado a arrecadação de recursos em campanhas eleitorais. E então, no quarto capítulo o propósito será compreender os requisitos e o histórico da prestação de contas eleitorais, a origem do crédito e as dívidas dos candidatos e partidos políticos. No quinto capítulo será explorado a evolução da prestação de contas eleitorais no decurso do tempo e os débitos eleitorais. Por fim, o presente trabalho considera que a eleição é um mecanismo que efetiva a democracia, e que qualquer ato que contrarie as normas legais deve ser devidamente apurado e os responsáveis penalizados.

## **1. ELEIÇÕES**

As eleições representam a forma concreta em que democracia pode ser exercida pelo povo. As primeiras eleições no Brasil, em 1532, ocorreram na Vila de São Vicente, para eleger representantes do município. O voto era censitário, ou seja, o direito ao voto era conforme a renda da população. No Brasil foram realizadas eleições pelo sistema indireto, no Período Imperial, na República, algumas eleições presidenciais e estaduais também foram indiretas.

A votação é efetuada de forma secreta desde 1932, e as versões da lei eleitoral brasileira são regularmente revisadas e regulamentam desde o registro dos eleitores, a

apuração dos votos, a fiscalização e a participação partidária, propaganda eleitoral e os definidos crimes eleitorais. Nessa época, sob o regime de governo de Vargas, houve avanço no sistema eleitoral brasileiro, com a participação popular nas eleições. (Laurentiis e Bianchi, 2019, p.150).

Com o passar do tempo e as mudanças sociais, alguns grupos adquiriram direito ao voto, como as mulheres em 1932 e os maiores de 16 anos e analfabetos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa mesma data “nasce” a Justiça Eleitoral que através do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) regulamenta as eleições.

Em meio a consideráveis mudanças no sistema eleitoral, o Brasil vem se consolidando como um dos países com sistema de votação mais seguro do mundo. Atualmente, analisando as campanhas eleitorais, na prática se percebe que no momento em que são anunciados os candidatos que irão concorrer a disputa eleitoral se inicia de fato, uma longa “batalha” entre candidatos e partidos políticos, com o objetivo de consolidarem suas respectivas ideologias. Desse modo, muitas vezes a campanha daquele que almeja um vaga na política é projetada com o objetivo de prejudicar os adversários, expondo notícias duvidosas ou até mesmo falsas em relação aos mesmos com o intuito de causar danos à imagem deles, ao invés de apresentar seus próprios projetos de campanha para o eleitorado.

Atualmente as redes sociais tornaram-se um instrumento das campanhas eleitorais. Desse modo, muitos candidatos e partidos vêm aderindo a este meio para divulgarem suas campanhas, obter apoiadores e conseqüentemente os votos. Na democracia brasileira, por exemplo, existem candidatos e partidos políticos que utilizam as mídias sociais para fazer suas respectivas campanhas, contratando influenciadores digitais, com o propósito de disseminar sua ideologia política. (JARDELINO, CAVALCANTI e TONIOLO, p.2, 2020)

O propósito principal de uma campanha eleitoral é influenciar os eleitores a acreditarem e apoiarem as ideias de certo candidato ou partido conquistando desse modo seu voto. Essa persuasão acontece mediante a apresentação de projetos de governo e soluções para os problemas recorrentes no meio social. Geralmente os assessores e consultores de marketing político cuidam do planejamento da campanha, e usam todos os recursos disponíveis para eleger seu candidato. Segundo Carneiro e Silva, (2012, p.118):

O marketing político é sempre uma ação interessada em favor do candidato, mas tem no eleitor a fonte de sucesso, uma vez que cabe ao eleitor avaliar o candidato conforme a sua forma particular de votar. Cabe ao eleitor avaliar a postura do candidato, suas propostas, seu caráter, seus interesses, seu plano de governo, entre outros fatores que podem ser considerados de importância sob seu ponto de vista.

Nesse período eleitoral os cidadãos são estimulados a escolher um “lado partidário”, por influência dos meios de comunicação, redes sociais e debates entre amigos e familiares. A campanha deve ocorrer de forma democrática e compete à legislação eleitoral, limitar e definir o período em que vai ocorrer esse evento. A competência para legislar sobre matéria eleitoral é privativa da União, conforme o artigo 22, I da Constituição Federal:

Durante esse período o eleitor é constantemente “bombardeado” por diversas informações pela mídia a qual em muitas ocasiões não cumprem seu papel fundamental que é informar a população, e além disso, muitos canais de comunicação como rádios e redes sociais se dividem e rivalizam em razão de uma ideologia política e até mesmo por interesse financeiro e transmitem as notícias de uma forma desvirtuada para a população. Um provérbio popular que se encaixa nesse contexto diz “quem tem a informação tem o poder”, e o eleitor que busca as informações verídicas e não é seduzido pelas *fake news* pode contribuir para a escolha dos representantes capazes de governar para o povo e não para apenas um pequeno grupo social.

O processo eleitoral vai além do que simplesmente a escolha dos representantes políticos, ele deve cumprir um trâmite democrático para que as eleições sejam isonômicas e a vontade popular prevaleça. Para que isso ocorra, além das leis que regulam os eventos durante o período eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dispõe de resoluções para regulamentar as eleições, dentre elas trata do prazo de registro de candidatura, do Fundo especial de financiamento de campanha (FEFC), e da arrecadação e gastos de recursos e prestação de contas nas campanhas eleitorais.

Nas eleições que serão realizadas em 2022 o prazo máximo para o registro de candidatura é até o dia 15 de agosto, conforme calendário eleitoral previsto pelo Tribunal Superior Eleitoral. A campanha é realizada pela propaganda eleitoral, pois através dela o eleitor vai refletir sobre as propostas dos candidatos e conseqüentemente escolher a que mais se identifica com ele. Esse é o momento em que aqueles que pretendem representar o povo tem de mostrar suas ideias e planos para resolver problemas sociais, melhorar a



qualidade de vida da sociedade, resolver problemas pontuais como crise econômica e sanitária, e contribuir com o desenvolvimento do país. Em vista disso, é imprescindível que os candidatos usem de maneira produtiva o tempo disponível para a propaganda partidária.

A boca de urna é um crime eleitoral, e ocorre em período de campanha eleitoral desde os tempos da chamada República Velha. A boca de urna era praticada por meio do voto de cabresto em que grandes oligarcas e coronéis coagiam os eleitores no local de votação. Atualmente, caracteriza-se a boca de urna qualquer propaganda realizada por um indivíduo no dia da eleição com objetivo de convencer o eleitor a votar em determinado partido ou candidato conforme disposto na lei eleitoral.

No Brasil o poder econômico influencia em todas as áreas ou negócios e na política não é diferente, uma vez que são recorrentes as notícias na mídia de candidatos abastecendo os carros dos eleitores, entregando cestas básicas para pessoas carentes ou até mesmo distribuindo dinheiro em troca dos votos dos eleitores. Esse tipo de ação deve ser amplamente combatido, uma vez que a democracia deve prevalecer nas campanhas, e os candidatos e partidos devem ficar atentos às normas eleitorais, conforme Carneiro e Silva (2019, p.5).

A prestação de contas busca assegurar a transparência e responsabilidade na gestão pública, garantir a defesa dos recursos públicos, e manter a população devidamente informada sobre os gastos públicos. A prestação de contas deve ser feita por todos candidatos, seus vices, suplentes, e dos diretórios partidários nacionais e estaduais, em conjunto com seus respectivos comitês financeiros, se constituídos. Essa é uma medida que garante a transparência e a legitimidade da atuação partidária no processo eleitoral. Para Pasold e Schlickmann (2019, p.65) quando são normatizadas as disputas eleitorais os candidatos e partidos não devem se abster do dever de prestar contas à Justiça Eleitoral da quantidade de recursos arrecadados, além dos gastos em campanhas.

O candidato que renunciar à candidatura, dela desistir, for substituído, ou tiver seu pedido de registro indeferido pela Justiça Eleitoral deverá prestar contas correspondentes ao período em que participou do processo eleitoral, mesmo que não tenha realizado campanha. Se houver dissidência partidária, os dissidentes também deverão prestar contas.

## **2. FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA (FEFC)**

O poder financeiro sempre influenciou nos resultados das eleições no Brasil, principalmente através de grandes doações de empresas para candidatos em troca de favores caso o mesmo consiga se eleger. Com a introdução da Reforma Eleitoral, a Lei da eleições 9504/97 não prevê mais a doação de recursos por pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. Isso foi um grande avanço no combate à desigualdade entre partidos e candidatos no cenário eleitoral, além disso fortaleceu a democracia em um sentido material.

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, habitualmente chamado de fundo eleitoral ou fundão, surgiu em 6 de outubro de 2017 pelas Leis n.º 13.487/17 e 13.488/17. A criação do fundo veio com objetivo de auxiliar financeiramente os partidos políticos após a decretação do fim de doações de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. O dinheiro que compõe o fundo eleitoral, advém das verbas públicas da União e a sua distribuição acontece apenas em ano eleitoral. Os recursos são distribuídos da seguinte forma, de acordo com o artigo 16-alínea D da Lei 9504/97:

I – 2% (dois por cento), divididos igualitariamente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II – 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV – 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Em 2021, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acrescentou algumas novidades em relação ao Fundo Eleitoral. As mudanças aprovadas alteraram a Resolução nº 23.605/2019 que fixa procedimentos administrativos para a gestão do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Dentre as mudanças pode-se citar as novas implicações em relação à participação das federações partidárias, instituídas pela última reforma eleitoral. A federação partidária admite que dois ou mais partidos se agreguem em uma respectiva federação, de forma que representem apenas uma legenda nas campanhas eleitorais e no mandato, perdurando desse modo por um período mínimo de quatro anos.

Essa mesma resolução também dispõe que será computado em dobro os votos recebidos por mulheres e pessoas negras para a Câmara dos Deputados para que seja distribuído os recursos do FEFC e que as verbas serão destinadas proporcionalmente para as candidaturas de pessoas negras.

As modificações também alteram a Resolução nº 23.607/2019. As novidades discorrem outra vez sobre as federações partidárias e expõe que a prestação de contas da federação diz respeito àquelas que foram apresentadas pelos partidos que a compõe. Desse modo, cada partido político seguirá fazendo a própria prestação de contas, especificando os recursos arrecadados e distribuídos entre seus candidatos. O artigo 1º § 5º da referida resolução diz que: “A prestação de contas da federação corresponderá àquela apresentada à Justiça Eleitoral pelos partidos que a integram e em todos os níveis de direção partidária.”

Apesar das mudanças recentes no Fundo Eleitoral, alguns critérios de distribuição ainda se configuram bastante desiguais. No cenário político brasileiro percebe-se que os grandes partidos, obtém mais benefícios em relação aos partidos com menos representantes, como por exemplo, o tempo maior de propaganda eleitoral no rádio e televisão. Além disso, eles recebem mais recursos financeiros nessa comparação. De acordo com a Lei n.º 13.487/17, 63% dos valores dos recursos repassados pelo Fundo Eleitoral são destinados à partidos com maior representatividade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Com essa distribuição desigual os partidos dominantes se perpetuam no poder criando uma espécie de monopólio de modo a desfavorecer os novos partidos com novas ideologias. Dessa forma o sistema eleitoral brasileiro está indo de encontro a democracia vigente.

### **3. ARRECAÇÃO DE RECURSOS ELEITORAIS**

Em qualquer nação democrática, o sistema de financiamento eleitoral é um dos assuntos que gera debate entre os cidadãos. Desse modo, os partidos e candidatos precisam obter recursos a fim de expor sua campanha e conquistar os eleitores. Com intuito de alcançar esse fim é indispensável que eles consigam acesso a recursos financeiros e formas de financiamento. Nas campanhas eleitorais, são arrecadados e aplicados, tanto por meios lícitos quanto ilícitos, valores muito altos, os quais não passam despercebidos nas eleições principalmente em relação àquelas que dizem respeito ao Poder Executivo.

O dinheiro que é preciso para financiar as campanhas eleitorais e a democracia, também pode ser utilizado como ferramenta para influência ilegítima no processo eleitoral e nas decisões de cunho político. Enfim, a aplicação de recursos ilícitos dá o *status* de nula a qualquer eleição, ademais favorece que os grandes empresários financiadores de campanha se agreguem aos políticos e efetivem sua influência negativa na democracia. Posto isto, é de suma importância que ocorra uma fiscalização perante a verdadeira origem e destino de todos os recursos aplicados no financiamento das campanhas eleitorais. Outrossim, a Justiça Eleitoral deve agir de maneira rígida em cumprimento às normas eleitorais que dispõe do financiamento de campanha. (GOMES, 2021, p.513):

Sob o aspecto ético, não haveria problema se a atuação do político coincidissem com os interesses socioeconômicos da comunidade que representa. No entanto, condena-se o desvio do sentido da representação. Para muitos, a doação de campanha constitui verdadeiro investimento, do qual se espera retorno econômico-financeiro para ambas as partes do negócio.

Em relação às formas de financiamento de campanha eleitoral, há 3 (três) formas em que partidos políticos e candidatos podem financiar suas respectivas campanhas, que são o financiamento público exclusivo, o privado, e o misto. Através do financiamento público as campanhas eleitorais são totalmente financiadas com dinheiro público, advindos de tributos pagos pelos cidadãos. Dessa forma, há uma contribuição significativa para a redução da corrupção na esfera pública, uma vez que os candidatos eleitos não buscam apoio financeiro de grandes empresas privadas. Conseqüentemente, esse modelo de financiamento proporciona a isonomia entre os candidatos nas disputas eleitorais, visto que, não são todos os candidatos que requisitam dinheiro para as campanhas através de financiadores privados devido a sua condição financeira, ou mesmo por contrariar a própria ideologia do candidato ou partido político.

Em uma perspectiva realista será uma missão difícil extinguir o interesse privado nas campanhas eleitorais, pois os recursos privados, indubitavelmente infiltrará por caminhos ocultos, o que, além de não acabar com o problema, propiciará que os candidatos entrem no meio ilícito. É falho o pensamento de que a corrupção na política, ou mesmo na seara pública é sempre causada por financiadores privados de campanhas, visto que eles não estão envolvidos na maioria dos casos de corrupção. De maneira oposta, já que na maioria dos casos a corrupção se origina da ambição e cobiça do próprio candidato, que muitas vezes não chegam a ocupar o cargo público. Ao contrário, são poucos os que se contrapõem à influência do poder financeiro, que seduz mais o candidato

do que ajudar o próprio povo. De outro modo, existem muitos candidatos com grandes chances de vencer as disputas eleitorais que participam ou são integrados à grupos políticos e sociais de grande poder aquisitivo, os quais lhes concedem total assistência financeira e instrução, não somente apenas o período eleitoral, mas durante toda sua carreira política, dessa forma eles estarão sempre bem auxiliados e a frente de outros candidatos diante do eleitorado. Nessa perspectiva Gomes, José (Direito Eleitoral 2021, p.513) aduz:

De sorte que o modelo de financiamento público exclusivo não põe fim à corrupção de agentes estatais, nem acaba com o financiamento espúrio de campanhas, tampouco com o uso de caixa 2. A bem da verdade, tais práticas têm na leniência e impunidade suas mais entusiásticas aliadas e apoiadoras.

Indo um pouco além, naqueles países cujos os desníveis sociais são evidentes, em que há taxas elevadas de analfabetismo, sistema de educação e saúde precário, e falta uma segurança básica para os cidadãos, inevitavelmente o gasto com recursos do Estado com o intuito de bancar as campanhas eleitorais de modo algum deve ser algo preferencial.

Pelo financiamento privado as campanhas eleitorais são conduzidas para serem subsidiadas pela iniciativa privada. Indo ao contrário desse sistema, defende-se que as empresas não possuem os chamados direitos políticos. De maneira oposta, as suas doações de empresários na maioria da vezes, possui uma natureza objetiva, adequando-se a um planejamento que visa anexar e atuar com certa influência no meio político, um exemplo claro é quando essas pessoas jurídicas emprestam dinheiro para diversos partidos que irão concorrer aos mesmos cargos nas eleições. Nesse sentido, o indivíduo quer for eleito terá uma dívida com aqueles financiadores, e dessa forma o dinheiro público é saqueado por esses sujeitos.

Essa análise é comprovada principalmente por condenações de executivos de grandes empreiteiras que possuem ligações à agentes políticos. Nessa perspectiva a demonstração que esse esquema se torna recorrente no cenário da política é indubitavelmente clara. Existe várias situações em que a compensação de favores ocorre por meio de contratos entre empresas pertencentes ou conectadas ao financiador, pelo privilégio em licitações concedidos aos doadores, o sobrefaturamento de obras públicas, ou mesmo pela isenção de tributos para a contratadas. Enfim, as pessoas que investem alto nas campanhas eleitorais certamente querem reaver seus valores, acrescidos de lucros

advindos dos recursos públicos. Portanto, no período eleitoral o financiamento de campanhas se torna algo extremamente comum e lucrativo para essas pessoas.

Neste cenário, o eleitorado é excluído dos seus próprios direitos políticos e sociais, principalmente em relação aqueles de áreas essenciais como saúde e educação. As irregularidades no campo eleitoral atingem de maneira significativa a população, e não auxiliam para elevar a qualidade de vida dos cidadãos, e nem para reduzir as desigualdades e propor a livre concorrência de forma isonômica entre as empresas na esfera pública. Ocorre do mesmo modo, uma outra forma de corrupção em que os doadores privados são associados ao crime organizado, formando verdadeiras quadrilhas. Neste cenário o Poder Público se transforma em uma ferramenta de apoio ao crime.

Por fim mediante o financiamento misto as campanhas eleitorais são financiadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. Ocorre diversas possibilidades de financiamento, e as mudanças são estabelecidas pelas normas de cada Estado. Na esfera pública, há ocorrências em que a União: disponibiliza uma quantia a candidatos e partidos, e conforme algumas restrições, os restituem as despesas das campanhas, além de contribuir com gastos, como na propaganda partidária.

#### **4.A EVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÃO DE CONTAS ELEITORAIS NO DECURSO DO TEMPO**

A prestação de contas eleitoral é um mecanismo de suma importância para identificar a origem e o quantum dos recursos obtidos pelos candidatos para a corrida eleitoral. Evita que ilícitos ocorram e traz transparência para a sociedade. O artigo 28 da Lei 9504/97 dispõe sobre a prestação de contas:

Art. 28. A prestação de contas será feita:

I - no caso dos candidatos às eleições majoritárias, na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral;

II - no caso dos candidatos às eleições proporcionais, de acordo com os modelos constantes do Anexo desta Lei.

§ 1o As prestações de contas dos candidatos às eleições majoritárias serão feitas pelo próprio candidato, devendo ser acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes.



Conforme prevê a regulamentação da obrigação de prestar contas, primeiramente imputado aos partidos políticos e em seguida, normatizado igualmente para os candidatos nas disputas eleitorais, esse dever ético e positivado dispõe que todos os montantes de recursos adquiridos e gastos sejam devidamente declarados à Justiça Eleitoral; uma vez que é imprescindível que as campanhas eleitorais tenham um caráter justo, isonômico e democrático. Os candidatos que tiverem irregularidades na prestação de contas sofrerão consequências, como normatiza o artigo 30-A § 2º da Lei 9504/97:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 2º Comprovados a captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

Nesse contexto, a participação do eleitor como denunciante de irregularidades é imprescindível, e cabe uma análise apartada, pelo fato de não contribuir para a discussão em comento.

#### 4.1 DÉBITOS ELEITORAIS

As dívidas adquiridas nas campanhas eleitorais encontram-se positivadas em lei. E em primeiro plano foi regulado na taxatividade dos encargos a serem pagos, desde as eleições ocorridas no Brasil em 1998. Anteriormente a regulamentação eleitoral aduzia que não era aceito que as despesas com as eleições no período eleitoral tivessem sua quitação em fase posterior ao período regulamentado pelo dispositivo legal.

Pensando em tornar mais dinâmica a normatização que autorizava um caráter de indubitabilidade das dívidas de campanha, surge a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 20.987/2002 que regulamentava a opção de pagar as dívidas de campanhas eleitorais. Ela dispôs sobre o prazo estabelecido de prestação de contas ocorria em um período abstrato. Diante do que já era esperado compreendeu-se que como o prazo de entrega da prestação de contas fosse indefinido, então esse era o momento limite para pagar os débitos decorrentes dos gastos não pagos no período eleitoral. Em suma, essa decisão concedia a chance de, ao constatar as dívidas eleitorais, o candidato apenas

pagaria as despesas ao prestar contas, e somente na ocasião em que tivesse recursos suficientes, ficando dessa forma como um período incerto. Desse modo a Justiça Eleitoral era vista como fraca e incapaz de verificar a prestação de contas e dos recursos arrecadados, contudo posteriormente foi regulamentado o prazo para a prestação de contas eleitorais definido pela Lei 9504/97:

Art. 28. A prestação de contas será feita:

I - no caso dos candidatos às eleições majoritárias, na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral;

II - no caso dos candidatos às eleições proporcionais, de acordo com os modelos constantes do Anexo desta Lei.

4o Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante as campanhas eleitorais, a divulgar em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim na rede mundial de computadores (internet):

I - os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 (setenta e duas) horas de seu recebimento;

II - no dia 15 de setembro, relatório discriminando as transferências do Fundo Partidário, os recursos em dinheiro e os estimáveis em dinheiro recebidos, bem como os gastos realizados.

A Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 21.609/2004, reconheceu que os partidos políticos poderiam arcar com os débitos de campanha dos candidatos. Percebe-se que a mesma lei implantou uma ferramenta de fiscalização: a constatação de onde veio os recursos obtidos pelos partidos para o pagamento desses ônus através da prestação de contas dos partidos políticos que ocorre todo ano. A Lei 9504/97 atualmente dispõe que:

Art. 29. Ao receber as prestações de contas e demais informações dos candidatos às eleições majoritárias e dos candidatos às eleições proporcionais que optarem por prestar contas por seu intermédio, os comitês deverão:

§ 3o Eventuais débitos de campanha não quitados até a data de apresentação da prestação de contas poderão ser assumidos pelo

partido político, por decisão do seu órgão nacional de direção partidária.

É válido esclarecer que em nenhum momento configurou-se perante a autorização regulamentadora que os candidatos às eleições ao se encontrarem endividados pelas campanhas transferissem os encargos financeiros aos seus respectivos partidos, visto que, o dispositivo legal regularia a hipótese de que o partido se responsabilizaria pelos débitos, e não ao contrário. É importante ressaltar que não é direito pleno do candidato repassar suas dívidas de campanha ao partido, o partido político é que está apto e legitimado para decidir em seu juízo, a agir desse modo, de forma voluntária e independente a assumir as dívidas de campanhas de seus candidatos. (SCHLIKMANN E PASOLD, 2016).

Coube então à Justiça Eleitoral normatizar a instrumentalização da responsabilidade de dívidas entre partidos e candidatos por meio da Resolução do TSE nº 23.217/2010:

Art. 20. Os candidatos e comitês financeiros poderão arrecadar recursos e contrair obrigações até o dia da eleição.

§ 1o Excepcionalmente, será permitida a arrecadação de recursos após o prazo fixado no caput, exclusivamente para quitação de despesas já contraídas e não pagas até aquela data, as quais deverão estar integralmente quitadas até a data da entrega da prestação de contas à Justiça Eleitoral, sob pena de desaprovação das contas (Lei no 9.504/1997, art. 29, §3o).

§ 2o Eventuais débitos de campanha não quitados até a data de apresentação da prestação de contas poderão ser assumidos pelo partido político, por decisão do seu órgão nacional de direção partidária com cronograma de pagamento e quitação (Lei no 9.504/1997, art. 29, § 3o).

§ 3o No caso do disposto no parágrafo anterior, o órgão partidário da respectiva circunscrição eleitoral passará a responder por todas as dívidas solidariamente com o candidato, hipótese em que a existência do débito não poderá ser considerada como causa para a rejeição das contas (Lei nº 9.504/97, art. 29, § 4º)

Em suma, a obtenção de recursos para o pagamento dos débitos eleitorais acontece em passos lentos no decurso do tempo, e as dívidas tendem a se acumular. Desse modo, a descoberta da origem dos financiamentos das despesas eleitorais efetuam-se, claramente, através de prestações das contas eleitorais feitas anualmente pelos partidos políticos que fazem a assunção dos encargos, quando a lei submetem a eles que prestem contas do pagamento.

Portanto, a lei determina que a verificação de débitos de campanhas não quitados pelos partidos políticos conforme a regulamentação em dispositivo legal, deverá ser considerado como desaprovação de contas pela Justiça Eleitoral. É relevante destacar que esse procedimento deve ser eficácia plena, uma vez que a ocorrência de ônus de campanhas eleitorais sem o devido pagamento ao final das disputas eleitorais pelos partidos político, representa uma subtração considerável de parte essencial do financiamento de campanhas eleitorais (SCHLIKMAN E PASOLD, 2016).

No artigo 30 da Lei 9504/97 essa regularização é exposta de tal modo:

Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - pela aprovação, quando estiverem regulares; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Enfim, os candidatos têm um dever moral perante a Justiça eleitoral e os cidadãos de prestar as contas no prazo estabelecido, de modo a tornar as eleições mais transparentes para o eleitorado, e caso não consigam podem recorrer aos partidos políticos, os quais devem estar atentos ao prazo estipulado em lei.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eleição é um mecanismo que dá voz ao povo para a escolha dos representantes políticos. Apesar da sua evolução ao longo do tempo, atualmente ainda verifica-se algumas falhas que devem ser corrigidas para a consolidação de um sistema eleitoral justo e uma democracia de plena eficácia. Embora muitos indivíduos entrem no jogo político mal intencionados com o objetivo de apenas satisfazer seus interesses privados, ainda há aqueles que lutam por um sistema político igualitário em que todos possam concorrer ao pleito eleitoral por meio das mesmas condições. Um exemplo disso são as alterações nas legislações eleitorais que beneficiam os grupos minoritários no que tange a distribuição de fundos para as campanhas. Apesar disso, a distribuição de recursos ainda favorece os partidos com mais representantes na Câmara dos Deputados e Senado Federal. No que diz respeito a arrecadação de recursos para as campanhas eleitorais ainda há muitas irregularidades a serem sanadas. Deve haver um controle mais rígido na verificação da origem dos recursos que os candidatos e partidos arrecadam.

Acerca da prestação de contas eleitorais, constitui-se uma ferramenta do Poder Judiciário de suma importância, visto que dá um caráter de credibilidade e transparência entre os próprios candidatos e também para os eleitores. Os candidatos tem um prazo estabelecido em lei para prestar as contas perante a Justiça Eleitoral, caso ocorra atraso poderá ser penalizado conforme a regulamentação e pode até mesmo ficar impedido de receber o diploma caso seja eleito. As normas eleitorais prestam um auxílio aos candidatos à eleição, uma vez que eles podem ser amparados por seus respectivos partidos para realizarem a quitação das dívidas.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Legislação comum.

De Laurentiis, L. C., & Azevedo Bianchi, Y. D. (2019). **O voto no direito brasileiro: história, problemas e propostas de mudança**. In Revista Direito Em Debate, 28(52), 143–156. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.143-156> Acesso em 19/05/2022.

JARDELINO, Fabio\*, CAVALCANTI, Davi Barboza\*\* e TONIOLO, Bianca Persici\*\*\*, «**A proliferação das fake news nas eleições brasileiras de 2018**», Comunicação Pública

[Online], Vol.15 nº 28 | 2020, posto online no dia 17 junho 2020, consultado o 20 maio 2022. URL: <http://journals.openedition.org/cp/7438>; DOI: <https://doi.org/10.4000/cp.7438>

SCHLICKMANN, D. G. .; PASOLD, C. L. **Dívidas de Campanha e o Dever de Prestar Contas Integralmente – um paradoxo**. Resenha Eleitoral, Florianópolis, SC, v. 20, n. 2, p. 61–82, 2016. DOI: 10.53323/resenhaeleitoral.v20i2.81. Disponível em <https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/81>. Acesso 20/04/2022.

CARNEIRO E SILVA, Silmara. **Marketing Político e Comportamento Eleitoral: Reflexões Sobre as Estratégias De Marketing Político Em Campanhas Eleitorais**. Revista Brasileira de Marketing, 2012, 11(1), 113-136. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=471747527007>

GOMES, José, **Direito Eleitoral**. 17ª . Ed. São Paulo, Atlas 2021.

BRASIL. Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997, **estabelece normas para as eleições**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, **dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições**. DJE, Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Resolução nº 21.609/2004, de 5 de fevereiro de 2004, **dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas nas eleições municipais de 2004**. DJ, Brasília, DF, 2004

BRASIL. Resolução do TSE nº 23.217/2010, de 2 março de 2010, **dispõe sobre a arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral por cartões de crédito**. DJE, Brasília, DF, 2010.



## O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A EXPANSÃO DO PAPEL INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

**LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).<sup>152</sup>

**RESUMO:** Analisa-se a dimensão tomada pelo papel da Defensoria Pública na contemporaneidade por meio da evolução histórico-social da abrangência da assistência jurídica integral e gratuita, dos aspectos identificadores do cidadão necessitado e em estado de vulnerabilidade e dos modernos princípios e objetivos inseridos na seara da instituição.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública; acesso à Justiça; estado de vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** It's analyzed the dimension of Public Defender's new role in contemporaneity: the comprehensiveness of Legal Aid, the identifying aspects of the needy and vulnerable citizen, and the modern principles and objectives of Public Defender.

**Keywords:** Public Defender; access to justice; state of vulnerability.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 o direito do acesso à justiça; 3 a assistência jurídica integral e gratuita; 4 o cidadão necessitado e em estado de vulnerabilidade; 5 o novo perfil institucional da defensoria pública; 6 considerações finais; Referências bibliográficas.

### 1 INTRODUÇÃO

A ascensão dos direitos sociais, a partir do século XX, provocou maior atenção à necessidade de um sistema de justiça igualitário, de modo que o direito do acesso à Justiça ganhou espaço de relevância no debate político e no desenvolvimento dos regimes jurídicos modernos, sobretudo em razão do anseio de uma concretização efetiva pelo Estado do mínimo existencial dos cidadãos.

No Brasil, o direito do acesso à Justiça manifestou-se na Constituição brasileira de 1988, em especial, através do direito da assistência jurídica integral e gratuita, que garante a dispensa do adiantamento das despesas processuais e o atendimento jurídico pela

---

152 E-mail: [lucasocmoreira@hotmail.com](mailto:lucasocmoreira@hotmail.com)

Defensoria Pública a todos aqueles que não dispunham de recursos suficientes para acessarem o sistema de justiça sem o amparo estatal. A Defensoria Pública é, portanto, desde o seu princípio, a principal instituição responsável por garantir ao cidadão marginalizado o acesso à Justiça.

Com o amadurecimento do Estado Democrático de Direito, diversos aprimoramentos foram suscitados no campo do acesso à Justiça. A Defensoria Pública, corolário de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária, prossegue amadurecendo junto com a democracia brasileira, refletindo os avanços na difusão do direito do acesso à Justiça, a amplitude da assistência jurídica integral e gratuita e a maior compreensão sobre o perfil de seus cidadãos destinatários, passando a atuar cada vez mais em consonância com a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

## **2 O DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA**

O advento do Estado Social de Direito, evidenciado desde 1917 pela elaboração da Constituição mexicana, fundamenta-se, sobretudo, nas seguintes características: intervencionismo estatal relativo a proteção, preservação e promoção do mercado; satisfação efetiva de reivindicações sociais, econômicas e culturais do povo; e organização da comunidade internacional e proteção universal dos direitos humanos<sup>153</sup>. Esse Estado de bem-estar social, objetivando a promoção efetiva da igualdade e da liberdade, não se limita a proclamar formalmente direitos civis e políticos, mas assegura condições materiais mínimas aos seus cidadãos.

Com a ascensão deste novo paradigma, um amplo rol de direitos fundamentais passaram a ser finalmente positivados (saúde, educação, moradia, alimentação, assistência social, saneamento básico, qualidade ambiental, entre outros), exigindo prestações estatais positivas para a efetivação do bem-estar social. Neste contexto, o direito do acesso à Justiça consolida-se justamente como o dever do Estado em assegurar ao cidadão o alcance não apenas formal mas efetivo a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica.

Na década de 1970, o movimento do acesso à Justiça ganhou verdadeiro contorno com a profunda pesquisa "Projeto Florença", liderada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

---

<sup>153</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 319; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 117-119.

que tiveram como objeto de estudo temas relevantes sobre a matéria sob uma ótica multidisciplinar<sup>154</sup>. Como destaca Mauro Cappelletti,

(...) a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. 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.<sup>155</sup>

A partir da conjuntura na qual as Constituições, no século XX, passaram a integrar as liberdades clássicas com os direitos sociais, objetivando a concreta participação do cidadão na sociedade, o direito do acesso à Justiça tornou-se objeto da preocupação dos sistemas jurídicos<sup>156</sup>. Afinal, como adverte Boaventura de Sousa Santos, os novos direitos sociais e econômicos, sem a implementação de mecanismos que fizessem impor o seu cumprimento, assumiriam a configuração de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores<sup>157</sup>.

O direito do acesso à Justiça, como elemento normativo que viabiliza, através do adequado sistema de justiça, o acesso de todos os cidadãos aos demais direitos fundamentais, possui importância central no próprio sistema político-jurídico estatal. A própria denominação "Estado de Direito" remonta à subordinação do Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz à Constituição e aos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade<sup>158</sup>. Desta forma, o direito de acesso à Justiça demonstra-se

---

154 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. **Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies**. Milan: Giuffrè Editore, 1975; CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **Access to justice and welfare state**. Florença: European University Institute, 1981.

155 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 11-12.

156 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 172.

157 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da Justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 21, 1986, p. 125.

158 FENSTERSEIFER, Tiago. O controle judicial das políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência jurídica integral e gratuita. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 337

não apenas necessário para viabilizar a tutela dos demais direitos, como imprescindível para uma organização justa e democrática.

Ao serem positivados os direitos que compõem o mínimo existencial dos cidadãos, torna-se perfeitamente inequívoca a possibilidade de reivindicação do cumprimento destes perante o Estado. Hans Kelsen, mesmo ao traçar um exame do Direito numa ótica estritamente técnico-científica, aponta que o Estado como pessoa jurídica pode praticar um ilícito ao não cumprir uma obrigação de prestar que lhe é imposta pela ordem jurídica<sup>159</sup>. O direito do acesso à Justiça desponta neste cenário como o elemento normativo-instrumental integrante do conteúdo do direito fundamental ao mínimo existencial, uma vez que possibilita que a ameaça ou lesão a quaisquer direitos sociais sejam levadas concretamente ao crivo do Poder Judiciário.

Ocorre que, apesar do direito do acesso à Justiça firmar-se com o estabelecimento do Estado Social de Direito e no contexto da afirmação dos direitos sociais, há ainda ampla discussão a respeito de sua posição na tipologia dos direitos fundamentais. Como a distinção entre os direitos da primeira e os da segunda dimensão é gradual e não substancial<sup>160</sup>, a identificação de alguns direitos fundamentais como integrantes do grupo de direitos civis e políticos ou do grupo dos direitos sociais não sucede de maneira tão clara e precisa. É justamente o que acontece com relação ao direito do acesso à Justiça, considerado ora direito civil e político – mediante sua relevância político-democrática –, ora direito social e econômico – em razão do seu caráter de elemento configurador do bem-estar social.

Tanto na doutrina legal como no discurso político, o direito do acesso à Justiça é quase sempre associado a um direito social<sup>161</sup>. Assim como todos os direitos fundamentais que integram o grupo de direitos sociais e econômicos, o direito do acesso

---

159 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 341.

160 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. (Colección Estructuras y Procesos), p. 24-25; RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

161 Neste sentido: LIMA, Frederico Rodrigues Vianna de. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 65-67; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 185; SLAIBI FILHO, Nagib. A Constituição e a gratuidade da Justiça no CPC de 2015. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 571-606. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.); FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito a ter direitos efetivos: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídica constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2016.

à justiça é essencial para a sustentabilidade de uma sociedade capaz de perpetuar-se ao longo do tempo de maneira harmônica, versando propriamente sobre o efetivo bem-estar dos cidadãos e exigindo do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante do Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes.

Em sentido diverso, Cléber Francisco Alves defende o acesso à Justiça como um direito primordialmente civil, de modo que este integraria a primeira dimensão de direitos fundamentais por ser indispensável ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos. Uma vez que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, passou a ter a obrigação de assegurar as condições para a efetiva defesa dos direitos, com a garantia de paridade de armas, sob pena de favorecer a violação impune dos direitos dos carentes de recursos<sup>162</sup>. Roger Smith defende o mesmo entendimento, ressaltando que, embora o direito do acesso à Justiça seja um direito civil e político, reveste uma obrigação positiva de financiamento imposta ao Estado, semelhante a um direito econômico<sup>163</sup>.

Há ainda algum reconhecimento, substancialmente contemporâneo ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito, de uma multidimensionalidade no direito do acesso à Justiça, segundo a qual este se vincularia às diversas dimensões de direitos fundamentais. O direito do acesso à Justiça, em tamanha amplitude, abrange o fortalecimento da cidadania, a participação no espaço público, o exercício da liberdade para o respeito à igualdade e a integração ao pacto social<sup>164</sup>. Neste sentido, discorre Luiz Guilherme Marinoni:

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é multifuncional. Entre outras funções, assume a de promover a igualdade, com o que se liga imediatamente ao intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, in fine, da CF). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as partes. Nessa

---

162 ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006., p. 38.

163 SMITH, Roger. Human rights and access to justice. *International Journal of the Legal Profession*, v. 14, n. 3, nov. 2007, p. 1. Disponível em: < [https://sas-space.sas.ac.uk/3428/1/Smith%2C\\_Roger\\_-\\_wghart.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/3428/1/Smith%2C_Roger_-_wghart.pdf)>. Acesso em 29 de junho de 2019.

164 ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. Op. cit., p. 92.

linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação.<sup>165</sup>

Embora a discussão a respeito da tipologia do direito do acesso à Justiça possa ser eventualmente encarado com o mero preciosismo doutrinário dentre os estudos jurídicos, esta definição, em verdade, apresenta grande importância no que concerne a sua força coercitiva em face do Estado. A classificação de um direito fundamental como direito civil ou político ou direito social ou econômico implica, sobretudo, em questões relativas a reserva do possível e vedação ao retrocesso, temas substanciais quando se trata de sua efetividade diante alegadas dificuldades financeiro-orçamentárias. Segundo Felipe Isa,

(...) a afirmação da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, como está expresso na maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos, é muitas vezes uma mera afirmação retórica que esconde o fato de que a satisfação dos direitos civis e políticos normalmente prevalece sobre os chamados direitos de segunda geração. Uma das razões invocadas para justificar o déficit nos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é a natureza distinta das obrigações decorrentes das duas categorias de direitos. Enquanto os Direitos Civis e Políticos (DCP) implicam obrigações imediatas, as obrigações decorrentes dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) são, ao contrário, progressivas.<sup>166</sup>

O esvaziamento do direito do acesso à Justiça impediria a própria liberdade e igualdade dos indivíduos, porquanto estas apenas são reais quando se possuem as condições materiais para sua autodeterminação. Há nesta garantia indeclinável compromisso com a erradicação da ignorância e da miséria, através da obrigação de entregar ao cidadão marginalizado a possibilidade de desfrutar a eficácia concreta de seus direitos fundamentais e, sobretudo, a dignidade intrínseca à pessoa humana que constitui. O enfoque do acesso à Justiça nas diversas nações<sup>167</sup> é motivo para encarar com otimismo

165 MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao artigo 5º, inciso LXXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1201.

166 GÓMEZ ISA, Felipe. The Reversibility of economic, social and cultural rights in crisis context. In: MUNIATEGI, E.; KLEMKAITE, L. (Coords.). **Local initiatives to the global financial crisis**. University of Deusto, Bilbao, 2012 apud ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI: novos horizontes e desafios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137.

167 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. VIII: "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"; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966),



a capacidade dos sistemas jurídicos modernos em atender às necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos, cidadãos desprovidos da liberdade e igualdade há muito positivada.

É exatamente por tamanha importância do acesso à Justiça que a Constituição brasileira de 1988, apelidada como Constituição Cidadã e mundialmente aclamada pelos avanços sociais positivados, o consagrou através do direito da assistência jurídica integral e gratuita. Assim, o Estado brasileiro assume o dever jurídico de assegurar a todos os seus cidadãos, em condições de plena igualdade, a viabilidade de um sistema de justiça que permita reclamar a efetivação da ordem jurídica estabelecida.

### **3 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA**

O art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição brasileira de 1988 estabelece que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Desta forma, assegura aos cidadãos o acesso à Justiça em condições de igualdade, afastando eventuais óbices socioeconômicos que inviabilizem a sua efetivação, seja por inexistência de condições financeiras para o pagamento das custas judiciais, seja pela impossibilidade de contratar os serviços de um advogado particular. Em relação à Constituição brasileira de 1988, Tiago Fensterseifer pontua que,

com absoluta vanguarda em relação aos outros sistemas constitucionais ocidentais, levou a cabo a verdadeira revolução em prol das pessoas em condições de vulnerabilidade socioeconômica ou mesmo organizacional, alinha ao seu compromisso com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II), ao pronunciar, para além de um dever de proteção do Estado brasileiro (art. 134), também um direito fundamental – de natureza social – do indivíduo e da coletividade, o que resulta evidente a partir da inserção topográfica da assistência jurídica integral e gratuita (inciso

---

art. 14, nº 1: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça (...); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), art. XVIII: "Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos (...); Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), art. 47: "Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. (...) É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça".

LXXIV) junto ao art. 5º do nosso texto constitucional, ou seja no catálogo dos direitos fundamentais.<sup>168</sup>

Embora a expressão "acesso à Justiça" seja de definição imprecisa, serve definitivamente para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os cuidados do Estado: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve ainda produzir resultados que sejam individualmente justos<sup>169</sup>. A partir do imperativo constitucional que insere o direito do acesso à Justiça por meio da assistência jurídica integral e gratuita, o Estado brasileiro busca cumprir tais finalidades por meio de dois importantes tipos de proteção estatal ao cidadão: o benefício da Justiça gratuita (ou gratuidade de Justiça) e a assistência jurídica stricto sensu.

A gratuidade de Justiça, ou benefício da Justiça gratuita, é a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita. Seu objetivo é evitar que a falta de recursos financeiros constitua ao cidadão um óbice intransponível ao acesso à Justiça, na impossibilidade do mesmo arcar com os custos do processo<sup>170</sup>.

É compreensível que todo processo judicial tenha um custo financeiro que precisa ser arcado de alguma forma, afinal engloba diversos atos que demandam manutenção financeira: perícias, reproduções de documentos, autenticações, serviços de assistentes técnicos, entre outros. Em regra, pelo princípio da casualidade, o dever de financiar os custos do processo é da parte que lhe ensejou, havendo uma presunção de que esta é a parte que, ao final, restar "vencida"; as normas de sucumbência seguem esta lógica (arts. 82, §2º, e 85, caput, do Código de Processo Civil de 2015). No entanto, por motivos lógicos, somente é possível identificar a parte desprestigiada ao final do processo, de modo que o legislador foi compelido a implementar para durante o curso processual a responsabilidade provisória de todas as partes pelo custeio. Assim, ao final, a parte "vencida" suportará o que houver adiantado, pagará o que eventualmente deixou de ser pago ao longo do processo e ainda deverá ressarcir as demais partes quanto ao que estas adiantaram. O benefício da Justiça gratuita atua no âmbito da responsabilidade provisória pelo custeio

---

168 FENSTERSEIFER, Tiago. O controle judicial das políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência jurídica integral e gratuita. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord). Op. cit, p. 343.

169 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie North-fleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 3.

170 DALLA, HUMBERTO. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 401.

do processo judicial; o cidadão hipossuficiente está dispensado do adiantamento de despesas, porém está obrigado a custeá-las ao final do processo, se restar sucumbente, a depender do desfazimento da condição de inviabilidade econômica<sup>171</sup>.

Com relação à assistência jurídica gratuita *stricto sensu*, a fim de suprir eventual incapacidade de acesso aos serviços de advogados particulares, o Poder Constituinte de 1987 inovou ao inserir, de maneira inédita, a obrigação de o Estado manter a Defensoria Pública como instituição jurídica para a defesa dos necessitados. A Constituição brasileira de 1988, no art. 134, determinou que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (redação original da Constituição). A Emenda Constitucional nº 80/14, por sua vez, concedeu redação que reforça os objetivos constitucionais e afirma:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram três grandes ondas que contribuíram para o alcance do efetivo acesso à Justiça<sup>172</sup>, sendo a Defensoria Pública, nos moldes constitucionais, uma instituição que apresenta aptidão para realizar estas diretrizes, com a finalidade de garantir uma revolução no acesso à Justiça no Brasil: a assistência jurídica aos necessitados, o ensino dos direitos à população, o aprimoramento dos instrumentos processuais e a tutela dos direitos e interesses fundamentais individuais e coletivos dos necessitados. Assim, a Constituição Federal, ao garantir uma atuação efetiva, independente e autônoma dos Defensores Públicos, revoluciona na matéria de acesso à Justiça e reforça o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A assistência jurídica integral e gratuita é usualmente dividida em gratuidade de Justiça e assistência judiciária, sendo esta última o direito da parte ser assistida em juízo

---

<sup>171</sup> DIDIER JR., Fredie. **Benefício da justiça gratuita**: de acordo com o novo CPC. 6. ed. rev. e atual.. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 21-22.

<sup>172</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 12.

gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal. No entanto, trata-se de entendimento reducionista, uma vez que ignora meios extrajudiciais de resolução de conflitos. O Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, muito menos confundir-se com ela.

A Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública, acerta ao não apenas definir a instituição como função jurisdicional do Estado, mas também ao incumbir-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos em todos os graus, judicial e extrajudicial, de forma integral e gratuita, aos necessitados. O art. 4º, II, da referida Lei, estabelece ainda como função institucional da Defensoria Pública "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". A atuação da Defensoria Pública, portanto, não se limita apenas à defesa em juízo, mas também abrange a assistência em sede extrajudicial; tal entendimento é corroborado pela leitura do próprio art. 134 da Constituição, que determina que à Defensoria Pública incumbe a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos necessitados.

Cabe apontar que a Lei nº 11.448/07 conferiu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, bem como a Lei Complementar nº 132/09, alterando alguns dispositivos na Lei Complementar nº 80/94, deu maior abrangência ao papel institucional da Defensoria Pública na defesa dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Deste modo, para além da criação, em 1988, de uma instituição pública com objetivo de tornar igualitário o sistema de justiça, atendendo o reconhecimento do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência jurídica e ao preceito de acesso à Justiça, o Estado vem ainda promovendo através da legislação infraconstitucional uma sofisticação deste órgão, alinhando-o cada vez mais ao compromisso da erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Portanto, há de se conceber uma assistência jurídica gratuita *stricto sensu*, que não só engloba a assistência judiciária mas também os demais mecanismos de resolução de conflitos e funções essenciais da Defensoria Pública em prol dos cidadãos referidos no dispositivo constitucional (art. 5º, inc. LXXIV). Há de se considerar, inclusive, todos os meios possíveis de preservação de direitos, podendo uma demanda jurídica, judicial ou extrajudicial, não necessariamente envolver uma lide – como se demonstra, por exemplo, no caso de um acordo contratual ou de um divórcio consensual. Diogo Esteves e Franklyn R. A. Silva exemplificam ainda melhor a amplitude dos serviços jurídicos para além do processo judicial:

Constituem arquétipos de assistência jurídica, por exemplo, o esclarecimento de dúvidas, a orientação jurídica preventiva, a elaboração de contratos, o auxílio legal para a conclusão de negócios jurídicos em geral, a composição extrajudicial de conflitos, a atuação em processos administrativos, a defesa de interesses em instâncias ex trajudiciais, a conscientização da população sobre seus direitos, etc. Não podemos esquecer, ainda, que a assistência jurídica, por englobar integralmente o conceito de assistência judiciária, também pode ser caracterizada pela propositura de ações judiciais, pela apresentação de defesa e pela atividade de acompanhamento do processo judicial, em todas as instâncias, até o seu encerramento.<sup>173</sup>

A assistência jurídica lato sensu, portanto, é a assistência jurídica integral e gratuita a qual se refere diretamente o art. 5º, LXXIV, da Constituição. É um conceito mais amplo, que abrange tanto o benefício da Justiça gratuita, prestada pelo Poder Judiciário, quanto a assistência jurídica stricto sensu, fornecida pela Defensoria Pública, além de englobar todas as iniciativas do Estado que têm por objetivo promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos – como, por exemplo, as campanhas de conscientização de direitos do consumidor promovidas por órgãos administrativos e os serviços jurídicos itinerantes prestados à população carente.

#### **4 O CIDADÃO NECESSITADO E EM ESTADO DE VULNERABILIDADE**

O pressuposto básico para o reconhecimento do direito à assistência jurídica integral e gratuita corresponde ao estado de necessidade do cidadão, ou, conforme o termo usualmente utilizado pela doutrina jurídica, a hipossuficiência de recursos. A Constituição estabelece em seu art. 5º, inc. LXXIV, ainda que de maneira ampla e imprecisa, o perfil do cidadão que faz jus aos cuidados estatais da assistência jurídica integral e gratuita para o acesso à Justiça: "aos que comprovarem insuficiência de recursos". O art. 134, por sua vez, ao instituir a Defensoria Pública, também traça minimamente seu destinatário: "aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º". A respeito da abrangência dos termos, leciona Judith Martins-Costa que

---

<sup>173</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96-97.

considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico.<sup>174</sup>

A conceituação normativa da pessoa com hipossuficiência de recursos tem sido classicamente realizada de maneira flexível desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988. Até recentemente, a Lei nº 1.060/50, que estabelece normas para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita, determinava como necessitado, para os fins legais, "todo aquele cuja situação econômica não lhe permitia pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família"; no entanto, tal dispositivo legal (art. 2º, parágrafo único) foi revogado pelo art. 98, §3º, do Código de Processo Civil de 2015.

O direito do acesso à Justiça, bem como especificamente o direito da assistência jurídica integral e gratuita, foi por muito tempo encarado como um direito das pessoas pobres, associação que se demonstra deveras ultrapassada diante das interpretações contemporâneas do que se considera como "pessoa com insuficiência de recursos". Não obstante, mesmo a pobreza é um conceito vago que não delimita com exatidão o destinatário do direito. O popular Dicionário Aurélio lhe oferece três possíveis significados: estado ou qualidade de pobre; falta do necessário à vida, penúria, escassez; e classe dos pobres<sup>175</sup>. Cleber Alves aponta que o conceito de pobre é relativo, pois depende de circunstâncias culturais e se sujeita a modulações que variam de acordo com o estado de desenvolvimento econômico-social de cada sociedade; a noção de pobre na Finlândia, por exemplo, difere-se significativamente do que se caracteriza como pobre na Nigéria<sup>176</sup>. Não há determinação do que se caracteriza propriamente como penúria ou escassez, nem do conceito de pobre.

A pobreza como parâmetro para a concessão do direito do acesso à Justiça remonta à fase colonial da história brasileira: de acordo com as Ordenações Filipinas, que vigoraram até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, um dos requisitos para a concessão do benefício da Justiça gratuita era o postulante dizer em

---

174 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 303.

175 PORTAL DICIONÁRIO AURÉLIO, Positivo. **Significado da palavra "pobreza"**. Disponível em: . Acesso em 23 de abril de 2017.

176 ALVES, Cleber. **Pobreza y derechos humanos: el papel de la Defensoría Pública en la lucha para la erradicación de la pobreza**. In: III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, 2008, p. 171.



audiência o juramento "Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz"<sup>177</sup>. Posteriormente, no regime do Código de Processo Civil de 1939, o "atestado de pobreza" passou a ser fornecido geralmente pela autoridade policial, até que muito tempo depois, sem maiores alterações na questão do critério econômico, promulgou-se a sistemática da Lei nº 1.060/50178 .

Na ordem jurídica atual, a miserabilidade econômica não é uma condição expressa para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita; nos moldes constitucionais, para que se faça jus a tais mecanismos estatais, basta que haja "insuficiência de recursos" para o efetivo acesso à Justiça. Fredie Didier Jr., responsável pela incorporação plena da gratuidade de Justiça no Código de Processo Civil de 2015, esclarece que nem sempre o beneficiário será alguém em situação de penúria:

É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. (...) não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo.

A lei não fala em números, não estabelece parâmetros. O sujeito que ganha boa renda mensal pode ser tão merecedor do benefício quanto aquele que sobrevive à custa de programas de complementação de renda. O que pode diferenciá-los é a maior ou menor dificuldade com que o pedido de concessão do benefício é tratado: o de melhor renda pode ser chamado a justificar o seu requerimento, provando a insuficiência de recursos.<sup>179</sup>

---

177 Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXXXIV, §10, do Código Philippino (ou Ordenações e leis do Reino de Portugal): "Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde paga o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma dei Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo". **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Brasília, 2019. Disponível em . Acesso em 06 de abril de 2019, p. 5.

178 DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 7.

179 DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 60-61.

A condição econômica, em verdade, não configura um limite expresso no texto constitucional ou legal, de modo que a definição de "necessidade" ou "insuficiência de recursos" não perpassa necessariamente o viés econômico-financeiro do cidadão (ou, ao menos, não apenas este). O constituinte deixou notoriamente uma larga margem ao legislador e ao intérprete para a construção do perfil institucional mais adequado à sociedade e à ordem jurídica por ele inaugurada<sup>180</sup> e, embora a condição de econômica tenha sido por muitos anos associada a um requisito para o direito do acesso à Justiça, atualmente jurisprudência, documentos internacionais e legislação infraconstitucional (sobretudo, a Lei Complementar nº 132/09) avançam em caminho diverso.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento através do julgamento pelo Plenário da ADI nº 3.943/181, que versava sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007 – responsável por incluir a Defensoria Pública entre os legitimados para o ajuizamento de ações coletivas. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o fez através do EResp nº 1.192.577/182, reconhecendo a possibilidade da Defensoria Pública atender a necessidades jurídicas não obrigatoriamente carentes de recursos econômicos.

No plano internacional, destacam-se as denominadas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, documento aprovado na XIV Conferência Judicial Ibero-americana, realizada em março de 2008. Dispõem as regras 3 e 4:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com

---

180 SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 25, 2012, p. 178; KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O direito de acesso à Justiça. In: ROSENBLATT, Ana et al. **Manual de mediação para a Defensoria Pública**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 44; CASAS MAIA, Maurílio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC n. 90/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 1: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 1260.

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943-DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 07/05/2015. Brasília, 2015. Disponível em: . Acesso em 30 de junho de 2019.

182 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.192.577-RS 2014/0246972-3**. Relatora: Ministro Laurita Vaz. DJ: 21/10/2015. Brasília, 2015. Disponível em: . Acesso em: 30 de junho de 2019.

plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minoria, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade<sup>183</sup>.

A vulnerabilidade emerge reconhecidamente como uma característica identificadora do cidadão destinatário da assistência jurídica integral e gratuita, desdobrando-se em hipossuficiência econômica, jurídica e organizacional<sup>184</sup>. Neste sentido, para além da necessidade no plano econômico, também existem os necessitados num ponto de vista constitucional muito mais amplo; ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, entre outros.

A apreciação da vulnerabilidade, ainda que envolva a situação de necessidade econômica, inclusive na medida das incapacidades que pode gerar, rompe com a lógica que quantifica o cidadão em vez de qualificá-lo<sup>185</sup>. Assim, a assistência jurídica integral e gratuita concedida ao cidadão vulnerável considera as reais capacidades deste, visando a percepção de privações que podem ser de variadas ordens, e que, muitas vezes, incluindo ou não a questão da renda, se constituem em fatores da marginalização, da desigualdade e da discriminação que a Constituição visa, expressamente, erradicar.

Os conflitos sociais brasileiros em pauta não remetem somente à busca pela distribuição justa de bens materiais, mas também a embates que demandam integridade física, psicofísica, social, cultural, política e biopolítica, ou seja, o alcance a uma igualdade material que atravessa inegavelmente o acesso a um sistema justo que garanta a efetividade dos direitos fundamentais. É neste sentido que o acesso à Justiça proporcionado pelo Poder Judiciário, através do benefício da Justiça gratuita, e pela

---

<sup>183</sup> REGRAS de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. In: **XIV Conferência Judicial Ibero-americana**. Brasília, 2008. Disponível em . Acesso em 06 de abril de 2019, p. 5.

<sup>184</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

<sup>185</sup> MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo**: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. 2ª ed. Petrópolis:Vozes, 2002, p. 12.

Defensoria Pública, por meio da assistência jurídica *stricto sensu*, especialmente em matéria de direitos sociais, tem o dever de integrar indivíduos e grupos vulneráveis ao espaço comunitário-estatal, cumprindo genuinamente o pacto social estabelecido pela Constituição brasileira de 1988.

## 5 O NOVO PERFIL INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A ascensão dos direitos sociais e o progresso do direito do acesso à Justiça no Brasil demarcaram o berço da Defensoria Pública, tornando-se esta a principal executora do direito da assistência jurídica integral e gratuita. A Constituição brasileira de 1988 não apenas trouxe o instituto da assistência jurídica como direito fundamental (art. 5º, inc. LXXIV) e autoaplicável (art. 5º, § 1º), como também previu, de maneira expressa, a entidade governamental responsável pela orientação jurídica e a defesa dos necessitados, consolidando a Defensoria Pública como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" (art. 134, caput). No campo infraconstitucional, a edição da Lei Complementar nº 80/1994 regulamentou a instituição a nível nacional, estabelecendo suas funções, seus princípios institucionais e os direitos, garantias, prerrogativas, proibições e impedimentos de seus membros; posteriormente, a Lei Complementar nº 132/2009 realizou diversas mudanças, inovando substancialmente nas normas gerais de organização, além de atualizar a defasada Lei nº 1.060/50, todas as alterações relacionadas a uma concretização mais tenaz do Estado Democrático de Direito.

A Defensoria Pública que outrora era compreendida como a instituição que defende o "pobre" hoje se oxigena com mecanismos de defesa da pessoa humana em todas as suas vulnerabilidades, inclusive a de ordem financeira e econômica, ou seja, volta-se à defesa da pessoa e da cidadania em todas as suas abrangentes carências e necessidades<sup>186</sup>. Foi neste sentido que a Lei Complementar nº 132/09 promoveu profunda mudança no perfil da Defensoria Pública, ampliando suas funções e caracterizando-se como mais um marco do acesso à Justiça na história do país<sup>187</sup>. Pode-se afirmar que o desenvolvimento de uma compreensão mais democrática do que se entende como cidadão necessitado e em estado de hipossuficiência, bem como do próprio espírito do direito do acesso à Justiça, provocou a instauração de um novo perfil institucional da Defensoria Pública<sup>188</sup>.

---

186 FRANCO, Glaucete. Critérios de vulnerabilidade. Direitos humanos e Defensoria Pública como expressão contra-hegemônica da democracia direta. In: FRANCO, Glaucete; MAGNO, Patrícia (Orgs.). **I Relatório nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015, p. 18.

187 SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., p. 176.

188 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit., 326.

Em relação às alterações da Lei Complementar nº 132/09 na Lei Complementar nº 80/1994, merecem destaque a consolidação das seguintes funções e objetivos: "a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais" (art. 3º-A, inc. I); "a afirmação do Estado Democrático de Direito" (art. 3º-A, inc. 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" (art. 4º, inc. II); "promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico" (art. 4º, inc. III); "exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado" (art. 4º, inc. XI); e "convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais" (art. 4º, inc. XII).

A ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à Justiça, sendo admirável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja estendida à Defensoria Pública, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração recebam efetiva e adequada proteção. O propósito de amparo aos cidadãos em estado de vulnerabilidade é justamente o principal fator que legitima a propositura de ação civil pública referente a interesses e direitos metaindividuais pela Defensoria Pública, uma vez que a análise da legitimação ad causam deixa de perpassar exclusivamente a necessidade econômica. A inovação se coaduna perfeitamente com os objetivos implementados pela Lei Complementar nº 132/09: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) promoveu, após reunião do Fórum Justiça<sup>189</sup>, em que se identificou a necessidade de mapeamento organizado das atuações da Defensoria Pública em prol de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, a elaboração do I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou

---

<sup>189</sup> "O Fórum Justiça (FJ) se apresenta como um espaço aberto a organizações e movimentos sociais, setores acadêmicos, estudantes, bem como agentes públicos do sistema de justiça e outros atores que se mostrem interessados em discutir justiça como serviço público. Destina-se a estimular o debate em torno da política judicial no Brasil, observado o contexto ibero-latino-americano." Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/quem-somos>>. Acesso em 07 de abril de 2019.



Grupos em Condição de Vulnerabilidade<sup>190</sup>, oferecendo parâmetros contextuais para a completude do conceito de vulnerabilidade. O trabalho discorre sobre a atuação da Defensoria Pública para pessoas com transtorno do espectro autista (TEA), pessoas vulneráveis no trânsito (ciclistas e pedestres), pessoas LGBT, pessoas vulneráveis em razão da idade (idosos, crianças e adolescentes), mulheres vítimas de violência, pessoas em situação de rua, pessoas integrantes de comunidades quilombolas, pessoas privadas de liberdade, pessoas usuárias de transporte coletivo e pessoas beneficiadas com programas de cultura ou alfabetização jurídica. A Defensoria Pública já empenha, portanto, esforços para, além do campo da desigualdade econômica, atuar mais efetivamente em prol da igualdade social e também pelo respeito às diferenças inerentes às pessoas humanas.

O novo perfil institucional da Defensoria Pública fundamenta-se especialmente na finalidade ampla e essencial de representar "expressão e instrumento do regime democrático" (art. 134. caput, da CRFB/88; e art. 1º, LC nº 80/94). A doutrina constitucional estrutura a democracia em três princípios ou valores fundamentais: a supremacia da vontade popular – participação popular no governo, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos –; preservação da liberdade – como é o caso das liberdades ambulatorial, de expressão, de pensamento, artística, religiosa, de reunião, livre iniciativa, entre outras –; e a igualdade de direitos – em sentido material, respeitando-se o pluralismo e a diversidade entre os indivíduos. Nesta perspectiva, Pedro González elucida o papel da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito, sobretudo como expressão e instrumento deste:

(...) a Defensoria Pública é expressão e instrumento do regime democrático porque, respectivamente: (i) sua presença e atuação conscientes são manifestação do avanço da sociedade rumo à consolidação democrática, e (ii) no cumprimento das suas funções institucionais realiza os três princípios (ou valores) democráticos fundamentais – supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos –, potencializando a democracia<sup>191</sup>.

José Afonso da Silva ensina que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis, não havendo ainda base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso se deu por meio da construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, também não foi capaz de assegurar por si só a justiça social nem a autêntica participação do povo

---

<sup>190</sup> FRANCO, Glaucete; MAGNO, Patrícia (Orgs.). **I Relatório nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015.

<sup>191</sup> ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. Op. cit., p. 40.



no processo político. É o Estado Democrático de Direito, como entidade de legitimidade justa ou de justiça material, que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação no funcionamento das instituições<sup>192</sup>.

Significa dizer que as pessoas e os movimentos sociais ganham espaço para se apropriarem, como é do seu direito, da Defensoria Pública. Firma-se esta como um verdadeiro núcleo de resistência contra-hegemônico e um paradigma de atuação democrática, seja perante o Estado, seja perante a comunidade internacional, para uma promoção real de direitos humanos, na medida em que mobilizada pelas pessoas concretas que os titularizam. Como observa Glauce Mendes Franco, "um Defensor não fala em nome de alguém, alguém fala por intermédio do Defensor"<sup>193</sup>.

Uma pesquisa realizada em 2013 por José Augusto Garcia analisou cerca de cinquenta atuações coletivas da Defensoria Pública em todo o Brasil, dentre os beneficiários prestigiados listam-se: usuários de creches públicas; pessoas com deficiências físicas ou mentais, adolescentes acolhidos em instituições; pessoas presas em condições degradantes, sem adequada assistência médica ou alimentar; familiares de prisioneiros; mulheres submetidas a revistas íntimas abusivas em estabelecimentos penitenciários; vendedores ambulantes; moradores de comunidades carentes; vítimas de desastres climáticos; pequenos produtores rurais atingidos por danos ambientais; moradores de rua; consumidores de baixa renda; pessoas idosas enfrentando problemas relacionados a planos de saúde; usuários de terminais públicos de transporte; estudantes da rede pública de educação que usam/necessitam de transporte coletivo gratuito; portadores de doenças crônicas; pessoas dependentes de equipamentos elétricos para manutenção de sua saúde; mulheres portadoras de câncer de mama; crianças enfermas; vítimas de amianto; portadores de hanseníase; coletores de materiais recicláveis; trabalhadores desempregados; mulheres grávidas em processo seletivo para admissão no serviço público; e muitos outros<sup>194</sup>. O espectro populacional que o critério da vulnerabilidade, inspirado pelo aperfeiçoamento do regime democrático, abrange é imensamente maior que o número de pessoas em situação de necessidade econômica.

---

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 120.

<sup>193</sup> FRANCO, Glauce. Critérios de vulnerabilidade. Direitos humanos e Defensoria Pública como expressão contra-hegemônica da democracia direta. In: FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia (Orgs.). Op. cit., p. 43.

<sup>194</sup> SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública**: um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do sistema de Justiça. Brasília, Anadep, 2013.

A ampliação cada vez mais intensa do escopo de proteção inerente à expressão "assistência jurídica integral e gratuita" e "cidadão necessitado", ou "aos que comprovarem insuficiência de recursos", ao expandirem significativamente o papel institucional da Defensoria Pública, passa a demandar desta uma ampliação condizente dos seus serviços. A análise de viabilidade de atendimento ao cidadão, ou ao grupo social, não mais deve ocorrer por meio de simples conferência da hipossuficiência econômica.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O aprimoramento do papel institucional da Defensoria Pública, criada no seio da Constituição Federal de 1988 e desenvolvida ao longo das últimas três décadas, demonstra a devida relevância que tem sido atribuída por parte do Estado brasileiro ao direito do acesso à Justiça. Desde o seu surgimento, a instituição tem se enxertado de novos poderes, objetivos e funções, seja por emendas constitucionais ou pela regulamentação em diplomas legais. À Defensoria Pública, outrora reconhecida como mera "protetora dos pobres", hoje cabe grande aparato próprio de uma entidade considerada como instrumento e expressão do regime democrático: a função de difusão e conscientização dos direitos humanos e da cidadania; a promoção de ações coletivas para tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; a preservação e reparação de direitos de pessoas em vulnerabilidade (consumidores, vítimas de tortura e abusos sexuais, indivíduos discriminados, crianças e idosos); dentre outras atribuições. A Lei Complementar nº 132/2009 – que atualiza a Lei Complementar nº 80/1994 –, a Emenda Constitucional nº 80/2014 e o Código de Processo Civil de 2015 correspondem aos principais mecanismos de modernização da assistência jurídica integral e gratuita.

Tamanho progresso na compreensão, tanto política quanto jurídica, sobre o direito do acesso à Justiça vem acompanhado de diversos desdobramentos de ordem prática: a abrangência dos serviços de assistência jurídica para além do processo judicial; a transição dos aspectos identificadores do cidadão economicamente necessitado para uma análise ampla do estado de vulnerabilidade humana em todos os seus aspectos; a preponderância do interesse de meios alternativos de resolução de conflitos; dentre outros. Ademais, o reconhecimento do direito do acesso à Justiça em sua completude supera o trivial idealismo teórico que ornamenta o Estado Democrático de Direito, demandando a real atuação do Estado em situações consideradas graves numa sociedade que se pretende livre, justa e igualitária.

A institucionalização da Defensoria Pública foi, sobretudo, uma deliberação política realizada pelo constituinte originário no sentido de direcionar a verba estatal necessária para que todos os cidadãos tenham as mesmas condições de acesso à Justiça. Decerto, não seria possível estabelecer um regime democrático sem possibilitar que o ordenamento jurídico se tornasse efetivo a toda a sociedade. Este projeto político foi revigorado pelo

constituente derivado através da Emenda Constitucional nº 80/2014, que estabelece metas de estruturação da Defensoria Pública em todo o território nacional, com condições e prazos específicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. (Colección Estructuras y Procesos).

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber. **Pobreza y derechos humanos: el papel de la Defensoría Pública en la lucha para la erradicación de la pobreza**. In: III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.192.577-RS 2014/0246972-3**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ: 21/10/2015. Brasília, 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=41822765&num\\_registro=201402469723&data=20141118](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=41822765&num_registro=201402469723&data=20141118)>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943-DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 07/05/2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em 30 de junho de 2019.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. **Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies**. Milan: Giuffrè Editore, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **Access to justice and welfare state**. Florença: European University Institute, 1981.

CASAS MAIA, Maurílio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCCP: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC n. 90/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 1: parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

DALLA, HUMBERTO. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Benefício da justiça gratuita**: de acordo com o novo CPC. 6. ed. rev. e atual.. Salvador: JusPodivm, 2016.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito a ter direitos efetivos**: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídica constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2016.

FENSTERSEIFER, Tiago. O controle judicial das políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência jurídica integral e gratuita. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCO, Glauce. Critérios de vulnerabilidade. Direitos humanos e Defensoria Pública como expressão contra-hegemônica da democracia direta. In: FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia (Orgs.). **I Relatório nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015.

GÓMEZ ISA, Felipe. The Reversibility of economic, social and cultural rights in crisis context. In: MUNIATEGI, E.; KLEMKAITE, L. (Coods.). **Local initiatives to the global financial crisis**. University of Deusto, Bilbao, 2012 apud ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no Século XXI**: novos horizontes e desafios. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O direito de acesso à Justiça. In: ROSENBLATT, Ana et al. **Manual de mediação para a Defensoria Pública**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

LIMA, Frederico Rodrigues Vianna de. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao artigo 5º, inciso LXXIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais**. 2ª ed. Petrópolis:Vozes, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 319; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

PORTAL DICIONÁRIO AURÉLIO, Positivo. **Significado da palavra "pobreza"**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGRAS de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. In: **XIV Conferência Judicial Ibero-americana**. Brasília, 2008. Disponível em . Acesso em 06 de abril de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da Justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 21, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. A Constituição e a gratuidade da Justiça no CPC de 2015. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

SMITH, Roger. **Human rights and access to justice**. International Journal of the Legal Profession, v. 14, n. 3, nov. 2007, p. 1. Disponível em: < [https://sas-space.sas.ac.uk/3428/1/Smith%2C\\_Roger\\_-\\_wghart.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/3428/1/Smith%2C_Roger_-_wghart.pdf)>. Acesso em 29 de junho de 2019.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 25, 2012.



## AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL E SUA NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL

**JOÃO PEDRO BRANDÃO DA SILVA:**  
Acadêmico de Direito – FASEC.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR<sup>195</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Em um país onde grande parte da população brasileira não sabe muito sobre criptomoedas, é de dever do Direito acompanhar as mudanças e buscar provisões legais sobre a melhor forma de sua regulamentação. Uma análise sobre a trajetória e transformação do dinheiro e das formas de transações financeiras ao longo da história será feita como forma de melhor entendimento sobre como chegamos no cenário em que hoje nos encontramos, assim como também contaremos a história do Bitcoin, a primeira moeda digital. Será investigado quais caminhos foram tomados por outros governos, assim como as razões por trás de alguns terem proibido e outros terem legalizado as moedas digitais. Por fim, também será explorado através dos exemplos das nações anteriores a nós, qual a forma mais adequada de implementação desta regulamentação às criptomoedas, para que a mesma possa ser efetivada da forma mais bem sucedida possível através da esfera legal em nosso país, reprimindo e penalizando atos criminosos que se aproveitam da falta de lei para ocorrerem.

**Palavras-chave:** Brasil; criptomoeda; fiscalização; regulamentação; tecnologia.

### 1 INTRODUÇÃO

Por mais que ainda a maior parte da população brasileira saiba pouco, ou quase nada, sobre as chamadas criptomoedas e como operam, faz algum tempo que elas vêm se tornando cada vez mais relevantes e se consolidando como novas formas de transações financeiras e investimentos.

É de dever do Direito, por natureza, acompanhar as mudanças que ocorrem em nossa sociedade ao longo do tempo, assim como buscar provisões justas para as inovações e acontecimentos que influenciam a forma de viver do povo e atingem a engrenagem do

---

<sup>195</sup> Professor de Direito – FASEC. Advogado nas áreas de Direito Civil, Trabalho e Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamérica. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Servidor público federal.

sistema financeiro como um todo. Neste projeto, será investigado se há a necessidade de impormos uma legislação normativa no Brasil para as criptomoedas e como seria exatamente essa regulamentação, visto que na ausência de uma, as chamadas moedas virtuais podem ser utilizadas para sonegação fiscal e ações criminosas.

Também será abordado o conceito, por meio de pesquisas bibliográficas, a contextualização do impacto delas para a economia e conseqüentemente como deveria ser esta legislação normativa com base em como outros países lidam com esta questão. A pesquisa será cumprida através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica onde ela será consultada, analisada e dissertada com base em dados já publicados, uma vez que para este tema em específico, outras formas de pesquisa seriam de difícil acesso e pouco proveitosas.

Os passos que serão seguidos na metodologia de pesquisa para a elaboração do projeto serão a análise de artigos científicos referentes ao tema, o estudo dos mesmos e coleta dos dados necessários ao trabalho. Será cruzada as informações do Direito com as informações provenientes dos estudos sobre criptomoedas para um resultado satisfatório sobre a temática proposta.

No primeiro capítulo intitulado “Criptomoedas: história e conceito”, revisitaremos o passado através da história em busca de esclarecimentos sobre como evoluímos de caçadores-coletores para seres que se tornaram completamente dependentes de uma tecnologia da qual não possuem muito conhecimento sobre.

Embarcaremos na busca por respostas sobre como surgiram as primeiras ideias relacionadas ao conceito de dinheiro nos primórdios do tempo, assim como também sobre o desenvolvimento da civilização através das grandes revoluções industriais e tecnológicas que mudaram nossas vidas para sempre. Por fim, apresentaremos o conceito e origens das moedas digitais, mais conhecidas como criptomoedas, assim como também seu modo descentralizado de operação, sendo este um dos motivos para o enorme fascínio e adesão por parte de um número cada vez maior de investidores ao redor do mundo.

No segundo capítulo cujo título é “A normatização das criptomoedas na esfera internacional”, abordaremos a crescente tomada de decisões, favoráveis e desfavoráveis, de diversos governos, assim como as opiniões de seus povos, no que diz respeito à legalização dos ativos digitais e seus respectivos motivos para tais decisões diplomáticas.

No terceiro e último capítulo intitulado “Brasil: caminho para a regulamentação”, exploraremos através dos exemplos dos países anteriores a nós, qual a forma mais adequada de implementarmos uma regulamentação às criptomoedas de forma bem sucedida em nosso país.

Apesar das trocas de bens existirem desde os primórdios da humanidade, demorou uma parcela considerável de tempo para que elas pudessem tomar proporções maiores e mais práticas de utilização, quebrando a barreira daquilo que uma pessoa poderia carregar consigo apenas em suas vestimentas e passando para quantidades antes inimagináveis.

É fato que com a força motora do capitalismo na forma como o conhecemos nos tempos modernos isto foi capaz de acontecer, porém, tais acontecimentos não são privativos unicamente de nosso tempo, assim como Max Weber disse em A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo:

(...) o capitalismo e as empresas capitalísticas (...) existiram em todos os países civilizados do planeta. (...) Isso na China, na Índia, na Babilônia, no Egito, na Antiguidade mediterrânea e na Idade Média, tanto quanto nos tempos modernos. O que havia não eram meramente empreendimentos isolados, mas empresas econômicas inteiramente dependentes da contínua renovação dos empreendimentos capitalísticos e até de operações contínuas.

Porém, foi com o rompimento das correntes que aprisionavam a ciência à Igreja no século XVI, minando suas ações e descobertas, que seu progresso, antes tímido e vagaroso, parou de respirar por aparelhos e passou a se desenvolver exponencialmente, como nunca visto antes. Através de grandes invenções que substituíam a mão de obra humana, a Revolução Industrial inicia-se de maneira pioneira na Inglaterra no século XVIII, tornando-se um marco de enorme avanço tecnológico.

Tal desenvolvimento tecnológico até então de cunho maquinário, culminaria décadas depois na chamada Terceira Revolução Industrial ou, Revolução Digital. Este período foi marcado pela presença de largos avanços científicos em direção à produção de tecnologia eletrônica digital, o que mais tarde tornar-se-ia mãe de todos os computadores que hoje são objetos indispensáveis aos lares humanos.

Através de um inteligente jogo de marketing promovido por empresas pioneiras na produção desta nova tecnologia eletrônica digital, como o caso da Apple e Microsoft, não somente podíamos perceber que agora cada lar partilhava destes objetos “futurísticos” bem acomodados nos cantos de suas salas de estar, como também podíamos nos deparar com versões maiores destas telas cheias de gráficos e números localizadas nas grandes salas de operação da Bolsa de Valores. Uma vez dentro de uma delas, gírias sendo gritadas, gestos obscenos sendo expressos e uma espécie singular de caos organizado, finamente

orquestrado por duas mil pessoas era o que moldava os chamados “pregões viva voz”, por onde grande parte dos recursos financeiros de um país eram negociados.

Em meados dos anos de 2007-2008, os Estados Unidos da América se depararam com um marco histórico na crise de sua economia, o que contribuiu para uma das maiores revoluções no sistema financeiro já vistas pela humanidade. Com o crescimento do valor de suas propriedades através do país como resultado de um aumento na demanda devido a uma irresponsável facilitação do poder de crédito ao consumidor para que este, por sua vez, pudesse ter maior poder de compra, resultou-se em um desequilíbrio na balança financeira, já que tais avanços não foram igualmente acompanhados por um aumento de renda da população que os financiaram.

Apesar desta não ter sido nem a primeira nem a única grande crise da história, como podemos observar em eventos ocorridos desde a Grande Depressão de 1929, onde o brusco desmoronamento do valor das ações da bolsa de Nova York resultou num abalo econômico que se estendeu até meados dos anos 1930, ela se diferenciou das anteriores devido seu intenso impacto econômico e sociocultural, não somente em seu país de origem mas em todo o mundo.

No ano de 2009, um misterioso homem citado pelo pseudônimo de Satoshi Nakamoto, cuja verdadeira identidade permanece desconhecida até os dias atuais, em posse de um destes computadores originados na Revolução Digital, criou a primeira criptomoeda descentralizada e a nomeou como “Bitcoin”.

Na língua inglesa, “coin” é a palavra monossilábica correspondente a “moeda”, enquanto “bit” é uma referência ao termo “binary digit”, o que significa “dígito binário”, sendo um termo na informática para a menor unidade de informação capaz de ser gravada ou enviada. O objetivo de Nakamoto, ou de qualquer que fosse seu verdadeiro nome, munido por fervorosos ideais, era o de salvar a humanidade utilizando um novo sistema monetário que não estivesse mais à mercê de “crashes” econômicos como o ocorrido em 2008 com a **bolha imobiliária** dos Estados Unidos.

As criptomoedas são um meio de troca de bens que se difere das convencionais já amplamente conhecidas e utilizadas pois são descentralizadas, ou seja, não são emitidas ou controladas pela força impositora de governo nenhum, além de pertencerem completamente a esfera digital. A validação de suas transações se dá através de uma tecnologia chamada de Blockchain, onde todo o histórico de compra e vendas que ali ocorre, fica armazenado permanentemente em segurança em uma espécie de livro de registro, a fim de manter a integridade dos dados.

Bill Gates, em uma entrevista de fevereiro de 2021, disse ao programa americano de televisão Bloomberg Technology que: “o dinheiro digital é uma coisa boa”, especialmente

quando se trata de financiar países mais pobres e obter “dinheiro para seus cidadãos de maneira muito, muito eficiente”.

O registro do nome de domínio bitcoin.org foi feito em 4 de janeiro de 2008 e posteriormente um artigo escrito por seu criador, onde a descrevia como “um sistema de transações eletrônicas que independe de confiança”, foi enviado para um fórum de discussão sobre criptomoedas na internet. Juntamente com esta descrição, havia informações práticas de uso e aplicação, visando ensinar como sua criação deveria ser operada e impulsionada através, por exemplo, da prática da mineração.

A mineração é um processo computacionalmente complexo cujo objetivo se sustenta tanto em adicionar novas moedas ao sistema de maneira descentralizada através da execução intencionalmente feita pelos chamados “Mineradores”, como também de adicionar os dados de todas as transações que estão a acontecer dentro do sistema ao chamado “Blockchain”, ou livro de registros, da rede Bitcoin, onde tudo que foi registrado pode ser verificado por cada um de nós. A mineração, desta forma, é um mecanismo que permite que uma rede atinja um estado extremamente seguro e incorruptível de funcionamento, independentemente de um grande órgão central para a manutenção dela, uma vez que basta que pessoas comuns se voluntariem à operar para que todas as engrenagens deste grande sistema continuem a girar.

Através desta publicidade existente em seu livro de registros, ou seja, podendo qualquer um dar uma boa olhada no que já havia sido feito, sabemos que em 22 de maio do ano de 2010, duas pizzas no estado da Flórida, Estados Unidos, foram compradas usando Bitcoins ao invés do papel moeda convencional. Esta transação marcou pela primeira vez na história a troca de uma criptomoeda por dez mil Bitcoins, dando início à uma revolução nas relações de compra e venda que cresceria exponencialmente dali em diante.

Uma vez que há a valorização de uma criptomoeda, o dinheiro investido nela também se valoriza, assim como na compra de ações na Bolsa de Valores, sendo o oposto também verdade. Elas podem, posteriormente, serem convertidas em moedas não digitais e normalmente sacadas e utilizadas para a livre utilização no dia a dia.

Sua crescente popularização através de um visível fascínio pelas massas se dá pela ascendência em exponencial de sua valorização ao longo do tempo. No dia 04 de maio de 2022, para se comprar um único Bitcoin precisa-se de R\$194.830,91 em reais brasileiros. Este valor demonstra uma clara ascensão da moeda em comparação com os apenas

R\$1.209,77 de reais brasileiros que se precisava para comprar a mesma criptomoeda em 20/11/2015.

Com uma promessa de contínua valorização ao longo do tempo e consequente enriquecimento daqueles que nela depositam seu capital, as criptomoedas inevitavelmente tomam a cada dia que passa mais espaço nas mentes e corações esperançosos humanos que buscam não somente a ruptura com os governos e grandes bancos internacionais que controlam de forma centralizada as idas e vindas dos bens individuais de todo cidadão, mas também um retorno financeiro abundante.

A ardente movimentação deste mercado reflete uma espécie de tentativa de procura pelo pote de ouro no final do arco-íris, a busca pela ascensão de castas, uma luta de classes digital que somente existe devido a enorme escassez de recursos ou de distribuição destes recursos presentes no mundo de maneira igualitária.

Assim como dito por Florestan Fernandes em "Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina": " (...) a sociedade de classes possui uma estratificação típica, na qual a situação econômica regula o privilegiamento positivo ou negativo dos diferentes estratos sociais, condicionando assim, direta ou indiretamente, tanto os processos de concentração social da riqueza, do prestígio social e do poder, (...) quanto os mecanismos societários de mobilidade, estabilidade e mudanças sociais."

Ao passo que, milhares de pessoas bem intencionadas depositam parte de suas finanças nestas novas formas de "investimento", algumas outras veem nas criptomoedas uma maneira de driblar o sistema e praticar deliberadamente atos criminosos tais como lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e diversos outros crimes, já que, na ausência de uma legislação regulamentadora no Brasil, torna-se mais acessível a prática destes delitos.

Apesar das criptomoedas serem uma forma de troca de bens relativamente nova no mundo, muitos países já possuem uma regulamentação apropriada no que diz respeito a elas, pois somente através de um determinado controle governamental as nações podem se estruturar para evitarem os crimes financeiros cometidos nesta nova esfera digital.

## **2 A NORMATIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NA ESFERA INTERNACIONAL**

É de senso comum que, em verdade, frequentemente esbarramos em medos irracionais sobre o futuro e tudo que ele nos guarda. No clássico romance Os Miseráveis de 1862, escrito por Victor Hugo (pág.192 da versão francesa), o autor diz: "Não há nada como o sonho para criar o futuro. Utopia hoje, carne e osso amanhã.". Mas apesar desta mensagem otimista sobre a maneira como devemos encarar a chegada inevitável das mudanças, há muito temos sido tímidos e temerosos a elas, como camundongos



suspeitando do próximo pedaço de queijo convidativo disposto a nossa frente, seja por cautela, seja por covardia.

O gradual, mas feroz vento das revoluções se faz ser ouvido hoje como um assobio, oscilando na mesma escala harmônica que o fazia nos ouvidos de nossos ancestrais. Primeiro, nos gera estranheza. Depois, nos faz duvidar. Por fim, nos convida a dançar com ele.

Como toda grande revolução, as criptomoedas chegaram para causar grandes impactos econômicos, sociais e culturais. Porém, há de se esperar que nem todos pensem de maneira tão calorosa e animadora quanto a estes dígitos binários tão mal compreendidos que prometem ser o futuro das transações financeiras desvinculadas das garras de grandes associações bancárias.

Um homem comendo homus e bebendo um delicioso karak chai em um restaurante situado no planalto desértico de Riade não poderia pagar por esta iguaria com Bitcoins, uma vez que os Bitcoins, assim como qualquer outra criptomoeda, tornou-se ilegal em todo o Reino da Arábia Saudita desde agosto de 2018, quando o regulamento foi anunciado pela SAMA (Autoridade Monetária da Arábia Saudita) após um punhado de comentários negativos feitos pelo príncipe Al-Waheed bin Talal sobre o referido tema. Um trecho inicial do regulamento pode ser visto abaixo:

O Comitê Permanente de Conscientização e Alerta contra a atividade não licenciada de negociação de valores mobiliários no mercado de câmbio (Forex), cuja formação foi dirigida pelo Ilustre Líder Supremo, alertou contra a negociação ou investimento em moedas digitais virtuais ou as chamadas (Moedas Virtuais), por causa de várias consequências negativas. Pelos altos riscos de estar fora do escopo do guarda-chuva de supervisão no Reino da Arábia Saudita. O comitê confirmou que as moedas virtuais que surgiram recentemente, incluindo mas não se limitando ao Bitcoin, não são consideradas moedas aprovadas no Reino, e, portanto, as alegações de sites que promovem o investimento nessas moedas na Internet e nas mídias sociais de que são licenciadas por autoridades oficiais do Reino estão incorretas. Nesse sentido, advertiu todos os cidadãos e residentes no Reino a não se deixarem levar pelos convites desses sites e promoções de investimentos e promete obter ganhos financeiros e enriquecer rapidamente por causa da alta regulamentação, segurança e riscos de mercado que eles acarretam, assinando

contratos falsos e solicitando a transferência de fundos para desconhecidos. (...)

Uma “tecnologia disruptiva”, ou seja, uma tecnologia dotada do poder de corromper, desvirtuar, interromper o seguimento normal de um processo, é como os demais países que ainda consideram as criptomoedas ilegais costumam as chamar, não deixando a ensolarada Arábia Saudita sozinha nesta ousada empreitada de tentar parar o inevitável.

Na Bolívia, fantasias de proibição já atingiram a realidade ao proibirem oficialmente moedas que não fossem emitidas e controladas pelo seu governo desde maio de 2014, o que inclui, é claro, as criptomoedas. Com certa indecisão, o Vietnã, por sua vez, ainda se encontra relutante sobre qual deveria ser o passo mais inteligente a ser dado pelo seu governo em relação à regulamentação destas moedas.

Após debates fervorosos sobre o tema, o Ministério da Justiça concordou que deveriam focar seus esforços em decidir, de fato, qual caminho tomar. Dentre as opções levantadas estava a de implementar um regime regulatório que não fosse demasiadamente restritivo, abrindo espaço para uma relativa circulação das moedas digitais.

Outra alternativa seria a de instaurarem uma proibição absoluta, não havendo qualquer chance, dentro da Lei, das transações continuarem ocorrendo. Por fim, o terceiro e último caminho pensado seria o de legalizar as criptomoedas para sua livre circulação desde que sob determinadas condições pré-estabelecidas.

Uma semelhante hostilidade pode ser vista pairando no ar de Bangladesh, onde o Banco Central emitiu um comunicado que expressava a preocupação do governo com as transações destas moedas, uma vez que, elas poderiam facilitar a ocorrência de crimes como o de lavagem de dinheiro, sendo claros ao dizerem que o Bitcoin, assim como as demais criptos não são moedas legais dentro do território bangladeshiano. Um trecho da notícia sobre o comunicado acima citado também pode ser visto abaixo:

Naquela época, o Bangladesh Bank informou que informações obtidas de várias mídias e da Internet revelaram recentemente que criptomoedas como Bitcoin, Ethereum, Ripple e Lightcoin estavam sendo negociadas em diferentes lugares. Essas moedas virtuais não são emitidas pelas autoridades legítimas de nenhum país. Como resultado, nenhuma reivindicação financeira contra esta moeda foi aceita. As transações nessas moedas não são aprovadas pelo Bangladesh Bank ou qualquer outro órgão regulador. É por isso que seu uso está no Foreign Exchange Control Act, 1948; A Lei Antiterrorismo de 2009 e a Lei de Prevenção à Lavagem de

Dinheiro de 2012 não são suportadas. Lidar com parceiros anônimos ou pseudônimos on-line pode inadvertidamente violar as leis de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. (...)

Não há motivos para duvidarmos da razão do temor instaurado em todos estes países, uma vez que é fato que ataques envolvendo o roubo ou a mineração de moedas digitais vêm tomando cada vez mais espaço nos noticiários e na grande mídia. Documentários tem sido feito nas plataformas de streaming, séries sobre o tema tem sido produzidas por grandes produtoras cinematográficas, bombardeando a população com esta novidade tecnológica que cambaleia entre o bem e o mal.

Histórias baseadas em fatos sobre hackers criminosos, indivíduos com alto grau de conhecimento em informática e computação, invadindo o sistema de dados de hospitais para minerarem criptomoedas, o hardware, ou seja, o conjunto de equipamentos eletrônicos físicos do computador de grandes empresas de tecnologia e automobilística sendo usados para roubos milionários, plataformas de troca de dinheiro por moedas digitais sendo usadas apenas como fachada para escândalos internacionais de falsificação e estelionato.

Com a popularização das redes sociais, não somente os rostos, mas também as armas e prêmios do crime dos chamados “playboys estelionatários do Instagram”, sendo seus laptops e Lamborghinis, respectivamente, são amplamente divulgados de forma desinibida para os olhos de literalmente milhões de outros usuários que não somente os observam através da tela de seus smartphones em seu dia a dia, mas os seguem, inspirando-se em seu estilo extravagante e excêntrico de vida.

A lista delituosa cresce em escala exponencial a cada dia pois, ao contrário de outras atividades criminosas cometidas através da internet envolvendo cartões de crédito e demais formas de burlar o sistema, as criptomoedas oferecem uma menor resistência ao crime pela facilidade em converter as moedas que estão apenas no âmbito digital para o mundo real, superando com êxito a etapa mais difícil do jogo criminoso, a lavagem de dinheiro.

Contudo, apesar de ser verdade que todos estes crimes cibernéticos têm ocorrido cada vez com mais recorrência, de maneira geral, eles ocorrem em grande parte mais por uma falta de fiscalização do que por um problema inato na forma de operação das criptomoedas.

É percebido que a maré de pensamento positivo se sobrepõe ao negativo no que diz respeito as criptomoedas uma vez que, existem mais governos adotando-as e

regulamentando-as do que as proibindo. Por outro lado, isto não significa que o povo esteja necessariamente satisfeito com as maneiras de seu governo regulá-las ou até mesmo de as tornarem um pouco menos descentralizadas do que eles gostariam que elas fossem.

No dia 7 de setembro de 2021, o bitcoin se tornou, pela primeira vez no mundo, a moeda oficial de um país quando teve uma lei aprovada pelo Congresso de El Salvador. O governo do referido país tomou tal decisão como esperança de solucionar a problemática de apenas em média 30% de sua população possuir contas abertas em bancos. Desta forma, os cidadãos restantes poderiam usufruir de serviços semelhantes de transações financeiras sem a necessidade de abrirem uma conta bancária. Em trecho abaixo exposto, Santiago Siri, fundador da Democracy Earth Foundation, disse à imprensa local RFI El Salvador:

Isso vai ser posse legal e não vai ter nenhum imposto, ou seja, não vai ter nenhum imposto sobre lucros, o que significa que para todas as pessoas que têm bitcoin ou que querem operar com esse tipo de tecnologia, não haverá problema em fazê-lo em El Salvador. A lei também prevê que, se a pessoa que recebe o bitcoin não tiver meios ou não quiser manter o bitcoin como reserva de valor, também poderá usar a tecnologia para convertê-lo automaticamente em dólares. É uma iniciativa pioneira. É o primeiro estado do mundo a adotar o bitcoin como moeda legal e, sem dúvida, pode abrir um precedente muito importante, especialmente também em um contexto como o da região da América Latina, que é um lugar do mundo muito atrasado, com muita desigualdade, uma crise muito profunda e talvez um precedente como este possa representar uma alternativa viável aos sistemas econômicos que existem hoje na América Latina. (...)

Apesar do claro avanço pelo simples fato do Governo de El Salvador não barrar o progresso natural da evolução das transações financeiras, a satisfação pública não foi unanime, como nunca o é, uma vez que grande parte da população expressou suas opiniões negativas sobre o ocorrido através de entrevistas e pesquisas universitárias.

De forma geral, pesquisas mostram que a adesão governamental às criptomoedas está ocorrendo de maneira mais abrangente em países subdesenvolvidos e emergentes do que em países desenvolvidos, apesar de que, nestes últimos, também ocorre uma notável mudança em seus sistemas. Com um crescimento de 881% (Revista Estadão, investidor, "ranking, adesão às criptomoedas é maior em países emergentes", 2021) desde o segundo trimestre de 2021, nações como Índia, Paquistão, Ucrânia, Nigéria, Quênia, dentre outras, já estão presentes na extensa lista de países que consideram atrativas as novas

possibilidades que as criptomoedas os podem oferecer em contrapartida à suas economias já fragilizadas.

A Austrália e o Japão também foram favoráveis aos ativos digitais, removendo uma lei que penalizava com um imposto duplicado aqueles que os transacionavam e aprovando o Bitcoin como maneira lícita de pagamentos na internet, respectivamente. A Suíça também se encontra na linha de frente do empoderamento dos cidadãos ao diminuir significativamente os impostos sobre todas suas ações financeiras online e dar liberdades amplas para este sistema descentralizado.

Em Amsterdã, a revolução dos ativos digitais também não se encontra muito atrás, já aceitando desde o ano de 2014 pagamentos de turistas na forma de criptomoedas por parte de uma parcela considerável dos comerciantes, sendo visíveis os esforços governamentais sobre a cidade ao instalarem vinte e três caixas eletrônicos para a livre transação de moedas digitais como o Bitcoin.

No dia 9 de março de 2022, o presidente dos Estados Unidos da América assinou um decreto nunca antes feito que tem como objetivo servir de guia para a regulamentação destas moedas no país. O presidente Joe Biden ainda disse que orientou as agências federais regulamentadoras a trabalharem nesta questão baseando-se nos princípios de proteção aos interesses nacionais e à estabilidade financeira de seu país, além de prevenir os usos ilícitos que tanto ocorrem atualmente por usos criminosos das criptomoedas, e outras pautas. Um trecho do determinado decreto está expresso abaixo:

Pela autoridade conferida a mim como Presidente pela Constituição e pelas leis dos Estados Unidos da América, é ordenado o seguinte: Seção 1. Política. Os avanços na tecnologia de contabilidade digital e distribuída para serviços financeiros levaram a um crescimento dramático nos mercados de ativos digitais, com profundas implicações para a proteção de consumidores, investidores e empresas, incluindo privacidade e segurança de dados; estabilidade financeira e risco sistêmico; crime; segurança nacional; a capacidade de exercer os direitos humanos; inclusão financeira e equidade; e demanda de energia e mudanças climáticas. Em novembro de 2021, os ativos digitais não emitidos pelo Estado atingiram uma capitalização de mercado combinada de US\$ 3 trilhões, acima dos US\$ 14 bilhões no início de novembro de 2016. As autoridades monetárias globais também estão explorando e, em alguns casos, introduzindo moedas digitais do banco central (CBDCs). Embora

muitas atividades envolvendo ativos digitais estejam dentro do escopo das leis e regulamentações domésticas existentes, uma área em que os Estados Unidos têm sido um líder global, crescente desenvolvimento e adoção de ativos digitais e inovações relacionadas, bem como controles inconsistentes para se defender contra determinados riscos, exigem uma evolução e alinhamento da abordagem do governo dos Estados Unidos para ativos digitais. Os Estados Unidos têm interesse na inovação financeira responsável, expandindo o acesso a serviços financeiros seguros e acessíveis e reduzindo o custo de transferências e pagamentos de fundos domésticos e internacionais, inclusive por meio da modernização contínua dos sistemas públicos de pagamentos. Devemos tomar medidas fortes para reduzir os riscos que os ativos digitais podem representar para consumidores, investidores e proteções de negócios; estabilidade financeira e integridade do sistema financeiro; combate e prevenção do crime e do financiamento ilícito; segurança nacional; a capacidade de exercer os direitos humanos; inclusão financeira e equidade; e mudanças climáticas e poluição. (...)

No Brasil, o Bitcoin e as demais criptomoedas, não são consideradas ilegais como em outros países, mas também ainda não foi oficialmente regulamentado. Além do projeto de lei PL2303/2015, não possuímos ainda maiores informações sobre quais os limites do que é lícito e ilícito dentro deste vasto mundo cibernético dos ativos digitais perante nosso ordenamento jurídico. Apesar dos alarmantes escândalos de fraudes que por vezes somos noticiados e mesmo apesar da enorme volatilidade do mercado de criptoativos, sabemos que podemos as negociar livremente em todo nosso território nacional, assim como também devemos as declarar no imposto de renda.

Apesar desta ser uma pauta não tão recente, ela vem tomando cada vez mais espaço na mídia e nos debates jurídicos. O tema ainda é controverso pois a regulamentação significa dar uma determinada quantidade de poder ao Estado, poder este que ele não possuiria se as moedas digitais continuassem sem regulamentação. Alguns, defensores da menor autoridade possível do Estado sobre nossas vidas, seguem esta linha de pensamento e são contra a legalização.

Por outro lado, há aqueles que defendem que, atribuindo ao Estado alguma autoridade sobre o assunto, estaríamos mais seguros quanto as ações criminosas que facilmente ocorrem em um ambiente desprovido de rédias governamentais e sem alguma espécie de fiscalização.



Independentemente da linha de pensamento, de uma forma ou de outra, todas as nações que estão a caminhar pela estrada da aceitação e legalização das criptomoedas estão incisivamente, em uma menor ou maior escala, estabelecendo ordem, regras e normas, direitos e deveres, em algum grau. Desta forma, cogitar como a regulamentação poderia ocorrer no Brasil, baseando-se na forma como as outras nações já a fizeram, é um exercício mental de grande importância e relevância para os âmbitos econômicos e jurídicos atuais.

### **3 BRASIL: CAMINHO PARA A REGULAMENTAÇÃO**

Não há outro caminho para alcançar o progresso se não estando ciente da necessidade de progredir. Com as engrenagens que proporcionam o contínuo desenvolvimento de nosso mundo sendo lubrificadas pelo óleo da tecnologia, anos parecem se reduzirem a dias através da velocidade com que somos bombardeados por novas grandes inovações que em outrora, demorariam séculos para surgirem.

Construir uma cabana primitiva na savana africana há milhares de anos atrás poderia ser uma tarefa difícil, quiçá impossível, pois ainda não existiam nem pregos nem martelos. Porém, a partir do momento que as ferramentas para a construção de algo, seja o que for, passam a existir, uma sala que antes ansiava em escuridão total por ser descoberta também é preenchida pela luz de novas ideias nas profundezas dos cérebros de todos aqueles seres que antes se deleitavam em uma existência meramente destinada à adaptação e sobrevivência diária.

Munidos de novas cartas na manga, o homem percebeu que a dádiva da experiência da vida não precisava ser estática, muito menos precisávamos sermos passivos a ela, mas que poderia ser conduzida, modificada e domada através de sua inteligência. O cérebro se tornou um órgão tão relevante quanto os músculos, e através deste processo de evolução caminhou a humanidade. Nossos cérebros pensantes foram capazes de construir prédios e arranha-céus, mas também Leis e normas sociais. Com base em como determinadas nações gerem seus interesses, outras são influenciadas a agirem da mesma forma.

É fato que o Brasil, em termos de tecnologia, não se encontra na linha da frente de avanços científicos como ocorre com outras nações, por sua vez, é natural que também estejamos em déficit de uma regulamentação apropriada que vise lidar com todas estas inovações das quais, conhecendo ou não, faremos parte cedo ou tarde.

Apesar de serem notícia relativamente fresca no consciente coletivo, as criptomoedas já fazem parte fundamental da economia de muitos países, como explicitado

no capítulo anterior. O movimento de legalização e de sancionamento de leis referentes à permissão de seu livre uso no mercado vêm ganhando cada vez mais apoio midiático e jurídico, com países normalmente se espelhando nas decisões prévias de outras nações.

No Brasil, o único projeto de lei criado desde o surgimento das moedas digitais em 2008 foi o PL2303/2015, que previa regras para a negociação das referidas moedas com o objetivo principal de reprimir a prática abundante de crimes de lavagem de dinheiro e estelionato.

O projeto de lei do deputado Aureo Ribeiro foi aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 08/12/2021, visando que o projeto considera criptomoeda toda forma de representação na esfera digital de algum valor negociado ou transferido por pessoas jurídicas que executam serviços de troca, transferências, administração ou custódia delas.

No dia 8 de julho de 2015, a Casa Iniciadora, onde se dá início ao trâmite de um projeto de lei, uma proposta de emenda constitucional ou qualquer forma de norma que necessite passar por uma aprovação, através da Câmara dos Deputados, aprovou o projeto de lei 2303/05, referido no penúltimo parágrafo acima.

Passados alguns anos desde este primeiro passo inicial, na data de 9 de dezembro de 2021, a Casa Revisora (onde o projeto de lei passa primeiramente pelas comissões de mérito e depois, é enviado para discussão e votação no plenário), através do Senado, remeteu à Câmara dos Deputados, concluindo também esta segunda fase.

A terceira fase deu-se então na constada data de 4 de maio de 2021, onde consta-se a ocorrência de uma análise de emendas na Câmara. Esta terceira fase do processo ainda está em tramitação, aguardando despacho do Presidente da Câmara dos Deputados para que apenas depois possa passar para a fase seguinte.

Por fim, a última fase prevista é a de sanção, pelo Presidente da República, mas em falta da conclusão da fase anterior, está ainda se mantêm em espera até que ocorram novas atualizações no processo.

Com sabedoria e cautela, a manifestação explícita de uma tomada consciente de influências nas decisões prévias de outras nações, alinhada a uma fina adequação aos moldes de nossa sociedade, já que, cada governo deve atuar perante as capacidades, peculiaridades e limites de sua pátria, apresenta-se como a melhor e mais inteligente investida para o gradual acompanhamento por parte do Estado das grandes mudanças repentinas que diariamente estão a emergir devido ao implacável avanço exponencial da tecnologia.

Desta forma, com a maré das mudanças voltadas para a legalização e normatização dos ativos digitais em todo o mundo, no Brasil não será diferente, como podemos observar que já não o é. Com base no projeto de lei que está em tramitação, pode-se averiguar a referida influência do modo de normatização internacional sobre as criptomoedas citada no parágrafo anterior, buscando, desta forma, através de um espelhamento nas decisões governamentais exteriores, estabelecer um meio termo justo entre permitir o livre uso das referidas moedas e observar regulamentações impostas pelo Estado como forma de prevenção e sanção à todas os mecanismos de condutas ilícitas antes praticados por oportunismo de mentes criminosas sobre a ausência de normas reguladoras.

Por mais que a maior parte da população brasileira ainda saiba pouco sobre as criptomoedas e como elas operam, a tendência é que a cada novo crepúsculo surgido, a cada nova primavera vinda e ida, nossas vidas sejam invadidas por novas maneiras de pensar, agir, vender e comprar. É da natureza humana resistir às mudanças, mas também é de nossa natureza se adequar a elas, quando elas são constituídas por forças vorazes demais para serem ignoradas.

Num mundo em mudanças, o objetivo de um governo não deve ser o de lutar contra os avanços irreversíveis da tecnologia, mas sim é de seu dever acompanhar as mutações que ocorrem em nossa sociedade em uma busca incansável por provisões justas e adequadas, sejam elas inovadoras ou espelhadas em influência externa, para os acontecimentos que atingem as engrenagens do sistema financeiro e que influenciam nossas vidas como um todo.

#### **4 CONCLUSÃO**

Mediante uma breve história do dinheiro, termos tecnológicos complexos surgidos com as grandes revoluções digitais e a tomada de decisões de diversas legislações governamentais sobre esta mais nova forma de transação financeira, este trabalho teve o objetivo de conduzir o leitor para a melhor compreensão possível do presente momento histórico no qual vivemos, onde novas leis estão sendo formuladas para acompanhar o ritmo das mudanças.

Acredito fielmente na grande relevância deste tema, não apenas para mim, como indivíduo, mas para toda a sociedade. Ter o prazer de acompanhar um acontecimento único onde as áreas jurídica e tecnológica se unem para um futuro melhor é gratificante, assim como o relatar para um número crescente de pessoas para que estas estejam a par desta nova era operacional financeira.

Através deste trabalho, deixo minhas contribuições sobre o referido tema com pesquisas, citações e estudos que demonstram como não podemos parar no tempo, muito menos ignorar o inevitável. O ordenamento jurídico brasileiro deve estar sempre de olhos abertos, buscando a mais rápida e justa adaptação possível. Busco informar e deixar, através dos exemplos de governos anteriores, o melhor caminho a ser trilhado por nosso país, para que possamos todos usufruir dos benefícios de tecnologias emergentes sem maiores preocupações com o aumento do índice criminal cibernético.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4401/2021 (Nº Anterior: PL 2303/2015)**. Disponível em

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>> Acesso em 5 de junho de 2022.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. São Paulo: Global, 2019

GRAHAM, Benjamin. **O investidor inteligente**, São Paulo: Harper Collins, 2020.

MILL, Alfred. **Tudo o que você precisa saber sobre economia**. São Paulo: Gente, 2017.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2020.