

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1179

(Ano XV)

(02/12/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1179



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

#### **Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1179 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 712 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



#### **Golpe de Estado sem armas? Um assunto que realmente me sensibilizou**

*Ives Gandra da Silva Martins, 10.*

### ARTIGOS

#### **Minirreforma Eleitoral não resolverá às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral nem tão pouco da política partidária existente no País.**

*Edson Sebastião de Almeida, 14.*

#### **Diretrizes hermenêuticas decorrentes da Súmula Vinculante nº 24 STF**

*Adel El Tasse, 35.*

#### **Uma análise sucinta do princípio da segurança jurídica e o instituto prescricional no ordenamento civilista brasileiro**

*Larissa Romero de Souza e Vanildo da Silva Soares, 37.*

#### **Transformação Tecnológica dos Juízes 100% Digitais: resultado das boas práticas no Núcleo de Justiça 4.0 do Tribunal de Justiça da Bahia**

*Joselia Gomes do Carmo, 60.*

#### **O Acordo de não persecução penal como âmago da nova política criminal**

*Victor Cypriano Correa, 73.*

#### **Direito penal como instrumento de combate ao feminicídio**

*Sandra Maria de Lima Pasquini, 80.*

#### **A insegurança jurídica sobre o Funrural devido por produtor rural pessoa física e pelo segurado especial: Reflexos de uma crise institucional e a parcial resolução com a criação do Programa de Regularização Tributária Rural (Lei 13.606/2018)**

*Ariel Bianchi Rodrigues Alves, 93.*

#### **Dano moral e sua difícil tarefa de aplicação: dificuldade de adotar e valorar o dano moral pelos magistrados em situações envolvendo transporte público coletivo**

*Eduardo Henrique da Silva Amaral, 131.*

#### **A (in) constitucionalidade da garantia do juízo como requisito para oposição de embargos à execução fiscal**

*João Victor Silva Alencar e Luiz Eduardo Alves Viana, 159.*

#### **A excepcionalidade da intervenção federal**

*Renata Corrêa da Silva, 186.*

**Direito à desconexão: estudo da regulação do direito à desconexão do trabalho**

*Luiza Correia de Souza, 201.*

**A responsabilidade jurídica ambiental e a atuação da Defensoria Pública: a Defensoria Pública como instrumento essencial à justiça do direito ao meio ambiente**

*Sérgio Vinícius Calves, 217.*

**A crise da Administração da Justiça como condição para o surgimento da Sociologia do Direito enquanto ciência**

*Jeff David Mac Donald da Silveira Carneiro e Osman Nasser Antunes Aguiar, 224.*

**Alienação parental: limites e direitos**

*Thiago Darsetti Barbosa e Victoria Nathiele Santos Lima, 237.*

**Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia como forma de desafogar o sistema judiciário brasileiro**

*Vagner Lopes dos Santos, 255.*

**Acordo de leniência: uma análise crítica da eficácia do instrumento na prevenção e combate à corrupção**

*Kelly Natasha Soares e Bianca Paula Ferreira dos Santos, 271.*

**Diálogo competitivo como modelo licitatório para inovações tecnológicas e soluções: inovações da Lei n. 14.133/2021**

*Joselia Gomes Do Carmo, 300.*

**Análise das Metodologias Utilizadas nos Laudos Periciais de Insalubridade e Periculosidade nos Processos Trabalhistas**

*Cristiano Elias e Marcos Henrique Silva Rocha, 313.*

**Prisão preventiva e direitos fundamentais: a relação entre a necessidade da prisão preventiva e os direitos fundamentais.**

*Sérgio Vinícius Calves, 318.*

**Do direito à pensão por morte do menor sob guarda após a Emenda Constitucional nº 103/2019**

*Luana Strapazon de Almeida, 328.*

**A legitimidade da superação legislativa em relação a entendimento firmado em súmula vinculante.**

*Marisa Bezerra Cortes Nascimento, 342.*

**Violência doméstica contra a mulher no Brasil: a importância da Lei Maria da Penha – uma revisão bibliográfica**

*Lanna Guerra Gazito e Maria Victoria Máximo Ribeiro, 372.*

**Responsabilidade Civil e Dano Moral nas Relações na Internet**

*Cláudio Moisés Rodrigues Pereira, 394.*

**Improbidade Administrativa: Análise da conduta do agente público e sua responsabilização perante a sociedade**

*Izabela da Silva Brandão, 404.*

**Um estudo detalhado sobre as transformações da Lei de Licitações**

*Robson José Gonzales, 424.*

**Juizado Especial Cível, a solução que se tornou problema**

*Davi Fernandes Ferreira e Breno Marques de Freitas, 445.*

**Os direitos autorais e o direito de imagem na internet: a realidade brasileira dos direitos da personalidade**

*Mathews Amadeu Verlangieri, 468.*

**O controle judicial de políticas públicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a questão do Sistema Penitenciário brasileiro**

*Stebbin Athaides Roberto Da Silva, 484.*

**Assistência jurídica no processo penal e o acesso à justiça: perspectivas de assistência jurídica no âmbito do processo penal para o acesso à justiça**

*Sérgio Vinícius Calves, 503.*

**Tempo, duração razoável do processo e prisão preventiva**

*Beatriz Altimari Ferreira, 516.*

**Participação democrática na tutela jurisdicional penal e os hipervulneráveis**

*Miguel Angelo da Silva Ribeiro, 533.*

**A reforma trabalhista e seus impactos nas relações de trabalho**

*Flavia Carolina Valerio, 550.*

**Marco temporal para demarcação de terras indígenas e o impacto no agronegócio**

*Bruna Barbosa Vieira e Juliana Souza Ferreira de Assunção, 565.*

**A problemática dos crimes cibernéticos: estratégias jurídicas adotadas pelo direito penal brasileiro**

*Mariana de Araújo Caputo, 576.*

**Direito de privacidade e o reflexo da megaexposição consentida pelo usuário nas redes sociais**

*Henrique da Mata de Sousa e Pollyanna Araújo Rocha, 593.*

**A evolução histórica da família e os formatos contemporâneos**

*Marlete Alves Gloria, 613.*

**O abandono afetivo percebido a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça**

*Priscila Garcia Acacio, 638.*

**A aplicação de medidas alternativas à prisão: um estudo em torno de medidas alternativas ao cárcere e a aplicação desses institutos**

*Sérgio Vinícius Calves, 653.*

**A utilização de bens apreendidos pelas polícias civis: a aplicação por analogia da redação original do artigo 61 da Lei 11.343/2006 para outras infrações penais tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro**

*Rodney Martins Farias, 669.*

**Biopolítica: a lógica estatal de controle populacional em Michel Foucault**

*João Paulo de Moura Rosa, 682.*

**As ondas renovatórias de acesso à Justiça e uma análise de como superar as barreiras da exclusão digital**

*Amanda Caroline Soares, 699.*

**O direito à creche e a saúde mental feminina**

*Natalia das Águas Costa de Jesus, 707.*

## GOLPE DE ESTADO SEM ARMAS? UM ASSUNTO QUE REALMENTE ME SENSIBILIZOU

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifieo, UniFMU, do Ciee/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia)<sup>1</sup>

Um assunto que realmente me sensibilizou foi a morte, em 20/11, desse pai de família, com dois filhos, casado, que estava preso na Papuda, Brasília-DF, e sofria de diabetes e de hipertensão (Cleriston Pereira da Cunha). A própria Procuradoria Geral da República tinha pedido para dar prisão domiciliar para que ele pudesse ser tratado. O pedido estava na Suprema Corte desde o mês de setembro.

Ele continuou preso e morreu. Um homem, simples, sem ficha nenhuma, segundo os jornais, pai de família, com dois filhos, que participou de um quebra-quebra, que era uma **mera manifestação política**, e que, evidentemente, não era golpe de Estado porque não havia armas. Integro a Academia Paulista de História, sempre gostei de história. Escrevi livros de história. Nunca vi na história do mundo, um golpe de Estado, sem armas. Aquele grupo de baderneiros que transformaram uma manifestação política em um quebra-quebra, jamais poderia ter dado um golpe de Estado. Jamais.

Pergunto aos 207 milhões de brasileiros: quando no mundo houve um golpe de Estado sem armas? O Brasil tem um exército de 220 mil soldados; a Marinha, 55 mil; a Aeronáutica, 55 mil; policiais militares são, mais ou menos, 600 mil. E o grupo que estava lá não tinha nenhuma arma. É possível derrubar um governo eleito pelo povo sem armas? Evidente que não era golpe de Estado.

Foi um grupo que foi fazer um protesto político e, depois, transformou aquilo numa baderna. Eles deveriam ter a mesma punição que tiveram aqueles baderneiros do PT e do MST, que invadiram o Congresso Nacional, na época em que era Presidente da

---

<sup>1</sup> doutor honoris causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs PR e RS, catedrático da Universidade do Minho (Portugal), presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP, ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp).



República, o Presidente Michel Temer, e foram tratados como baderneiros. Mas nunca foram tratados como golpistas.

Tenho a sensação de que venderam uma ideia de que grupo desarmado poderia dar um golpe de Estado. Prenderam pessoas sem nenhum passado criminal, com folha corrida criminal em branco, e deixaram presos. Estão aplicando penas de 17 anos. E um deles, pai de família, com mulher e dois filhos, preso com problemas de saúde, com a Procuradoria Geral da República pedindo ao Supremo Tribunal Federal pela libertação dele desde setembro, transformando-a em prisão domiciliar. Ele morre no mês de novembro. Morre com ataque cardíaco. E isso é natural, e, nesse caso, os direitos humanos pouco importam.

A meu ver, hoje nós temos um problema no direito que me entristece muito, como advogado. Advogado há 65 anos. O direito do advogado de exercer a sua profissão está sendo reduzido. Quando eu comecei a advogar, eu ainda menino praticamente, sustentava perante o Supremo Tribunal Federal, era recebido pelos próprios ministros em Brasília em 1961, 1962, 1963. Eles estavam recém-instalados em Brasília. Me tratavam com muito respeito. Aliomar Baleeiro, Hahnemann Guimarães, Pedro Chaves.

Sendo um advogado, enfim, recém-formado, cuja carreira universitária ia começar só no ano de 1964. Era ouvido nas sustentações orais pelos ministros. Hoje, as sessões são virtuais para a condenação de pessoas a 17 anos de prisão. Sessões virtuais em que o advogado não olha os olhos dos ministros, porque manda a sustentação oral através de um vídeo, na esperança de que venha a ser visto e ouvido. Coisa que eu entendo que não deve acontecer. Um ministro, com todas as preocupações, com as palestras que tem que dar fora, as viagens que tem que fazer, dificilmente terá tempo de ouvir.

Vocês acham que recebendo essas sustentações orais, eles vão se sentar numa mesa e ficar ouvindo? É possível que façam. Mas muitos advogados têm a impressão de que não. E as próprias declarações são intrigantes: "Não, o que está escrito não precisa ser dito". Há um direito funcional com a sustentação oral. E agora, inclusive, um regimento interno mudando esse direito. O Supremo dizendo o seguinte: quando uma sessão virtual é transformada em sessão plenária, o advogado que mandou a sustentação oral não poderá fazer uma nova sustentação oral perante o plenário. Ora, os advogados que mandaram virtualmente a sustentação são aqueles advogados mais importantes na causa. Se não puderem mais falar diretamente com os ministros – quantas vezes eu, quando sustentava perante o Supremo, mudava a minha orientação de acordo com a reação que

ia percebendo dos ministros da Suprema Corte, aí está a razão da advocacia, aí está a razão da sustentação oral, aí está a razão de convencer todos os ministros, no momento em que se apresentam os principais argumentos. Isso praticamente está sendo abolido.

Porque, mesmo quando uma sessão virtual, que hoje predomina sobre as sessões presenciais, é transformada em presencial, por pedido de destaque, é evidente que a sustentação oral não vai ser feita pelos que são advogados os mais importantes, por aqueles que fizeram a sustentação oral, mandando-a e não tendo a certeza se a sessão virtual poderia se transformar em sessão plenária. A Ordem dos Advogados do Brasil tem protestado de uma forma tímida ao abrir o Conselho Federal na defesa do direito à advocacia.

E a Ordem Seccional de São Paulo, infelizmente nós não estamos vendo integrada a esta luta, das mais importantes. Quando fui presidente do Instituto de Advogados, de São Paulo, de 1985 a 1986, junto com nossos presidentes, do Conselho Federal da Ordem e do Conselho Seccional defendíamos o direito do advogado – importantíssimo para a administração da justiça – poder exercer o direito do cidadão. Nossa credibilidade era maior, porque o advogado representa o cidadão que está sendo condenado, ou que está sendo acusado. Nós tínhamos a respeitabilidade e a coragem de enfrentar.

A relação de importância da magistratura é igual, - sempre disse isso nas minhas aulas desde 1964 -, ao advogado e ao membro do Ministério Público. É que sem eles, não haveria justiça.

Não pode haver justiça sem advogado, não pode haver justiça sem Ministério Público, não pode haver Ministério Público e Advocacia sem magistrado. Os três são igualmente importantes para a administração da justiça.

Por isso estão no título IV do capítulo do Poder Judiciário e das funções essenciais à administração da justiça.

Hoje nós estamos tendo um enfraquecimento da advocacia e não se tem tido a coragem necessária daqueles órgãos que representam os advogados de defender, à exaustão, o direito do advogado, de exercer o direito maior num processo judicial, de que, no ponto final do julgamento, possa sustentar oralmente, sendo todos os ministros, todos os desembargadores obrigados a ouvir aquele que está na defesa do cidadão.

É o exercício maior da cidadania, aqueles que defendem o Estado de direito sem ganhar absolutamente nada, porque os membros do Ministério Público e o Poder Judiciário, para defender a democracia, são pagos pelo Estado.

O advogado é pago pelo seu cliente para defender a cidadania, mas para defender o Estado de direito faz, como sempre fiz, quando era presidente, ou quando era conselheiro da ordem, presidente de instituições jurídicas e de academias jurídicas, "pro bono", porque o patriotismo se exerce por amor à pátria e o Estado de direito se defende por amor à pátria.

Enfim, a morte de um cidadão em que a própria Procuradoria Geral da República, em setembro, pediu por causa da sua saúde que não continuasse detido, me sensibilizou, me sensibilizou como advogado, me sensibilizou como cidadão brasileiro, me sensibilizou como pai de família, porque eu me perguntaria, se eu tivesse morrido aos 46 anos, com meus 6 filhos pequenos, o que seria da minha mulher para poder tocar sozinha a educação de seis filhos? Isto é algo que nós temos que refletir seriamente.

Nós, advogados na defesa da democracia, os membros do Ministério Público, devemos exercer com maior intensidade a defesa da cidadania, e os membros do Poder Judiciário, para mais do que fazer justiça, não fazerem injustiça, como aconteceu nesse caso.

## **MINIRREFORMA ELEITORAL NÃO RESOLVERÁ ÀS ANOMALIAS EXISTENTES NO ATUAL ARCABOUÇO ELEITORAL NEM TÃO POUCO DA POLÍTICA PARTIDÁRIA EXISTENTE NO PAÍS.**

**EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:**

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária<sup>2</sup>.

**RESUMO:** No contexto político em que vivemos no País, procuramos mostrar aos leitores sobre as normas malfeitas elaboradas pelo executivo e legislativo, que ocasionam um Ativismo Judicial pelo STF, resultando danos de uma maneira geral. Por sua vez, sobre a Minirreforma Eleitoral, esclarecemos que ela não resolverá as anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral, diante disso, mostramos sobre como funciona a política partidária, discorrendo fatos fidedignos das eleições de 2022, negligências *interna corporis* de partido político, recursos de campanha eleitoral, filiação partidária, reparação de danos por perda de chance de candidatos ao cargo eletivo, salários dos parlamentares, o Brasil Republicano, comportamento dos eleitores e dos políticos, independente da sua opção ideológica, Estado Democrático de Direito e o golpe antidemocrático aos Três Poderes, de 8/1/2023, entre outros pontos no contexto da política no País e discorreremos sobre o projeto da Minirreforma Eleitoral em tramitação no Senado Federal, nas considerações finais apresentamos sugestões.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução. 2. – Minirreforma Eleitoral não resolve às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral nem tão pouco da política partidária existente no país. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

**Palavras-chaves:** Arcabouço Eleitoral, Minirreforma Eleitoral, Partidos Políticos, Campanha Eleitoral, candidatos, eleitores, recursos partidários, filiações partidárias, negligência *interna corporis*, ativismo judicial, STF, TRE, STE, Câmara dos Deputados, Senado, executivo, legislativo, Estado Democrático de Direito, Brasil Republicano, aposentados do INSS, salários de parlamentares, eleições, Estado Democrático de Direito.

### **1 – INTRODUÇÃO**

---

<sup>2</sup> e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas. E-mail: edsonalmeida1949@gmail.com

O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores, de maneira geral, no sentido de que a Minirreforma Eleitoral não resolverá às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral nem tão pouco da política partidária existente no País.

Diante disso, o legislador não cumpriu o seu papel de expressar com clareza e objetividade o espírito da lei a ser pretendido, com Medidas Provisória, editadas pelo executivo convertidas em lei pelo legislativo, procedimento político de um regime parlamentarista, ocasionando um ativismo judicial, inclusive sobrecarregando o STF e a harmonia entre os Três Poderes.

O Arcabouço Eleitoral, também está eivado de norma que ocasiona ativismo judicial, por esse motivo, por meio de citação mencionamos normas consideradas inconstitucionais pelo STF, por exemplo, doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, entre outras.

Ainda, discorremos que a “Minirreforma Eleitoral”, não resolverá às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral nem tão pouco da política partidária do País.

Nesse sentido, mostramos que no contexto atual em termos corporativos os partidos políticos estão na contramão do cumprimento de um Código de Condutas de Éticas, *Interna Corporis*.

Assim, mencionamos os aspectos relacionados às filiações partidárias em que o candidato ao cargo eletivo teve sua candidatura indeferida, por negligência, *interna corporis* do partido, anomalias processuais relacionadas entre o TRE e o partido político, falta de observação das normas eleitorais e societária sobre fusão de um partido para outro, falta de análise pelo partido político do pré-candidato no Sistema FILIA do TSE.

Ainda, campanha eleitoral do candidato ao cargo eletivo sem nenhuma comunicação do partido político que sua candidatura estava *sub judice*, agindo de forma enganosa, com isso, o candidato participou das gravações para TV, campanhas no interior, participação em evento sobre plano de governo, na condição de candidato do partido, entre outras participações, resultando abuso de confiança, cujos atos do partido político podem ser considerados má-fé.

Por essas razões, ficou evidenciado que o indeferimento da candidatura do candidato ao cargo eletivo, por negligência do partido acarretou o dano, pela perda da chance do candidato de ser eleito, que nos dias atuais uma simples chance possui um imensurável valor que, se esvaecida pela conduta lesiva de outrem, torna-se passível, sim, de reparação, por essa razão, o texto consta uma vasta citação da doutrina e jurisprudência.

A eficácia do “Sistema Eleitoral Brasileiro”, não se restringe apenas ao funcionamento das urnas, também, aos atos praticados pelos partidos políticos, candidatos, eleitores, mídia e dos órgãos públicos fiscalizadores, por essas razões, demonstramos vários aspectos os quais estão relacionados aos partidos políticos, parlamentares, eleitores, redes sociais, tendências ideológicas, Estado Democrático de Direito, Brasil Republicano, tentativa de golpe e o projeto da Minirreforma Eleitoral que tramita atualmente no Senado. Enfim, nas considerações finais, com base no texto argumentativo, propomos algumas sugestões.

## **2 - MINIRREFORMA ELEITORAL NÃO RESOLVERÁ ÀS ANOMALIAS EXISTENTES NO ATUAL ARCABOUÇO ELEITORAL NEM TÃO POUCO DA POLÍTICA PARTIDÁRIA EXISTENTE NO PAÍS.**

A Medida Provisória é semelhante ao extinto decreto-lei que era de competência do executivo, modelo italiano de um sistema parlamentarista, foi criada na CF/1988, numa expectativa de mudança de regime para o parlamentarismo, o que acabou não acontecendo com o plebiscito;

Tais, Medidas Provisórias são elaboradas pelo Poder Executivo, adotadas para fins de medidas de governo, ocasionando normas malfeitas, inclusive pelo legislativo quando da sua conversão em lei ordinária, por isso, diante das anomalias, constantes nas normas, ocasionam o ativismo judicial, sobrecarregando o STF, prejudicando a população do País, bem como, harmonia entre os Três Poderes.

Os leitores poderão observar que no contexto em que vivemos há um prejuízo para sociedade em consequências das normas malfeitas elaboradas tanto pelo executivo, quanto por intermédio do legislativo, dificultando sobremodo os Magistérios que atuam nos processos judiciais, ocasião em que se depararam com incongruências nas edições das mencionadas normas pelo fato do legislador não terem cumpridos o seu papel de expressar com clareza e objetividade o espírito da lei a ser pretendido, com isso, o prejuízo é de uma maneira geral.

Por esses motivos, temos presenciados um ativismo judicial do STF<sup>3</sup> em face de normas sobre legislação eleitoral, na obra de Rui Nestor Bastos Mello<sup>4</sup>, ele esclarece:

---

3 OLIVEIRA, Umberto Machado; DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. *Ativismo Judicial*. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 175-253.

4 MELLO, Rui Nestor Bastos. **O Ativismo Judicial do STF em face do Legislativo: identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política**. p. 249. Disponível em: <https://aje.tre-ba.jus.br>. Acesso em: 21/09/2023.

21) As decisões do STF que reputaram inconstitucionais as normas eleitorais que estabeleceram as cláusulas de barreira ou de desempenho dos partidos políticos configuram exemplos de ativismo judicial, em razão da deficiência na interpretação constitucional e na ponderação dos bens e interesses conflitantes. O STF ampliou, em demasia, o sentido e alcance dos princípios constitucionais do pluralismo partidário, do regime democrático e da igualdade e não apreciou corretamente a realidade subjacente à decisão, ignorando ainda a preferência que deveria ser atribuída às justificáveis decisões legislativas sobre a complexa temática da limitação ao funcionamento de partidos sem representatividade política.

No que diz respeito ao Arcabouço Eleitoral e a Minirreforma Eleitoral<sup>5</sup>, foi encaminhada pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, para fins de votação, por meio do Ofício nº 209/2023/SGM-P.

No contexto atual, em termos corporativos presenciamos que os Partidos Políticos estão na contramão do cumprimento de um Código de Condutas de Ética, Interna *Corporis*, faltando-lhes a boa prática de governança corporativa<sup>6</sup> e *compliance*, vinculadas às competências dos colaboradores do Partido Político, os quais devem atuar com legalidade, impessoalidade, moralidade, comum nas governanças corporativas, cujo objetivo é estabelecer padrões de comportamentos esperados.

De fato, em nossos estudos sobre o tema há situações em que determinado filiado de algum partido é candidato a um cargo eletivo, aprovado pela Presidência Regional do Partido e teve sua candidatura indeferida pelo TRE, por não comprovação da filiação partidária, com anomalias *interna corporis* de seus colaboradores no exercício das suas funções.

Nesse sentido, o próprio TRE, sob alegação de que o candidato não atendeu integralmente a diligência deixando de comprovar a regularidade de sua filiação partidária indeferiu à candidatura, porém, o candidato que era o maior interessado ao cargo eletivo

---

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Minirreforma Eleitoral de 2023**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20/09/2023

6 ALMEIDA. Edson. **Governanças Corporativas: poder, ética e cultura das modernas administrações públicas e privadas**. Postado em 18 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.tribunadoreconcavo.com>. Acesso em: 18/06/2022.

não foi comunicado nem pelo TRE, nem tão pouco pelo Partido Político, diante disso, não lhe dando o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Na época o candidato teria condições de provar sua filiação partidária, ocorrida bem antes do prazo para fins de candidatura, de maneira que o candidato atenderia o parágrafo único, do art. 9º, da Resolução da Lei das Eleições e não teria sua candidatura indeferida, sob alegação de que: “o candidato não comprovou a regularidade da sua filiação”.

Portanto, não foi o candidato objeto de nosso estudo que deixou de atender o TRE e sim quem deixou de atender o pedido foi o partido político, além do mais, o candidato não concedeu nenhum Instrumento de Mandato, dando ao advogado do partido poderes a fim de representá-lo junto ao Tribunal Regional Eleitoral.

De sorte que, ficou evidenciado que faltou boa prática de governança corporativa e compliance, vinculadas às competências dos colaboradores do Partido Político, resultando numa negligência prejudicando substancialmente naquela época das eleições o postulante ao cargo eletivo.

Além do mais, o partido deixou de atender à Resolução nº 23.117/2003-TSE, que atribui ao partido político a responsabilidade pelo envio da lista de filiados à Justiça Eleitoral no Sistema Eletrônico, denominado FILIA, inclusive pelo fato de que em fevereiro de 2022, o candidato foi aprovado como pré-candidato ao cargo eletivo, por intermédio do presidente do partido, compartilhando a pré-candidatura, com os assessores políticos do partido que fizeram parte do processo da pré-candidatura aprovada naquele dia.

Ainda, sobre a oficialização da pré-candidatura, poderá ser atestada na ocasião em que o partido, disponibilizou ao candidato cursos preparatórios sobre legislação eleitoral, destinados aos pré-candidatos por meio de Curso Arrecadação, Gastos e Prestação de Contas, concluído, atribuindo-lhe Certificado de Curso para Pré-Candidato.

Vale mencionar que o art. 14-A, da Resolução nº 23.596, de 20/08/2019, prevê que é de inteira responsabilidade do órgão partidário o adequado registro de filiação partidária no sistema eletrônico (FILIA), o que nos remete afirmar que o partido negligenciou a mencionada atribuição, com isso, resultando o indeferimento da candidatura, entre outras, omissões as quais entendemos que sobre os procedimentos *interna corporis*, requer a boa prática de governança corporativa e *compliance*.

---

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.596, de 20/08/2019. Dispõe sobre a filiação partidária institui o Sistema de Filiação Partidária (FILIA), disciplina o encaminhamento de dados pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em: 30/09/2022.



Além disso, quando existe a fusão de um partido para outro, conforme, ocorreu com o partido político, no que diz respeito, às pré-candidaturas, data vênua, nesse caso faltou ao partido uma análise minuciosa para fins de filiação visando à validação e correções daquelas pré-candidaturas que não constavam no sistema eletrônico FILIA do TSE.

De fato, na informática à transferência de dados de um sistema para outro, ocorre por meio de migração de dados, o que certamente não deve ter ocorrido por ocasião da fusão de um partido para outro partido, porém, tão somente o candidato ao cargo eletivo teve sua candidatura indeferida, por motivo de filiação partidária para surpresa do candidato ao cargo eletivo, os demais candidatos filiados do partido suas candidaturas foram aprovadas.

No que diz respeito à menção do parágrafo único, art. 9º, da Lei das Eleições nº 9.504/1997, redação dada ao art. 9º pela Lei nº 13.488, de 2017, a relatora do processo junto ao TRE, agiu corretamente ao mencionar sobre fusão partidária a qual poderá ser considerada para efeito de filiação, considerando a data de filiação do partido de origem, a exemplo, do que ocorreu com o candidato filiado do partido fusionado que deu lugar ao atual partido, cuja fusão foi aprovada no início de 2022, por intermédio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), mas por negligência partidária o candidato foi prejudicado pelo indeferimento da candidatura ao cargo eletivo.

Assim, no direito empresarial pátrio, por meio da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, prevê normas sobre cisão, fusão e incorporação. No que diz respeito à fusão prevista no art. 228, estabelece que a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Em simetria à legislação empresarial na fusão a legislação determina que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados, diante disso, mesmo que haja alterações na estrutura jurídica da empresa, os direitos dos empregados são preservados, ou seja, não há sentido lógico jurídico demitir para depois admitir no quadro de empregados da organização.

---

8 ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 27. ed. **Lei nº 6.404, de 15/12/1976**. São Paulo: Rideel, 2018, p. 1004.

Nesse sentido, a relatora categoricamente mencionou o parágrafo único, art. 9º, da Lei nº 9.504, de 30/09/19979, sobre o direito do filiado do partido, ou seja, pelo **princípio da equidade os empregados e os filiados do partido político terão seus direitos assegurados na estrutura, por essa razão, não há sentido lógico jurídico ter que demitir e admitir o empregado, bem como, desfiliar e filiar um eleitor do partido político.**

No que diz respeito à Lei nº 9.096, de 19/09/1995, que dispõe sobre partidos políticos, no seu art. 1910, ao discorrer sobre a filiação partidária **prevê que, uma vez deferido internamente o pedido de filiação, o partido político deverá inserir os dados do filiado no sistema eletrônico da Justiça Eleitoral (FILIA), que automaticamente enviará aos juízos eleitorais.**

Diante disso, podemos constatar que o fato do indeferimento causou ao candidato ao cargo eletivo, sofrimento e angústia, além do aborrecimento, ocasionando transtornos em sua vida no cotidiano, além da honra, saúde mental e física face a idade avançada e da imagem exposta atingindo-lhe a boa fama desgastadas pelo indeferimento da candidatura pelo fato do candidato ao cargo eletivo ser um formador de opinião, nas áreas jurídica e contábil.

De fato, o indeferimento do TRE, foi na verdade foi uma “Caixa de Pandora<sup>11</sup>”, pois o Pedido de Registro de Candidatura foi protocolizada pelo partido no TRE, em 08/2022, entretanto, foi constatada à ausência da condição de elegibilidade, a filiação partidária nos 6 (seis) meses antes das eleições, por esse motivo, segundo a relatora da Decisão Monocrática, o requerente foi intimado para manifestação, nos termos do art. 36, §1º, da Resolução nº 23.609/2019.

---

9 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Lei nº 9.504, de 30/09/1997. Estabelece normas para as eleições.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em 30/09/2022.

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Lei nº 9.096, de 19/09/1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14 §3º, inciso v, da Constituição.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em: 30/09/2022.

11 DIANA, Daniela. **Caixa de Pandora.** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br>. Acesso em: 26/10/2022. À autora, esclarece:

“A Caixa de Pandora é um objeto extraordinário que faz parte da mitologia. Trata-se de uma caixa onde os deuses colocaram todas as desgraças do mundo, ente as quais a guerra, a discórdia, as doenças do corpo e da alma. Contudo, **nela havia um único dom: a esperança**”. (grifo nosso)

Porém, não procede à menção da relatora que: “o candidato não atendeu integralmente a diligência deixando de comprovar a regularidade de sua filiação partidária”.

Ora, em momento algum o candidato ao cargo eletivo foi comunicado nem tão pouco pelo TRE, bem como, pelo partido político, seja por meio de seus colaboradores corporativos, bem assim, pelo advogado do partido, não obstante, foi informado casualmente pelo presidente do partido, quando o candidato o perguntou sobre quando ocorreria a liberação dos recursos, após decorridos mais de vinte dias da decisão do TRE.

Além do mais, o partido político, continuou agindo de forma à qual nada estaria impedindo ao postulante do cargo eletivo no sentido de continuar com sua campanha eleitoral, ocasião em que, gravou o vídeo para apresentação da “Propaganda Eleitoral Gratuita”, com base nos artigos 44 ao 57, da Lei Eleitoral nº 9.504, de 30/09/199712, no rádio e na televisão, apresentado pela televisão no horário gratuito em alguns dias do mês de setembro de 2022.

Ainda, o candidato ao cargo eletivo, recebeu convites para participações no Comitê Político, participar de caminhadas com candidatos do partido aos cargos de governador e senador, bem como, de exposição de plano de governo do partido, com objetivo de campanha eleitoral das eleições 2022, sendo recepcionado como candidato ao cargo eletivo, mesmo sem saber que sua candidatura havia sido indeferida pelo TRE.

Em outras palavras, mesmo o partido sendo sabedor do indeferimento agiam de forma a enganar o candidato usando-o como “boi de piranha”, submetendo-o a um sacrifício enganando-o de forma ardilosa, com isso, não agiram com transparência, no que diz respeito, em relação sua culpabilidade *“Interna Corporis”*, omitindo fatos ao candidato e à Justiça Eleitoral.

Ainda, o não recebimento dos fundos partidários, previsto na candidatura junto ao TRE, no valor de R\$3.176.572,53 (Três milhões e cento e setenta e seis mil e quinhentos e setenta e dois reais e cinquenta e três centavos), para fins de limite de gastos, foram tratados normalmente pelos colaboradores do partido, sem que não houvesse nenhum óbice sobre a candidatura ao cargo eletivo do postulante, caracterizando uma conduta enganosa com argumento que havia um cronograma para liberação, no dito popular: “conversa mole para boi dormir”

---

12 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Lei nº 9.504, de 30/09/1997**. Op. Cit.

Vale mencionar que, sem recursos de campanha eleitoral os quais são disponibilizados pelo partido político, o candidato não sabedor do indeferimento da candidatura foi obrigado incrementar sua campanha, com recursos próprios relacionados à locação de veículo para busca de votos por meio de apoiadores no interior do Estado da Federação, também, somos sabedores que os candidatos com a candidatura deferida, não receberam naquela época nenhum recurso do partido, com isso, utilizaram recurso próprio sem o devido reembolso.

Mas, é óbvio que o candidato ao cargo eletivo teria de incrementar esforços para sua campanha eleitoral, cujos gastos de campanhas foram assumidos pelo candidato, os quais, pasmem, até a presente data do exercício de 2023, às despesas assumidas por ele não foram reembolsadas pelo partido, cujos documentos das despesas foram encaminhados ao Diretório do Partido para o responsável do setor financeiro.

Por essas razões, o candidato ao cargo eletivo não sendo sabedor do indeferimento da sua candidatura e sem recursos como postulante ao cargo eletivo, manteve vários contatos sobre Campanha Eleitoral com o partido político, mas, em nenhum momento ele ficou sabedor que sua candidatura estava *sub judice*.

De maneira que, no que diz respeito aos materiais de campanha disponibilizados pelo partido, o candidato ao cargo eletivo foi informado que havia na gráfica contratada pelo partido proposta em seu nome para confecção de santinho e perfurado de fundo de carro, cuja resposta do coordenador sempre foi que os materiais estavam sendo confeccionados, apenas aguardando o envio para o Comitê Eleitoral.

Porém, em momento algum o candidato ficou sabedor que sua candidatura havia sido indeferida, pois, percebemos que o preposto do partido político nos contatos com o candidato agiu de forma enganosa ao mencionar que estava aguardando os materiais da gráfica que foram confeccionados, face às anomalias *Interna Corporis*, do partido no ano eleitoral.

Em vista disso, percebemos durante a Campanha Eleitoral, que muitos candidatos os quais nunca participaram de pleitos, candidatos de coligações, entre outros, não obtiveram recursos para sua campanha eleitoral antes e depois das eleições, entretanto, alguns candidatos à reeleição, entre outros, receberam recursos e suas campanhas foram viabilizadas, aliás, ficamos sabedores por meio de candidatos, da imprensa e da mídia.

Por esses motivos, não havendo recursos é óbvio que não haverá paridades de armas para fins de campanha eleitoral, pelo fato de uns candidatos serem beneficiados outros não os quais serão fadados no sentido de não serem eleitos.

O Arcabouço Eleitoral do País, necessita de mudanças a fim de que possamos ter uma eleição justa no Estado Democrático de Direitos, o qual todos nós queremos para o desenvolvimento político do País, nesse sentido, não será uma Minirreforma Eleitoral atualmente no Senado Federal, que resolverá às anomalias, digamos, do Arcabouço Eleitoral vigente.

Vale esclarecer que, diante da impossibilidade na obtenção de recursos o candidato postulante ao cargo eletivo, solicitou ao partido político no sentido de que o mesmo assumisse às prestações de serviços de um contador, bem como, de um advogado obrigatórios pelo atual Arcabouço Eleitoral para fins de prestações de contas bancárias.

Ora, somos sabedores que em termos contábeis e jurídico não haveria nenhum prejuízo à União, a dispensa da prestação de contas pelo fato do indeferimento da candidatura do candidato ao cargo eletivo pelo TRE, nesse caso, é um paradoxo o candidato perder o direito de concorrer ao cargo eletivo e ter que prestar contas de um recurso que nem recebeu, sendo necessário para comprovação ser efetuada por um advogado e um contador, cujos honorários são exorbitantes.

Por sua vez, havendo utilização de recurso próprio para despesas de campanha do candidato cabe o partido indenizá-lo por reparação de danos, inclusive caso não o faça poderia haver previsão legal na legislação sujeito às penalidades impostas pelo STE, com isso, evitando judicialização, a qual somos sabedores que atualmente é cabível nesses casos em que o partido não assume a condição da sua obrigação de pagar, ou seja, o conhecido "calote de campanha dos partidos políticos"

Ocorre que, no caso específico do candidato ao cargo eletivo, cuja candidatura foi indeferida, o mesmo não foi reembolsado pelos gastos efetuados em campanha, bem como, absurdamente o partido assumiu tão somente às prestações de serviços do contador relacionadas as prestações de contas de campanha eleitoral, entretanto, não assumiu as prestações de serviços do advogado, mesmo levando em consideração das reiteradas solicitações do candidato.

De fato, é inexplicável que o partido não tenha naquela época disponibilizado ao candidato com a candidatura indeferida o advogado do partido que é cadastrado no TRE, com intervenções diretas nas tramitações processuais, inclusive do candidato ao cargo eletivo.

Diante disso, tais negativas agregaram às várias violações praticadas pelo partido com o candidato objeto dos nossos estudos, tais como: à intimidade, à honra e da sua vida privada, ou seja, os direitos de personalidade abalados com grande profundidade, inclusive

pelo fato de ser o candidato idoso, ou seja, tirando-o da vida normal para atirá-lo à anormalidade.

Assim, fica evidenciado que o indeferimento da candidatura do candidato ao cargo eletivo, por negligência do partido acarretou o dano, pela perda da chance do candidato de ser eleito, que nos dias atuais uma simples chance possui um imensurável valor que, se esvaecida pela conduta lesiva de outrem, torna-se passível, sim, de reparação.

Nesse sentido, Luís Fernando Almeida, é preciso no seu entendimento, ao discorrer sobre negligência, perda de uma chance e dano<sup>13</sup>, esclarecendo:

[...]

Sobre negligência, frisa-se que esta decorre da falta de cuidado, atenção, precaução, ausência de cuidado na hora de realizar determinado ato, ou até mesmo ausência de zelo no momento do manuseio de um objeto ou realização de um ato. (ALMEIDA, Luís Fernando, grifo nosso)

Exemplo claro acerca da negligência é uma mãe que deixa seu filho entrar sozinho em um rio profundo, sabendo que o mesmo não sabe nadar, colocando o mesmo em risco eminente de afogamento.

[...]

#### 4.3.4. Elemento culpa no âmbito da responsabilidade civil

No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, a culpa é elemento fundamental para que se configure a obrigação de indenizar, existindo ou não o dolo, pois a culpa nada mais é do que a decorrência de uma ação negligente, imprudente ou até mesmo através de uma conduta sem conhecimento técnico ou educacional acerca de determinada matéria, no caso, a imperícia.

[...]

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde

---

13 ALMEIDA, Luís Fernando. **O dano moral e a perda da chance: Análise das condutas lesivas praticadas contra candidatos em campanha eleitoral.** Disponível em: <http://www.brasilecola.com>. Acesso em: 20/10/2022.

a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. (CAVALIERI, 2010, p. 77).

Cabe destacar que, embora o lucro cessante e perda da chance sejam elementos

[...]

No âmbito do processo eleitoral, não restam dúvidas que os atos lesivos praticados aos postulantes de cargos eletivos no período de campanha eleitoral visam apenas a desestabilizar o candidato, pois através das referidas condutas busca-se atacar a honra do candidato, fazendo com que os eleitores deixem de depositarem o voto de confiança, ocasião em que o mesmo irá amargar uma derrota eleitoral, sem ao menos ter culpa. (ALMEIDA, Luís Fernando, grifo nosso)

Para que se possa formular um raciocínio lógico e didático acerca da responsabilização civil pela perda de uma chance no âmbito eleitoral, imagine que uma determinada pessoa de boa índole e bem-conceituada em toda a sociedade na qual está inserida se coloca à disposição de um pleito eleitoral na busca de ser eleito vereador.

Na busca justa e legal de ser eleito, contrata dois marqueteiros políticos de renome, 70 cabos eleitorais, manda reproduzir material de campanha, tem despesas com alimentação e combustível dos cabos eleitorais e para o próprio candidato fazer as visitas, realiza investimento na compra de equipamentos, do tipo máquina fotográfica profissional, filmadora, contrata uma pessoa para cuidar de todas as ferramentas da *internet*, contrata provedor para hospedar *site* de seu perfil, contrata três empresas especializadas e

respeitadas no ramo de pesquisas eleitorais, que elaboram diversas pesquisas que apontam a intenção de votos no candidato em 70%, cujas pesquisas são registradas no Tribunal Regional Eleitoral, e os resultados são compatíveis até com as pesquisas dos adversários, já registrada no órgão também, tudo isso de forma a aumentar imensuravelmente as suas chances de ser eleito.

Porém, os seus adversários políticos, observando os resultados, e preocupados com uma possível e já comprovada derrota através das pesquisas, se articulam de tal forma a lançar inverdades e material de campanha fraudulento sem a sua autorização, dias antes da eleição, na sociedade, principalmente nos locais onde o postulante tem maiores porcentagens de voto, impossibilitando ainda o direito de se defender amplamente, devido ao curto lapso temporal para desfazer tudo o que foi afirmado, minando todas as possibilidades de obtenção de um resultado favorável nas urnas.

O candidato, além de ter sido prejudicado na sua campanha, inclusive com o indeferimento da sua candidatura pelo TRE, na verdade ficou sendo para o partido político um “boi de piranha”, como formador de opinião na captação de votos no interesse partidário a fim de eleger o candidato a governador e a senador ou na reeleição de outro candidato ao cargo de Deputado Estadual ou Deputado Federal.

Nesse contexto, os danos morais, materiais e de imagem, a fim de reparação de danos, estão tutelados nos artigos 20, 186, 187, 927 e 949, da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que aprovou o Código Civil no Brasil, em razão da negligência do partido é evidente o direito da reparação de dano causado ao candidato ao cargo eletivo, conforme amplamente discorrido no texto argumentativo do artigo.

Assim, os danos morais se revelam diante dos fatos, sem dúvidas sobre o padrão moral do candidato ao cargo eletivo de ordem pessoal, nível social, econômico e intelectual, além disso, o candidato ao cargo eletivo é Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Tributário, idoso e aposentado, tirando-o da vida “normal” para atirá-lo à “anormalidade” (art. 1º, III, CF/1988).

Portanto, é notório que há o dano o qual atinge os direitos constitucionais, por essa razão, estaremos diante do dano moral de responsabilidade civil por lesão aos bens



jurídicos tutelados, conforme, o art. 5º, X, da CF/198814 e art. 12, da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que instituiu o Código Civil.

Vale esclarecer que, os danos morais são aqueles que ferem o interior da pessoa, seu psicológico, bem como os direitos da personalidade, como o nome, a honra e a intimidade, diante disso, a responsabilidade civil por ato ilícito ou abuso de direito é passível de indenização por danos materiais e morais, cujo interessado deve fazer com provas.

Também, há um risco quando da divulgação na imprensa para um público pelo qual não somos sabedores por qual motivo ele poderá utilizar a informação no sentido de prejudicar o candidato que teve a candidatura indeferida, inclusive em algumas divulgações constam o candidato ao cargo eletivo sem a observação da inelegibilidade por indeferimento em razão da falta de filiação partidária.

Ainda, é notório que há o dano de imagem, muito embora saibamos que há o princípio da liberdade de imprensa, porém, ela há que ser exercida com responsabilidade, bem como, com a devida fiscalização dos partidos políticos e do TSE.

O fato de informar, de veicular a notícia, de levá-la a conhecimento social, não caracteriza nenhum ilícito, no entanto, publicar informação num contexto em que a pretensão do postulante ao cargo eletivo foi indeferida, isto é, não condiz à realidade, por esse motivo, enseja o direito de ser indenizado, considerando que a livre expressão não pode invadir os limites da garantia da liberdade de imprensa, configurando abuso de direito.

Todavia, houve exposição do candidato ao cargo eletivo após o indeferimento da candidatura e sua imagem foi transmitida nas emissoras de rádio e de televisão sob a responsabilidade do partido político, disciplinada pela Lei nº 9.504/1997, conforme, divulgadas na em jornais, portais e na TV, após o indeferimento da candidatura numa falta de respeito ao candidato e aos eleitores, além de que sua imagem terem sido veiculadas nos jornais e plataformas locais e em outros Estados da Federação.

No contexto atual em que vivemos nos remete concluir que o exercício da soberania popular pelo voto, necessita de consciência política do povo, não obstante à eficácia do “Sistema Eleitoral Brasileiro”, não se restringe apenas ao funcionamento das urnas,

---

14 ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direitos Rideel. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 18:

“X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”;

também, aos atos praticados pelos partidos políticos, candidatos, eleitores, mídia e dos órgãos públicos fiscalizadores.

Por outro lado, a consciência política da população necessariamente deverá abster-se do fanatismo partidário, por essa razão, deverá haver um clamor do povo (pessoas nacionais), que esteja no território nacional ou em outros países, por exemplo, nos Estados Unidos, a fim de mudanças na legislação eleitoral revogando-a, dando lugar a um sistema eleitoral no contexto da modernidade em que vivemos de um mundo globalizado.

De fato, o Código Eleitoral, foi instituído pela Lei nº 4.737, de 15/07/1965, cujas legislações correlatas são: Lei de Inelegibilidade: Lei Complementar nº 64, de 18/05/1990; Lei dos Partidos Políticos: Lei nº 9.096, de 19/09/1995; Lei das Eleições: Lei nº 9.504, de 30/09/1997.

Nesse sentido, foram editadas normas regulamentares com base no código eleitoral e nas legislações correlatas que integram o "Arcabouço Eleitoral", todavia, percebe-se que o Código Eleitoral, foi editado no Regime Militar.

Com isso, transformando os sistemas em uma "colcha de retalho", por esses motivos, não seria o momento de mudar as normas para uma modernidade em que vivemos? Acreditamos que sim, com isso, o povo brasileiro não ficaria refém do fanatismo político, da letra ultrapassada da lei e da boca dos políticos.

Vale mencionar que, os discursos dos políticos em campanha eleitoral durante algumas décadas são os mesmos, tais como: reforma tributária, saúde, educação, transporte, segurança, porém, sem nenhum projeto estrutural dos governos eleitos que atendesse a população.

Nesse sentido, percebemos que durante décadas a sociedade brasileira vem sendo penalizada pelos órgãos da administração pública, cujas promessas de campanha eleitoral ficaram na boca dos políticos, por exemplo, há efetivamente uma política aos idosos, aposentados, portadores de doenças graves? Não há pelo fato de presenciarmos atitudes dos Três Poderes, que esbarra em seus direitos sociais numa afronta sobre o respeito à dignidade da pessoa humana.

De fato, no contexto em que vive o aposentado no País é vergonhoso em termos de isonomia dentro do direito com equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre indivíduos, garantindo que a lei será aplicada igualitária entre as pessoas, considerando as desigualdades para aplicação das normas, aliás, as pessoas são seres particulares e por esse motivo tem suas particularidades que as fazem únicas.

Nesse sentido, há situações que para um segmento da sociedade tudo é possível para outro não e se por acaso consiga é com as amarras do Poder Público. Diante disso, há uma diferença dos proventos da aposentadoria de um trabalhador segurado do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e de um parlamentar segurado pela Seguridade Social Congressista – PSSC, com base no Decreto Legislativo nº 172/2022<sup>15</sup>, já projetado até 2024, bem como, dos aposentados da administração pública, que os proventos, são com base no último salário na atividade.

Ainda, a Lei do Plano de Seguridade Social dos Congressista-PSSC, Lei nº 9.506/1997, prevê aposentadoria<sup>16</sup> com proventos proporcionais ao tempo de mandato que são calculados a razão de 1/35 (um trinta e cinco avos), por ano de mandato, porém, é obrigatório ter 35 anos de contribuições e 60 anos de idade.

No Brasil Republicano, o povo amargou na política momentos em que não prevaleceu sua consciência política através do voto em relação aos seus direitos sociais em respeito à dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, atualmente há uma dualidade em nossa população, de um lado, à conspiração do ódio, de outro, o extremismo, inclusive, dividindo o mundo político, em direita e esquerda, em detrimento da consciência política voltada para o bem comum.

No contexto atual em que vivemos, o eleitor fica refém do algoritmo<sup>17</sup> da tecnologia, massificando e oprimindo valores, o pior, sendo utilizado por criminosos, a fim de tirar vantagens ilícitas, além disso, às redes sociais, vem, fomentando às mencionadas dualidades.

Com isso, não sabem o “pano de fundo”, em que os homens são moldados ideologicamente para agir de forma massificada, ou seja, como querem que se aja, tal qual o rinoceronte do “Teatro do Absurdo de Ionesco”, de Eugene Ionesco, que apresenta discursões sobre a cultura do ódio comparando os dias atuais, onde o rinoceronte é uma metáfora do “efeito manada” em que os indivíduos vivem um contexto de epidemia que leva a sociedade em que vivem ao colapso.

---

15 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Salários de Deputados e descontos por faltas**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 15/05/2023.

16 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conheça o valor do salário de um deputado e demais verbas parlamentares**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 15/05/2023

17 GARRET, Filipe. **O que é algoritmo? Entenda como funciona em apps e sites da internet**. Publicado em 14/5/2020. Disponível em: <https://techtudo.com.br>. Acesso em. 17/2/2023.

No mundo em que vivemos nos conduzem para uma reflexão sobre o respeito à vida, não estamos vulneráveis apenas das ações de terrorismos, de extremistas islâmicos, do Estado Islâmico, de crimes organizados, conspirações do ódio, entre outros meios de aniquilamento à vida, mas diante de um genocídio, cujo homicídio é apenas um meio para o agente alcançar seu objetivo de eliminar uma determinada raça, crença e cultura.

As dificuldades nos tornam mais fortes, a chave para prosperidade depende de você, nós somos sabedores que o fogo e o ferro fizeram diferenciarmos de outros seres vivos, porém, os predadores e as doenças sempre serão nossos inimigos, por essas razões, caso não haja consciência política da população em prol da sociedade em que vivemos as futuras gerações tão somente serão beneficiadas com bem-estar social nos próximos 50 anos.

No contexto do governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, existiram muitas discussões acaloradas, inclusive de cunho ameaçador, o que provocou ao povo brasileiro uma insegurança institucionalizada, a qual existiu uma temeridade de um retrocesso no Estado Democrático de Direito.

No dia 30/10/2022 (domingo), o povo brasileiro ficou sabedor da vitória incontestável à Presidência da República de Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido do Trabalhador (PT).

Porém, no dia 8 de janeiro de 2023 (domingo), existindo tentativa de golpe antidemocrático, os Três Poderes, foram invadidos causando prejuízos ao patrimônio público, cujos participantes foram presos e no julgamento no STF, realizado em 14/09/2023 (quinta-feira), foram dadas as primeiras sentenças, os quais foram condenados três participantes da tentativa de golpe, com pena de reclusão de 17 anos, para dois participantes e de 14 anos, para um dos participantes.

Enfim, conforme amplamente mencionamos em nosso texto argumentativo e o atual contexto político do País, não será por meio de uma Minirreforma Eleitoral que serão resolvidas às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral nem tão pouco da política partidária existente no País.

Todavia, a Câmara dos Deputados<sup>18</sup>, aprovou em 15/09/2023 (quinta-feira), dois projetos denominados minirreforma eleitoral, que poderá vigorar nas eleições municipais de 2024, porém, para entrar em vigor nas eleições do próximo ano, as propostas terão que

---

18 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara dos Deputados aprova minirreforma eleitoral**. Publicado em 14/09/2023. Disponível em: <https://www.camardosdeputados.gov.br>. Acesso em: 15/09/2023.

ser aprovadas pelo Senado Federal e sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT).

Vale mencionar que, alguns pontos sobre às alterações das normas atualmente existentes são bem-vindas, ocorre que, o Arcabouço Eleitoral necessita de mudanças estruturantes nas governanças corporativas dos partidos políticos.

Além disso, dar transparência dos recursos aos candidatos que muitos necessitam alavancar sua campanha com recursos próprios e simplificação de procedimentos dos desembolsos com despesas, conforme normas contábeis e financeiras comuns nas governanças públicas e privadas.

A proposta foi elaborada por um grupo de trabalho criado pelo presidente da Câmara dos Deputados Arthur Lira (PP-AL), vale mencionar que o texto alivia punições a partidos e políticos que cometerem irregularidades e flexibiliza as leis de cota para negros e mulheres.

Também, relaxa as obrigações sobre prestações de contas, vale mencionar, que são relacionadas às prestações de contas parciais, que simplifica procedimento o qual nem deveria existir, pois, não fere nenhum procedimento contábil geralmente aceito.

Ainda, libera doações eleitorais através de Pix e regulamenta as chamadas candidaturas coletivas, a minirreforma segundo à Câmara dos Deputados é dividida em diversos eixos temáticos, por esse motivo, prevê simplificação de regras da propaganda eleitoral, prazo antecipado para registro de candidaturas, permitindo que a Justiça Eleitoral tenha mais tempo para julgar os candidatos antes das eleições.

Na verdade tal medida é necessária, inclusive caso já estivesse em vigor evitaria o indeferimento pelo TRE, do candidato ao cargo eletivo, objeto do nosso estudo, entre outros, candidatos.

Assim, entre outras medidas, o prazo de desincompatibilização de cargos públicos, será unificado em seis meses, transporte gratuito obrigatório no dia das eleições, legaliza as candidaturas coletivas nas eleições para deputado e vereador e permite que a pena de cassação do candidato que usar recursos ilegais seja substituída por pagamento de multa de até R\$150 mil, entre outras medidas, constantes nos mencionados projetos, que estão no Senado Federal para votação.

### **3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo deste artigo foi no sentido de mostrar aos leitores de maneira geral de que a Minirreforma Eleitoral não resolverá às anomalias existentes no atual Arcabouço Eleitoral, nem tão pouco da política partidária existente no País, por essas razões, concluímos que:

- a) A atual Constituição Federal não albergou o decreto-lei; por esse motivo, criou a Medida Provisória, nos termos do art. 59, inciso V, que tem força de lei ordinária cabível nos casos de urgência e relevante interesse público, a qual pode ser adotada pelo Presidente da República, nos termos do art. 62, da CF/1988, devendo ser aprovada e convertida em lei pelo Congresso Nacional;
- b) A Medida Provisória é semelhante ao extinto decreto-lei que era de competência do executivo, tendo sido uma tentativa de seguir o modelo italiano de um sistema parlamentarista, somos sabedores que nossa Constituição Federal foi criada uma expectativa de mudança de regime para o parlamentarismo, o que acabou não acontecendo com o plebiscito;
- c) Diante disso, observamos que as Medidas Provisórias são elaboradas pelo Poder Executivo, a fim de serem adotadas medidas de governo e não nos casos de urgência e relevante interesse público, com isso, ocasionando normas malfeitas, inclusive pelo legislativo quando da sua conversão em lei ordinária, bem como, fisiologismo e a velha política, com apoio partidário em troca de cargos para se manter no poder, por isso, ocasionam o ativismo judicial, sobrecarregando o STF, prejudicando a população do País, por essas razões, já que o nosso regime não é parlamentarista, sugerimos à revogação da Medida Provisória do texto constitucional, a fim de haver harmonia entre os Três Poderes, numa república que todos nós queremos com a preservação do Estado Democrático de Direito;
- d) Finalmente, defendemos uma alteração no Arcabouço Eleitoral e não uma Minirreforma Eleitoral, que será uma meia-sola diante de uma legislação eleitoral que é uma verdadeira colcha de retalho, além disso, as normas do Arcabouço Eleitoral, deverá conter em seu texto aspectos sobre respeito à dignidade da pessoa humana, nas relações entre partidos, eleitores, candidatos, mídia, órgãos públicos e fundamentalmente consciência política da população em prol da sociedade em que vivemos, caso contrário as futuras gerações tão somente serão beneficiadas com bem-estar social nos próximos 50 anos.

#### **4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Governanças Corporativas: poder, ética e cultura das modernas administrações públicas e privadas.** Postado em 18 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.tribunadoreconcavo.com>. Acesso em: 18/06/2022.

ALMEIDA, Luís Fernando. **O dano moral e a perda da chance: Análise das condutas lesivas praticadas contra candidatos em campanha eleitoral.** Disponível em: <http://www.brasilecola.com>. Acesso em: 20/10/2022.

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 27. ed. **Lei nº 6.404, de 15/12/1976.** São Paulo: Rideel, 2018, p. 1004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Salários de Deputados e descontos por faltas.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 15/05/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conheça o valor do salário de um deputado e demais verbas parlamentares.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 15/05/2023

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CCJ aprova admissibilidade de proposta que anistia partidos com irregularidades.** Postado em 16/05/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em; 16/05/2023.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara dos Deputados aprova minirreforma eleitoral.** Publicado em 14/09/2023. Disponível em: <https://www.camadosdeputados.gov.br>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Minirreforma Eleitoral de 2023.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 20/09/2023

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Lei nº 9.096, de 19/09/1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14 §3º, inciso v, da Constituição.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em: 30/09/2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Lei nº 9.504, de 30/09/1997. Estabelece normas para as eleições.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em 30/09/2022

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.596, de 20/08/2019. Dispõe sobre a filiação partidária institui o Sistema de Filiação Partidária (FILIA), disciplina o encaminhamento de dados pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao>. Acesso em: 30/09/2022.

DIANA, Daniela. **Caixa de Pandora**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br>. Acesso em: 26/10/2022.

GARRET, Filipe. **O que é algoritmo? Entenda como funciona em apps e sites da internet**. Publicado em 14/5/2020. Disponível em: <https://techtudo.com.br>. Acesso em: 17/2/2023.

MELLO, Rui Nestor Bastos. **O Ativismo Judicial do STF em face do Legislativo: identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política**. p. 249. Disponível em: <https://aje.tre-ba.jus.br>. Acesso em: 21/09/2023.

OLIVEIRA, Umberto Machado; DOS ANJOS, Leonardo Fernandes. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 175-253.



## DIRETRIZES HERMENÊUTICAS DECORRENTES DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 STF

**ADEL EL TASSE:** Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor no curso CERS e no Curso Jurídico/Curitiba. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autos de livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.<sup>19</sup>

A Súmula Vinculante nº 24, editada pelo Supremo Tribunal Federal, representou a superação de um tormentoso problema que, durante muito tempo, fez parte do debate em relação aos crimes contra a ordem tributária.

A questão da necessidade do encerramento do processo administrativo fiscal para o oferecimento da denúncia dividia opiniões, de um lado, importante sustentação era realizada em torno da justa causa para a acusação e do comprometimento da materialidade delitiva, quando diante de um crime de resultado, cuja discussão no âmbito administrativo ainda estivesse pendente, podendo resultar na negativa da prática do ilícito tributário pelo contribuinte. Do outro lado, o argumento era de que, em sendo os crimes tributários delitos de ação penal pública incondicionada, desnecessário esperar qualquer manifestação da autoridade administrativa, cabendo ao Ministério Público definir a conveniência da propositura da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição da Súmula Vinculante nº 24, desde o julgamento do Habeas Corpus nº 81.611-DF, já tinha firmado posição no sentido da necessidade do término do processo administrativo fiscal para o oferecimento da denúncia.

Ocorre que, embora com posicionamento firmado, o Pretório Excelso não havia resolvido com adequada precisão as questões decorrentes da necessidade do término do processo administrativo, não precisando a natureza jurídica presente na situação e, em consequência, gerando grande dúvida sobre as consequências do entendimento em torno da necessidade do término do processo administrativo fiscal, para o oferecimento da denúncia.

---

<sup>19</sup> E-mail: adel@eltasse.com.br

A objetividade e clareza da Súmula Vinculante nº 24, por outro lado, faz superar qualquer dúvida, pois, ao estabelecer que a tipicidade dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 somente ocorre com o lançamento definitivo do crédito tributário, insere o término do processo administrativo fiscal, especificamente sua decisão terminativa, com caráter de elemento para o preenchimento de elemento normativo do tipo, com isso, também fazendo com que a prescrição somente inicie a fluir após referido marco.

Recentemente, no julgamento do REsp 1.982.304, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, definiu, sob o rito dos recursos repetitivos, ou seja, vinculados às demais instâncias judiciais, que no delito de apropriação indébita previdenciária (Artigo 168-A CP) também valem as mesmas regras estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 24, em relação aos crimes do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (supressão ou redução de tributo).

Relevante observar, a partir do entendimento recém consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, não estar a Súmula Vinculante nº 24 STF limitada em seus efeitos aos delitos expressamente nela descritos, mas, ela orienta verdadeira diretriz hermenêutica, quando diante dos crimes tributários.

Nessa toada, é preciso separar em duas espécies os crimes contra a ordem tributária, para verificar a necessidade ou não do término do processo fiscal para o oferecimento da denúncia. De um lado estão os crimes materiais, cuja consumação somente se dá com a efetiva produção de um resultado naturalístico, enquanto de outro, estão os crimes formais e os de mera conduta, nos quais, a consumação ocorre com a produção do resultado jurídico, constituído na ofensa ao bem jurídico, independente de qualquer ocorrência no mundo real.

Não há dúvidas que o artigo 1º da Lei nº 8.137/90 descreve delitos materiais, pois, em seu *caput* possui os elementos normativos *suprimir* ou *reduzir*, indicando que, independente do inciso em que a conduta do agente tenha se enquadrado, a tipicidade penal somente estará completa se demonstrada alteração no mundo real, com a supressão ou redução de tributo.

A questão é que, o universo de delitos materiais tratando dos crimes contra a ordem tributária previstos no sistema brasileiro, não se limita ao artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Também é material, de forma indubitosa, o artigo 337-A do Código Penal (supressão ou redução de contribuição previdenciária), tipo, a propósito, possuidor de redação muito assemelhada a do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, tanto no aspecto gramatical, quanto estrutural. Igualmente, é material o crime de descaminho, previsto no *caput* do artigo 334 do Código Penal, pois sua consumação depende que o agente efetivamente tenha *iludido o pagamento de direito ou imposto*.

Eventual polêmica outrora existente em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual com precisão, observa somente se poder falar em consumação na hipótese, quando o agente efetivamente inverte a propriedade do valor que deveria ser repassado para a previdência social, portanto, sendo crime material.

Para todos esses delitos materiais, ressalte-se, cuja consumação depende da produção efetiva de um resultado naturalístico os esclarecimentos trazidos pela Súmula Vinculante nº 24 STF são integralmente aplicáveis, como condição fundamental para a própria existência de logicidade no sistema.

Com isso, deve-se partir da Súmula Vinculante nº 24 STF para interpretar o conjunto integral dos crimes contra a ordem tributária e não limitá-la aos delitos expressamente nela referidos.

Em verdade, há um estrutura jurídica clara, conforme observou a Ministra Laurita Vaz, relatora do REsp 1.982.304 STJ, pela qual o lançamento definitivo do tributo pela autoridade administrativa representa a constituição definitiva do crédito tributário, sendo ela elemento essencial ao preenchimento da tipicidade penal aparente, quando o crime tributário for material, pois, diante de situação cuja estrutura típica possui elemento normativo, dependendo sua compreensão da decisão tomada no âmbito administrativo.

Assim, não há que se cogitar de que haveria indevida transformação da ação penal pública incondicionada em condicionada, pois, não é disso que se trata, mas, de simples elemento complementar externo, do qual o tipo penal depende para seu integral preenchimento e, portanto, para que possa se cogitar da ocorrência de um crime.

Em definitivo, todos os delitos tributários de natureza material, tem preenchimento da tipicidade aparente quando ocorre o lançamento definitivo do tributo, portanto, a estrutura disciplinada na Súmula Vinculante nº 24 STF determina a base exegética presente nos tipos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, bem como, nos dos artigos 168 - A, 334 e 337-A do Código Penal, os quais, para se cogitar de ocorrência, dependem de lançamento definitivo do tributo.

Dessa forma, todos os delitos enunciados no parágrafo anterior, não permitem qualquer ato de persecução penal, inclusive instauração de inquérito policial antes do término do processo administrativo, sendo que de suas conclusões depende a avaliação da tipicidade aparente.

## UMA ANÁLISE SUCINTA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O INSTITUTO PRESCRICIONAL NO ORDENAMENTO CIVILISTA BRASILEIRO

**LARISSA ROMERO DE SOUZA:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela FASUL Educacional. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela FASUL Educacional. São Gabriel do Oeste-MS.<sup>20</sup>

**VANILDO DA SILVA SOARES**<sup>21</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo teve como objetivo analisar de forma sucinta perspectivas acerca da prescrição e o caráter estruturante dos princípios da segurança jurídica e da legalidade ante a necessidade da estabilidade das relações jurídicas. Não será proposta nenhuma solução ou tratamento para a questão problema em tela, que envolve traçar um diagnóstico das perspectivas majoritárias sobre como os princípios da segurança jurídica e legalidade são entendidos na doutrina como elementos caros a estabilidade das relações sociais. O presente estudo elucidou-se inicialmente sobre o princípio da segurança jurídica e o instituto prescricional no ordenamento jurídico brasileiro. E, num segundo momento dirimiu sobre o conceito, importância e desenvolvimento histórico do instituto prescricional no Brasil, avaliando-se a sua importância como instrumento legal do princípio da segurança jurídica e, destacando o descrito no ordenamento jurídico civilista. Com uso da metodologia de revisão bibliográfica, se conclui pela importância da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e a importância do instituto prescricional ao Estado Democrático de Direito e a estabilidade das relações jurídicas.

**Palavras-chave:** ordenamento jurídico; estabilidade; instituto prescricional;

**ABSTRACT:** This article aimed to briefly analyze perspectives on prescription and the structuring character of the principles of legal certainty and legality in the face of the need

<sup>20</sup> E-mail: larissaromeromju@hotmail.com

<sup>21</sup> Bacharel em Direito pela Universidade da Grande Dourados-UFGD. Assessor de Juiz de Segunda Entrância no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós graduado em Direito Público pela PUC-Minas. Pós graduado em Direito Administrativo pela PUC Minas. Dourados-MS.

for stability of legal relationships. No solution or treatment will be proposed for the issue at hand, which involves outlining a diagnosis of the majority perspectives on how the principles of legal certainty and legality are understood in the doctrine as elements dear to the stability of social relations. The present study was initially clarified on the principle of legal certainty and the statute of limitations in the Brazilian legal system. And, in a second moment, it settled on the concept, importance and historical development of the statute of limitations in Brazil, evaluating its importance as a legal instrument of the principle of legal certainty and, highlighting what is described in the civilist legal system. Using the methodology of bibliographic review, it was concluded by the importance of the applicability of the principle of legal certainty in the Brazilian legal system and the importance of the statute of limitations to the Democratic State of Law and the stability of legal relations.

**Keywords:** legal system; stability; prescription institute;

## **INTRODUÇÃO**

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de relativização do princípio da legalidade e da aplicabilidade da segurança jurídica. Soluções diversas ao referido problema foram apresentadas por inúmeras produções intelectuais, em boa parte com importantes contribuições ao Direito brasileiro.

Nessa seara, especial relevo pela aplicabilidade do instituto prescricional e da estabilidade das relações jurídicas entre os indivíduos.

Com isso, o presente estudo tem como objetivo aferir, mediante análise das acepções majoritárias como os princípios da segurança jurídica e legalidade são doutrinariamente considerados elementos imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito e do Direito Civil.

Apresentado contexto didático e histórico da temática, o presente estudo tem a finalidade de analisar e promover a discussão acerca da aplicabilidade do instituto prescricional como regra no sistema civilista brasileiro, do Estado Democrático de Direito e a importância dos princípios constitucional da legalidade e da segurança jurídica como mecanismos concretos para a estabilização das relações jurídicas.

A escolha deste tema veio da necessidade de compreender a prescrição e as razões do legislador de defender a extinção da pretensão, de se reclamar um direito genuinamente lesado em razão do decurso do tempo, enquanto o direito ao bem jurídico continua intacto, podendo ser reclamado apenas se um terceiro interessado o reclamar,

ocasião em que poderá ingressar na lide através da intervenção de terceiros. O que se pretende, com este apontamento, é alertar os operadores do direito civil, mormente os advogados, sobre as graves implicações profissionais que poderão advir da inobservância do instituto prescricional, especificamente quanto às consequências da decretação da prescrição.

## **1. A APLICABILIDADE DO INSTITUTO PRESCRICIONAL E A ESTABILIZAÇÃO DE DIREITOS AO LONGO DOS ANOS**

Desde a concepção do ser humano como ser social, o tempo influi nas relações jurídicas das quais os indivíduos participam. Sendo o tempo o grande personagem principal do instituto da prescrição. Nessa seara, a interferência deste elemento temporal é eminentemente substancial, haja vista o interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo.

Revisitando na história a origem da prescrição, vamos encontrá-la no direito romano. Houve um momento, neste direito, em que todas as ações eram perpétuas. Mas, com a finalidade de mitigar os rigores do *jus civile*<sup>22</sup>, surge, no direito pretoriano<sup>23</sup>, a *prescriptio temporalis*<sup>24</sup>, pela qual o Réu liberava-se do processo, caso o demandante não houvesse ajuizado, dentro do prazo de um ano (*annus utilis*), a ação criada pelo pretor.

Ao delimitar as origens romanas da prescrição, Rabinovich-Berkman (2007) explica que o instituto prescricional é oriundo de uma antiga figura latina que teve sua nomenclatura derivada ao fato de que, durante o Império Romano, certos prazos para o exercício de direitos eram “*pré-escritos*” pelos pretores, denominados juízes antigos, limitando a reclamação de direitos subjetivos.

Neste aspecto, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 654) preceituam que:

---

<sup>22</sup> Segundo Diniz (2005, p. 152) trata-se de um termo em latim que possui como significado literal: “Direito Civil”.

<sup>23</sup> Conforme assevera Gonçalves (2015. P.152-153) o Direito Pretoriano é aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir ou corrigir o Direito Civil. É o direito desenvolvido pelo trabalho do pretor, através dos editos, à qual tinha por finalidade suprir as deficiências do Direito Civil, atenuar o seu rigidez e ajudar o seu desenvolvimento. [...] O pretor era eleito pelo povo, entre os jurisconsultos mais antigos e notórios, para um mandato de apenas um ano. Seu papel era de grande importância no campo do Direito, pois tinha a incumbência de administrar a justiça. O pretor era o primeiro a se ocupar do processo; depois de examinar a viabilidade do prosseguimento judicial da causa, encaminhava a Fórmula ao juiz, com os elementos, o roteiro e os limites da demanda.

<sup>24</sup> Segundo Diniz (2005, p. 252) trata-se de um termo em latim que possui como significado literal: “Prescrição Temporária,

O exercício de direitos, seja no campo das relações materiais, seja por ações judiciais, deve ser uma consequência e garantia de uma consciência de cidadania, e não uma “ameaça eterna” contra os sujeitos obrigados, que não devem estar submetidos indefinidamente a uma “espada de Dâmocles” sobre as suas cabeças. Ademais, a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*<sup>25</sup>. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer a sua tutela.

Adentrando nas noções etimológicas, Câmara Leal (2005, p. 103), afirma que a prescrição deriva da expressão de origem latina “*praescriptio*”, que possui como significado: “*escrever antes ou no começo*” e ensina que a “prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.

As palavras de Planiol, Ripert e Esmein (1932 apud NAVES, 1964) demonstram com clareza que o surgimento da prescrição está implicado no “*deseo de impedir muchos pleitos harto difíciles de resolver; en interés del orden y de la paz sociales conviene liquidar el pasado y evitar litigios sobre contratos o hechos cuyos títulos se han perdido y cuyo recuerdo se ha borrado*”.

Embasado nessa concepção, Monteiro (2015, p. 379-380) conceitua o instituto da prescrição como:

[...] um instituto que visa evitar instabilidades sociais, conferindo ao indivíduo o conhecimento do prazo em que poderá responder por seus atos e aos titulares dos direitos os prazos em que poderão requerê-los judicialmente, sob pena de perder o direito para exigí-lo, no mais, surge como um castigo a inércia, pois o titular do direito perde o poder de exigí-lo, por não utilizar da ação existente para sua defesa no prazo marcado pela lei.

Em meio ao aspecto estrutural, é visível o surgimento do instituto sob análise como forma de delimitar um lapso temporal ao ordenamento jurídico, a fim de que sejam

---

<sup>25</sup> Segundo Diniz (2005, p. 302) trata-se de um termo em latim que possui significado literal: “O Direito não Socorre aos que dormem”.

exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinados direitos patrimoniais pelo seu respectivo titular.

Como forma de evitar que os cidadãos vivam eternamente com uma “espada de Dâmocles na cabeça”<sup>26</sup>, historicamente o ordenamento jurídico brasileiro caminhou pela aplicabilidade do fundamento social da limitação temporal da pretensão de direitos, para a busca da sonhada garantia de pacificação social.

O instituto prescricional foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do Direito Português, por meio da colonização Portuguesa em nossas terras *tupiniquins*. De sorte que, conforme preleciona Rocha (2011) a primeira legislação que tratou da prescrição em nosso país foi Ordenações Filipinas, que em seu Título 79, de seu Livro IV, estabelecia a possibilidade de invocar-se a prescrição em prazo de trinta anos, a contar do dia em que a obrigação deveria ser cumprida, norma esta que era aplicável à Fazenda Pública.

Contudo, por meio da independência do Brasil de Portugal, iniciou-se o processo de elaboração de leis brasileiras próprias, desvinculadas do ordenamento português, tanto que, a Constituição de 1824<sup>27</sup> determinou em seu texto a elaboração de um Código Civil e um Criminal, tendo sido o Código Penal promulgado em 1830 e o Código Civil tão somente em 1916, depois de sucessivas tentativas.

No entanto, no espaço de tempo entre as Ordenações Filipinas e o Código Civil de 1912, a prescrição foi regulada pelo Código Comercial do Império (Lei n. 556, de 25.06.1850) que previa em seu texto prazos próprios de prescrição, que variavam de um a vinte anos, a depender da forma de constituição da obrigação.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, através da Lei nº 3.071, pela primeira vez o instituto prescricional ganhou de forma clara o *status* de norma geral ao ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer prazos prescricionais defronte a necessidade de estabilização do direito (segurança jurídica).

Denota-se que, o Direito estatal elencou historicamente o tempo como um fato jurídico real de enorme importância nas relações jurídicas presentes na sociedade, uma vez

---

<sup>26</sup> Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017) a expressão “espada de Dâmocles” é uma alusão de uma anedota moral que figurou originalmente na história perdida da Sicília por Timeu de Tauromênio (c. 356 - 260 a.C.), frequentemente utilizada para representar a insegurança daqueles que são chamados a exercerem o poder e a autoridade sobre os demais.

<sup>27</sup> Art. 179, inciso XVIII: Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824)



que o tempo possui grande repercussão em diversos atos da vida civil; como o nascimento, exercício de direitos e extinção dos negócios jurídicos.

Desta feita, consolidou-se o entendimento de que, em regra, é certo e incontroverso que não se pode admitir, em nome da estabilidade e segurança das relações sociais e humanas, que os direitos subjetivos sejam exercitados indefinidamente, prevalecendo assim a aplicabilidade do conceito da segurança jurídica e conseqüentemente a aplicação do instituto prescricional.

Menciona-se também que o Código Civil de 2002, estabeleceu que a prescrição tem como objeto aniquilar a pretensão do titular em reparar um direito subjetivo, o qual foi violado, ao estabelecer no texto do art. 189, que: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

Cumprido mencionar que, ao analisar o referido texto do Código Civil, Câmara Leal (2005, p. 152) afirma que o como forma de se adequar às modernas teorias processuais, o legislador brasileiro teve a preocupação em substituir a palavra "ação" por "pretensão", como forma de reconhecer a autonomia do direito de ação, como sendo um direito público, abstrato, subjetivo e autônomo que permite "a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexistia o direito material afirmado" <sup>28</sup>.

De modo que, o objeto da prescrição é a existência de uma ação exercitável. Em tendo sido o direito violado, surge, de imediato, o direito de ação, e, com ele, já tem início o prazo prescricional para o seu exercício.

Nesse aspecto, ressalta-se que "*caduco*"<sup>29</sup> não é em tese o direito subjetivo material, mas o direito a ação que o defende, em razão da inércia do seu titular durante o lapso temporal estabelecido em legislações vigentes.

Partindo da análise estrutural da prescrição, Diniz (2015, p. 337) preceitua que a possibilidade de extrair a incidência dos seguintes requisitos essenciais do instituto da prescrição:

---

<sup>28</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1. p. 120-121.

<sup>29</sup> Expressão popularmente utilizada para dirigir-se a algo que perdeu a força, a firmeza e/ou o brilho; senil, decrépito, velho.

(i) a existência de uma pretensão, que garante um direito subjetivo patrimonial e que possa ser alegada pelo titular; (ii) a inércia do titular dessa pretensão; (iii) a manutenção dessa inércia durante um determinado lapso de tempo, previsto, antecipadamente, no próprio sistema jurídico; (iv) a ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Nessa seara, com a aplicabilidade destes requisitos, o instituto da prescrição propõe à estabilidade das relações jurídicas definitivas, por possuir escopo a proteção a todas as relações jurídicas, de modo que, o direito subjetivo não interfira nas situações já estabilizadas através do decurso temporal.

Sem este, não pode o Direito garantir paz e tranquilidade no seio da sociedade. Nesta senda, a prescrição como um dos institutos da segurança jurídica não se configura apenas numa garantia do cidadão frente ao Estado, mas sim de um verdadeiro direito fundamental do indivíduo de certeza e estabilidade na sociedade.

No entanto, cumpre mencionar que o referido instituto é dotado de traços distintivos conforme a natureza da relação jurídica material envolvida e, portanto, do regime jurídico ao qual se submete, em razão das peculiaridades que possuem as normas, categoria e institutos no regime de direito público, voltado à satisfação do interesse público, ou do direito privado, voltado à proteção da autonomia privada.

Assim, pela previsibilidade mínima das relações sociais e jurídicas, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores perfis com o decurso temporal, em regra, recomenda-se e até exige-se que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados pela legislação pátria.

## **2. A PRESCRIÇÃO COMO INSTRUMENTO LEGAL DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Ao analisar o contexto histórico, denota-se que o Estado Alemão foi pioneiro em propor já no início dos anos 50, os primeiros esboços principiológicos da segurança jurídica do modo que entendemos no Direito Contemporâneo.

Conforme assevera Colto e Silva (2017) tal reconhecimento alemão se deu através de *leading case* proferido pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956, em sentença depois confirmada, em 28 de outubro de 1959, pela Corte Administrativa Federal. Sendo que, o referido julgamento tinha como lide em questão a

anulação de pensão concedida à viúva de servidor público, vantagem que lhe fora prometida caso se transferisse da Alemanha Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Após um ano da percepção da pensão, a mesma lhe foi retirada, ao argumento de que o ato de concessão era ilegal, por vício de competência, como na verdade ocorrerá, contudo, o Tribunal manteve o benefício, invocando a proteção da confiança e a segurança jurídica. De modo que, esta decisão sucedeu uma longa sequência de pronunciamentos judiciais, inclusive do Tribunal Federal Constitucional Alemão, a partir de 1961, chamada de a "marcha triunfal" (*Siegeszug*) do princípio da proteção da confiança.

Entretanto tal princípio só ganhou *status* constitucional efetivo nos anos 70, através da concepção da noção do Estado de Direito concebida como forma institucional da Alemanha nos termos do art. 20 de sua lei fundamental.

Ao analisar o referido princípio nos moldes do Direito Alemão Zimmer *apud* Theodoro Júnior (2014, p. 251) prelecionam que:

O princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, como a justiça (*Gerechtigkeit*), do princípio do Estado de Direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção de Estado de Direito, um valor constitucional. Isso decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de Direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como componente essencial de tal proteção.

Desta feita, pode-se entender que à luz da segurança jurídica, o tempo é para o direito elemento intrínseco à sua operabilidade. De forma que, majoritariamente a doutrina entende que as pretensões jurisdicionais devam estar diretamente submetidas a limites temporais para seu exercício, sob pena de violação à segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Nesse aspecto, Silva (2006) afirma que a segurança jurídica consiste no conjunto formal de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Impondo intrinsecamente uma importante condição da segurança jurídica que é a relação de certeza que os indivíduos possuem em meio às relações realizadas sob

o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída ou a efetivação de direitos subjetivos.

Do mesmo modo Di Pietro (2019, p. 252) complementa a matéria ao prelecionar que o “princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima”.

Em relação especificamente ao sistema jurídico brasileiro, denota-se que este segue a lógica expressa que direito serve para solucionar de forma efetiva as incertezas jurídicas, e assim não deve o decurso do tempo para o seu exercício, ser meio para se alcançar esta solução.

Nessa seara, a doutrina é coesa em conceber a importância do instituto da prescrição como forma de garantir a estabilidade das relações jurídicas. Desta feita, Gonçalves (2015, p. 359) afirma que:

O instituto da prescrição é necessário, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos. Dispensa a infinita conservação de todos os recibos de quitação, bem como o exame dos títulos do alienante e de todos os seus sucessores, sem limite de tempo.

Do mesmo modo, correlaciona-se o instituto da prescrição com o princípio da garantia da segurança e estabilidades das relações jurídicas, como métodos de resguardar o interesse privado do sujeito cuja situação já foi consolidada no tempo, da adoção de qualquer medida contrária por outrem capaz de atingi-lo com fins de sua desconstituição.

Sem duvidar da importância da prescrição para o direito, é de relevante valor definir como ela atua no ordenamento jurídico, especialmente por trazer garantias constitucionais aos denominados “*homens médios*”<sup>30</sup>.

O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. Assim sendo, a própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança, em propor estabilidade e clareza às relações sociais, com o objetivo de permitir ao homem estabelecer ordem na vida social.

Conforme assevera Almeida e Souza Brito (2010) não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, numa sociedade onde o caos impera. Não que tais valores sejam de menor importância. Muito ao contrário. Na

---

<sup>30</sup> Expressão utilizada para representação de pessoa mediana, nem tão inteligente, nem tão burra, mas que sempre está no meio dos dois opostos máximos e mínimos.

verdade, são eles fundamentais. Contudo, eles nada são se em uma determinada sociedade não houver um grau de segurança nas relações humanas sociais.

E, de mesmo modo magistralmente Siches (1973, p. 113-114) ensina:

Es verdad que en el Derecho encarnar valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad personal de los individuos, las libertades básicas de estos, el bienestar general o bien común, etc.; y es verdad que un Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva satisfactoriamente a dichos valores. Pero es verdad también que el Derecho no surge primeramente como un mero tributo a esos valores de superior rango, sino que es gestado bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo la necesidad de un cambio progresivo El Derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido); o sea bajo el estímulo de una urgencia de orden en la vida social.

Nessa esteira, a segurança jurídica é princípio diretor e basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas. Não é à toa que a segurança jurídica é base fundamental do Estado de Direito, elevada que está ao altiplano axiológico. Relativamente ao referido princípio no âmbito da administração pública merecem guardada as judiciosas observações do Canotilho (2002, p. 265-266):

Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a protecção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais.

Evidentemente, é nítido que o princípio da segurança jurídica alcança importância vital dentro do ordenamento pátrio, ao traduzir estabilidade pelas relações jurídicas definitivas.

De fundamental importância, portanto, para o Estado de Direito é a segurança jurídica, “o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles” (Mello, 2014, p. 128).

Em outras palavras, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que passou a ter o status de subprincípio do princípio estruturante do Estado de Direito (Sarlet, 2006, p. 243).

Menciona-se que, conforme Coelho (2018) um dos essenciais motivos para aplicabilidade da segurança jurídica está diretamente relacionado ao fato de que a condução das ações do Estado retratar diretamente os reflexos da natureza humana dos seus cidadãos. Haja vista que os cidadãos, estão cada vez mais vivenciando a liquidez da modernidade, por estarem diretamente sujeitos a transições e inflexões variadas, daí advém a importância de se proteger a confiança dos jurisdicionados na manutenção das expectativas no tocante a situações jurídicas já consolidadas.

Nesse contexto, por não ser mais a lei condição suficiente para a garantia de segurança ao jurisdicionado, diante da dinamicidade do mundo moderno, a atividade jurisdicional assume papel ímpar, mesmo nos países de tradição da *Civil Law*<sup>31</sup>. A jurisprudência torna-se responsável por, à medida que interpreta a legislação, aplicá-la ao caso concreto, fomentando o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos e atenuando o risco de surpresa ao cidadão.

As decisões judiciais, principalmente aquelas oriundas das cortes superiores, engendram uma legítima expectativa aos indivíduos de que sua conduta poderá se orientar por determinado padrão definido pelos tribunais. Portanto, fatos e relações jurídicas verificadas sob a vigência de determinado entendimento jurisprudencial sob ele devem ser regulados, em respeito à boa-fé do jurisdicionado que depositou sua confiança no sistema judicial.

Ressalta-se que, inúmeros são os julgados aos quais o Supremo Tribunal Federal-STF debruçou-se acerca da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, inclusive qualificando o mesmo como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito, como se pode conferir nos julgados abaixo:

---

<sup>31</sup> Segundo Castro (2017) *Civil Law* é uma estrutura jurídica onde a aplicação do direito se dá a partir da interpretação da lei. No referido sistema a própria lei será usada para justificar a decisão judicial no caso concreto.

DIREITO ADMINISTRATIVO. 2. APOSENTADORIA. 3. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIA. 4. **SEGURANÇA JURÍDICA COMO SUBPRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA, PREVALECENDO A BOA-FÉ E A CONFIANÇA.** 5. APTIDÃO DA JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL PARA PRODUZIR OS EFEITOS A QUE SE DESTINA. 6. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(MS 22315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012) (Grifamos).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. LEI ESTADUAL 10.180, DE MINAS GERAIS. 3. CUSTAS JUDICIAIS COBRADAS PELO OFICIAL DO REGISTRO CIVIL E RECOLHIDAS À DISPOSIÇÃO DO JUIZ DE PAZ. 4. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 5. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO COM BASE EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PRÓPRIO. 6. **SEGURANÇA JURÍDICA COMO SUBPRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO. 7. SITUAÇÃO CONSOLIDADA, PREVALECENDO A BOA-FÉ E A CONFIANÇA.** 8. RETROATIVIDADE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, RESSALVADOS OS CASOS EM QUE O JUIZ DE PAZ TENHA EXERCIDO SUAS ATIVIDADES SOB A VIGÊNCIA DO DISPOSITIVO. 9. PRESERVAÇÃO DE SITUAÇÕES REMUNERATÓRIAS JÁ CONSOLIDADAS. 10. EMBARGOS ACOLHIDOS.

(ADI 954 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 02-10-2018 PUBLIC 03-10-2018) (Grifamos).

Assim, evidencia-se a importância do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico nacional justifica-se pelo caráter fundamental para o Estado Democrático de Direito e deve pela essencialidade objetiva de estar presente em todas as etapas da norma jurídica, como forma de garantir estabilidade tanto nas relações sociais, bem como nas relações jurídicas.

### **3. A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CIVIL**

Como visto em explicação anterior, o indivíduo que almeja pretensão de um direito subjetivo deve, a partir da violação deste, observar os prazos legais para que determinado

direito não seja considerado prescrito. Diante disso, conclui-se pela existência de dois elementos indispensáveis à prescrição, os quais devem estar ausentes para que o direito do titular seja atingido. São eles: o tempo – fenômeno objetivo e fato jurídico stricto sensu – e a inércia do titular – fenômeno subjetivo e voluntário.

Regulamentada no Livro III, Título IV, da parte geral, que trata de matéria prescricional e decadencial, o legislador dedicou o Capítulo I exclusivamente à prescrição, resolvendo, por fim, todas as dúvidas existentes antes da vigência do novo diploma normativo do direito civil. Trouxe inovações no que se refere à prescrição, uma vez que delimita um prazo generalizado e para o autor quebrar sua inércia e reclamar uma pretensão a direito que entenda ser devido. Além deste prazo geral, prevê o Codex, ainda, diversos outros para ações específicas, tais como cobrança de aluguéis, de seguro contra segurador, ressarcimento de enriquecimento sem causa, entre outros.

O art. 189 estreia o capítulo definindo: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Daí é de se compreender que toda ação condenatória é consecutivamente passível de prescrição, pois apenas os direitos a uma prestação poderão ser violados.

No art. 205, CC, o legislador fixa o prazo geral ou ordinário em dez anos para as ações – reais ou pessoais – prescreverem, mas somente nos casos em que o próprio Código ou lei especial não dispuser de forma diversa: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo de lei especial que excepciona a regra, pois em seu art. 27 traz que as pretensões de natureza indenizatória, fundadas nas relações de consumo, prescrevem em cinco anos. É o conhecido prazo quinquenal da lei 8.078/90.

O art. 206, CC, traz rol extenso de situações em que este prazo de 10 anos fora reduzido a critério do legislador, no intuito de assegurar a perda do direito à pretensão de direito subjetivo em tempo mais exíguo. Caio Mário (2008, p. 693-694) esclarece a redução do prazo em ações específicas: “Atendendo à conveniência de que se consolidam algumas situações jurídicas, fixa o legislador prazos curtos que variam de 1 a 5 anos, para os direitos que expressamente menciona. No tocante à ‘*praescriptio brevi temporis*’, o Código buscou simplificar o assunto, eliminando as demasias do velho Código”.

A relação dos prazos prescricionais dos arts. 205 e 206 é taxativa, não havendo impedimento de que as leis especiais disponham de outros prazos. Mas na ausência de prazo prescricional específico previsto em norma positiva, o exercício da pretensão à ação



condenatória estará submetido ao prazo geral estabelecido no art. 205, CC: dez anos, seja para ações reais ou pessoais.

### ***3.1. Fatos que interrompem a prescrição***

A interrupção da prescrição envolve um comportamento ativo por parte do credor de direitos, pois constitui em conduta inversa à que concretiza a prescrição, isto é, quando quebra a sua inércia e pratica alguns atos direcionados ao judiciário ou não – uma vez que o devedor pode assumir a dívida – demonstrando que ao invés de inerte e negligente ele está interessado na salvaguarda de seu direito.

A consequência da interrupção de um prazo, qualquer que seja ele (prescricional ou recursal), é sempre de zerar o tempo já decorrido e quando reiniciado a contagem é feita sobre o prazo total previsto na lei. No caso, o lapso prescricional inicia novamente e anula a totalidade do prazo para prescrição que já correu.

Um prazo somente poderá ser interrompido uma vez (art. 202, CC), pois a intenção do legislador foi evitar abusos e a dilação do prazo eternamente. Isto porque o credor, na maioria dos incisos que traz as hipóteses taxativas de interrupção, é que alega e, por isso, é vantajoso para sua causa que o prazo que extingue seu direito à pretensão seja dilatado ao máximo.

Mas, não é somente o credor que poderá agir de modo a interromper o prazo prescricional, mas também o terceiro que tem seu direito prejudicado, mesmo que não participante da relação jurídica original. Mas o efeito desta interrupção é pessoal, atingindo apenas o sujeito que a ela der causa. Em casos em que há mais de um devedor de prestação obrigacional, e a interrupção atinja apenas um deles aos outros coobrigados, não se aproveitará seu efeito.

Os fatos que interrompem a prescrição estão todos taxativamente previstos no art. 202, CC, e vale ressaltar as peculiaridades de cada uma das hipóteses legais:

***(i) Por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;***

Este dispositivo refere-se ao art. 219, Código de Processo Civil, pois a prescrição aqui ocorre depois da manifestação do credor em defender seu direito subjetivo por via judicial. O efeito interruptivo decorre, pois, da citação válida, que retroagirá à data do despacho ou, por analogia, à data da distribuição onde houver mais de uma vara.

Alguns processualistas defendem o disposto no art. 219, parágrafo 1º, CPC, pois traz que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Mas como nosso ordenamento jurídico não permite este conflito entre as normas, aplica-se a este caso um dos princípios de solução, apresentado por Norberto Bobbio, a cronologia.

Desta forma o Código Civil, que trouxe a redação de que a data retroagirá a do despacho, tem efeito revocatório tácito sobre o dispositivo processual. Esta conclusão deriva do silogismo de que a lei nova revoga a anterior, se ambas forem incompatíveis, sendo evidente, por critérios objetivos, que o atual Código Civil é posterior ao Código de Processo Civil.

***(ii) Por protesto, nas condições do inciso antecedente;***

Doutrinadores civilistas entendem que este dispositivo se refere ao protesto judicial, pois o legislador remete às condições do inciso I e o outro tipo de protesto – extrajudicial – fora previsto no inciso consequente. Este protesto judicial está previsto no Código processual, art. 867. É um procedimento cautelar que visa a prevenção de responsabilidades para prover a conservação de direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal.

***(iii) Por protesto cambial;***

A lei 9.492/97, em seu art. 1º traz a definição de protesto: “Protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

Tanto o protesto judicial quanto o protesto cambial foram propostos pelo legislador como causas interruptivas da prescrição, porque, uma vez protestando, o juiz tomará ciência de que o credor de direitos não está inerte ou negligente quanto ao prazo prescricional.

***(iv) Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;***

Aqui, bem como no inciso anterior, é forma de demonstrar inequivocamente o interesse do credor pela sua causa e direitos. Trata-se da habilitação do credor em inventário, seja nos autos da falência ou da insolvência civil.

***(v) Por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;***

Este inciso é genérico, e abrange toda e qualquer manifestação do titular de dívida e obrigações, em que flagre a falta de prestação por parte do devedor.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 483/484):

Diante da generalização, inclui-se na hipótese toda manifestação do credor, em especial a propositura de medidas cautelares, notadamente notificações e interpelações. A propositura de ação pauliana, necessária para a cobrança eficaz do crédito, já foi considerada como hábil para interromper a prescrição.

***(vi) Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor;***

Aqui, a hipótese de interrupção, diferentemente das outras, decorre unicamente da atividade do devedor, independentemente do credor. Tomamos como exemplo o pedido de prorrogação de prazo ou de parcelamento, pagamentos parciais ou dos juros.

O art. 203, CC dispõe que qualquer interessado poderá dar causa à interrupção do prazo prescricional, mesmo que não pertencente à relação processual originária. Como por exemplo, um credor reclama direitos de vizinhança de um imóvel na pessoa do possuidor, mas o responsável é o proprietário, ainda que este não seja citado para integrar o processo poderá ele dar causa, seja protestando ou praticando ato que importe em seu reconhecimento de obrigação.

O parágrafo único deste artigo traz que a “prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Uma vez interrompida a prescrição, o prazo volta a contar do zero, recomeçando novo prazo prescricional, a partir do ato a que lhe deu causa.

***3.2. Fatos que suspendem ou impedem a prescrição***

O Código Civil preferiu organizar as causas que suspendem e impedem a prescrição na mesma seção, uma vez que estão subordinadas a uma mesma unidade fundamental, pois as mesmas causas, dependendo do momento em que ocorrem, ora suspendem, ora impedem o prazo prescricional de começar sua contagem.

A diferença principal entre estes dois óbices ao prazo é realmente o momento de suas ocorrências, já que se o prazo ainda não começou a fluir, não falar de suspensão, mas de impedimento ao seu início. Mas se já iniciado o prazo, e ocorre uma das causas legais, ele pára e recomeça a contagem do ponto onde parou, devendo a contagem ser feita somente sobre o tempo restante, somando-se os períodos. Esta é a diferença entre suspensão e interrupção.

As hipóteses em que ocorre a suspensão do prazo fundamentam-se na condição ou situação legal em que determinadas pessoas se encontram, ficando impedidas de alegar a prescrição. As hipóteses estão elencadas no art. 197 a 200, CC, e são aplicadas em ambos os casos, a depender da situação fática:

“Art. 197. Não corre a prescrição

I – entre cônjuges, na constância do casamento;

II – entre ascendentes e descendentes, na vigência do pátrio poder;

III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela”

O rol deste artigo compreende as hipóteses de relação entre familiares, dependentes, assistentes e representantes, preservando a relação de confiança e amizade geralmente existente entre as partes. Este rol, no entanto, é taxativo, não admitindo analogias ou interpretações extensivas que incluam situações parecidas ou equiparadas.

Mas quanto à união estável, que nos dias de hoje se compara, inclusive para fins de aposentadoria, ao casamento civil, Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 478) defende que:

“Tendo em vista o que preceitua a Constituição de 1988 e o art. 1.723 do novo Código Civil, que reconhece como entidade familiar a união estável, parece razoável entender-se que a ela também se aplica a causa de suspensão da prescrição prevista no inciso I do art. 197, malgrado a omissão constatada. Se um dos convenientes tiver de mover ação contra o outro, para evitar a prescrição, tal fato poderá acarretar indesejável desarmonia entre o casal e a própria desagregação da sociedade de fato de base afetiva”.

Seguindo a sequência, vem o art. 198 arrolando mais três incisos que impedem de correr a prescrição:

“Art. 198. Também não ocorre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra”.

Este rol traz uma relação de pessoas que, em virtude de determinadas circunstâncias peculiares, não poderiam de forma prudente e cuidadosa proceder de forma a proteger seus interesses e direitos subjetivos.

O inciso I trata dos absolutamente incapazes, isto é, os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. O prazo prescricional somente poderá correr contra determinadas pessoas na hipótese de cessarem estas causas.

O art. 199 traz mais três situações em que a prescrição não ocorre. E de fato não poderia ocorrer, pois são hipóteses em que não existe ação para se exigir o cumprimento de obrigação. Vejamos:

“Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I – pendendo condição suspensiva;

II – não estando vencido o prazo;

III – pendendo ação de evicção”

Nestes casos, se ainda pende de condição suspensiva, a obrigação não é exigível, não havendo para o credor direito algum sobre o possível devedor; se o prazo não está vencido, também não há que falar em direito obrigacional, pois não está configurado o devedor em mora. Finalmente, se ainda pende uma ação de evicção, não há sentença definitiva que determine a perda do bem pelo evicto, sendo inexigível também indenização por perdas e danos e a restituição do preço para o alienante de boa fé.

A pretensão do titular de direitos em potencial não nasce em nenhuma das hipóteses, e por isto não se pode falar em prazo prescricional, pois este atinge exatamente o direito à pretensão.

O art. 200 traz: “*Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva*”. Aí está mais uma situação em que o prazo da prescrição fica suspenso, mas desta vez em razão de outro

processo pertencente ao âmbito criminal, pois no caso do réu ser absolvido desta esfera por negativa de autoria ou inexistência do fato alegado, restará também absolvido de pagar indenização por perdas e danos, seja patrimonial ou moral.

Esta última causa suspensiva se fez necessária em razão da redução do prazo prescricional, para a pretensão de reparação civil, para três anos, já que no Código Civil de 1916 o prazo previsto era de 20 anos.

## **CONCLUSÕES FINAIS**

No presente artigo atentou-se em expor o conceito da prescrição, considerando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro instrumento eficaz do princípio da segurança jurídica, bem como seu caráter primordial ao Estado Democrático de Direito, passando pelos seus instrumentos de concretização no direito privado e o âmbito jurídico-administrativo.

Com isso, foram delineadas as características básicas da prescrição no ordenamento jurídico pátrio, em que se realçou o seu fundamento, qual seja, o princípio da segurança jurídica, cuja consequência imediata é qualificação da imprescritibilidade como excepcional, dependente de expressa previsão normativa.

Haja vista que, em um Estado Democrático de Direito o princípio da segurança jurídica assume uma grande relevância como pressuposto dos demais princípios jurídicos e do próprio ordenamento jurídico. E tem sido este princípio empregado validamente tanto em defesa como contra a imprescritibilidade, menciona-se que, o princípio da segurança jurídica deve ser compreendido de forma integrada aos demais princípios constitucionais, de forma a não tornar sem efeitos a norma constitucional originária.

Ao modo que, o princípio da segurança jurídica e o instituto prescricional estão diretamente ligados à importância da segurança e estabilidade das relações ante o decurso temporal. Haja vista que, o Estado Democrático de Direito busca a estabilidade das relações jurídicas definitivas, por possuir escopo a proteção a todas as relações jurídicas, portanto, o Direito busca garantir paz e tranquilidade no seio da sociedade.

O direito civil trata da prescrição de forma generalizada, normatizando relações sociais que se prolongam no tempo e impedindo que se perpetue uma obrigação não reclamada em tempo hábil. Na intenção de estabelecer limites que proporcionam um equilíbrio e segurança jurídica para as partes de um conflito, o legislador optou por positivizar legalmente os prazos que expiram um direito subjetivo do credor.

Este trabalho permitirá ampliar o debate teórico e elucidar pontos importantes do tema pesquisado, ampliando o acervo de fontes bibliográficas para multiplicar e disseminar o conhecimento da matéria.

É, portanto, fundamental termos ciência de que o tema não se esgota diante dos tópicos abordados, pois a discussão acerca da prescrição se estende não só no âmbito do direito civil, mas permeia todo o ordenamento jurídico, em todas as suas dimensões e matérias, abrindo olhares múltiplos sobre o tema.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ALMEIDA, João Alberto de; SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/130/121>>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

CALIXTRO, Clarice Costa. **Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/7049/4263>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1. p. 120-121.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11647&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura)> Acesso em 20 janeiro de 2023.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Segurança jurídica e retroatividade jurisprudencial no STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/constituicao-seguranca-juridica-retroatividade-jurisprudencial-stf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol 1. 32 º Edição. São Paulo: Saraiva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302189,210480+STJ+e+o+princípio+da+seguranca+juridica>>. Acesso em 03 de março de 2023.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol I. 19º Edição. São Paulo: Saraiva, 2017;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 13º Edição, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v. 1: parte geral**. 46ª ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. Apud NAVES, Nilson Vital. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. Disponível em:



, <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/395/367>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2023.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.. **Derecho Civil: Parte General**, Editora Astrea, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, ano 7, 1999.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais**. In: Direitos Fundamentais & Justiça, Ano 2, nº 2, Jan./Mar. 2008.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado de Sociologia - Las Funciones del Derecho**. Porto Alegre: Globo. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2064877.pdf> >. Acesso em 01 de setembro de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

ZIMMER, Willy. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In.: **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, n.º 1, abr. 2006. p. 100.

## **TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA DOS JUÍZES 100% DIGITAIS: RESULTADO DAS BOAS PRÁTICAS NO NÚCLEO DE JUSTIÇA 4.0 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA**

**JOSELIA GOMES DO CARMO:**

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2012), graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2010). Juíza Substituta TJBA.<sup>32</sup>

**Resumo:** Objetiva o artigo aduzir sobre o impacto das boas práticas realizadas no Núcleo de Justiça 4.0 do Tribunal de Justiça da Bahia, contextualizando as iniciativas e resultados obtidos após a criação do Juízo 100% Digital e a criação dos Núcleos de Justiça 4.0, regulamentados pelas Resolução nº 385 e 398 do Conselho Nacional de Justiça. O artigo foi redigido com base em revisão literária e legislativa e a partir da coleta de dados do CNJ e TJBA. Como resultado se notou a nítida rapidez no atendimento e conforto do jurisdicionado que tem acesso ao trâmite do processo de forma mais clara e sem entraves para acessar o conteúdo do feito.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Justiça 4.0. Núcleos de Justiça.

**Abstract:** The aim of the article is to adduce on the impact of good practices carried out in the Núcleo de Justiça 4.0 of the Judiciary of Bahia, contextualizing the initiatives and results obtained after the creation of the Juízo 100% Digital and the creation of the Núcleos de Justiça 4.0, regulated by the Resolution nº 385 and 398 of the National Council of Justice. The article was written based on a literary and legislative review and from the collection of data from the CNJ and TJBA. As a result, it was noted the clear speed in service and comfort of the jurisdictional that has access to the procedure of the process in a clearer way and without obstacles to access the content of the case.

Keywords: Judicial. National Council of Justice. Justice 4.0. Justice Centers

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. Instituição da Justiça 4.0 no Poder Judiciário Brasileiro e resultados obtidos pelo programa no Tribunal de Justiça da Bahia 3. Considerações Finais. 4. Referências.

---

32E-mail: jgcarmo@tjba.jus.br

## 1. Considerações Iniciais

A evolução tecnológica é marcada por uma maior facilitação de acessos e comodidades à população conforme se adentra em uma era digital. Evidentemente o Poder Judiciário não poderia se manter inerte às modificações tecnológicas. Nesta esteira, foi criada a Lei n. 14.129/2021 que dispõe acerca do Governo Digital e o aumento da eficiência pública.

Dentre as vantagens do Juízo Digital é possível aumentar a maior eficiência pública dada a desburocratização, inovação e transformação digital, aproximando o Judiciário e o jurisdicionado em uma simplificação da relação até então mantida entre as partes em nítido aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Luiz Fux apontou que uma das metas de gestão seria o desenvolvimento da Justiça 4.0 e a promoção do acesso à justiça digital. Dentre as primeiras medidas apontadas nesse sentido está o processo judicial eletrônico, julgamentos virtuais e o uso de redes sociais para comunicação processual, além do uso de inteligência artificial para identificação de processos repetitivos.

O Programa Justiça 4.0 foi criado a partir de uma parceria entre Conselho Nacional de Justiça- CNJ, Conselho da Justiça Federal- CJF e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- Pnud em 2021.

Eivado em quatro eixos, o Programa Justiça 4.0 atua sobre inovação e tecnologia para melhoria da prestação jurisdicional, combate e prevenção à corrupção e lavagem de diário a partir de gestão de bancos de dados disponibilizados em Sistema Nacional, gestão de informação e políticas judiciárias e a melhor da instituição CNJ como foco em segurança jurídica e projetos que de fato melhores a relação com o jurisdicionado e a forma como é feita a prestação jurisdicional. Os Núcleos de Justiça 4.0 foram instituídos com a Resolução nº 385 de 06 de abril de 2021 e demais resoluções posteriores para o aprimoramento e execução do Programa.

No Tribunal de Justiça da Bahia a implantação de Núcleos de Justiça 4.0 se institui a partir da Ato Conjunto, com publicação em 14 de junho de 2022. Conforme designado nas Resoluções do CNJ, cada núcleo contará com um juiz coordenador e, no mínimo, dois outros juízes.

## 2. Instituição da Justiça 4.0 no Poder Judiciário Brasileiro e resultados obtidos pelo programa no Tribunal de Justiça da Bahia

O termo "Núcleo de Justiça 4.0" ainda não é amplamente conhecido ou definido na comunidade jurídica. No entanto, é possível fazer algumas inferências com base na compreensão geral de tecnologias associadas à chamada "Indústria 4.0" e sua aplicação no campo da justiça.

A Indústria 4.0 é caracterizada pela adoção de tecnologias como a Internet das Coisas (IoT), inteligência artificial (IA), big data, robótica e outras tecnologias avançadas de automação e digitalização. Na justiça, essas tecnologias podem ser aplicadas de várias maneiras, desde a automação de processos administrativos até a análise de dados para tomada de decisões judiciais.

Portanto, um "Núcleo de Justiça 4.0" pode ser entendido como um centro de inovação e pesquisa que busca aplicar tecnologias avançadas para melhorar a eficiência, transparência e eficácia do sistema de justiça. Isso pode incluir a implementação de sistemas automatizados de gerenciamento de processos, o uso de IA para análise de evidências e decisões judiciais, e a criação de plataformas digitais para facilitar o acesso à justiça para as pessoas.

É importante frisar que a implementação dessas tecnologias na justiça deve ser feita com cuidado e consideração adequados para garantir que os direitos e garantias fundamentais das pessoas sejam respeitados e protegidos.

O processo de implementação destas novidades tecnológicas vem da criação e implantação do Juízo 100% Digital, que facilita o acesso à informação para a população, magistratura, servidores e servidoras, sendo feito o acesso por meio do banner PJBA Online (CNJ, 2022). Nesta modalidade de tramitação processual todos os atos são praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela internet, bem como são realizadas as audiências e sessões de julgamento somente por videoconferência.

Uma sensibilidade que deve ser ressaltada na implementação do Juízo 100% Digital pelo Tribunal de Justiça da Bahia é o fato de haver um espaço físico para atendimento dos vulneráveis digitais que poderão ter acesso a um facilitador sobre como manusear ferramentas tecnológicas. E é esse exemplo de atendimento humanizado uma das conquistas do Juízo Digital.

A desembargadora Cynthia Maria Pina Resende, responsável pela Coordenadoria de Apoio ao Primeiro Grau do TJBA, explica como a pessoa pode identificar profissionais facilitadores ao chegar nas unidades. "Os juízes diretores de Foro estão indicando os servidores que vão trabalhar como facilitadores e o Tribunal está enviando um

crachá que vai os identificar como facilitadores. E vai ter também uma comunicação visual mostrando onde é a sala passiva (CNJ, 2022).

Acompanhando a evolução tecnológica inserida no ordenamento jurídico com a Lei nº 14.129 de 29 de março de 2021 e que define os princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital como forma de aumentar a eficiência pública (BRASIL, 2021), criou-se o Programa Justiça 4.0, uma parceria entre Conselho Nacional de Justiça- CNJ, Conselho da Justiça Federal- CJF e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- Pnud em 2021 e objetiva tornar o sistema judiciário brasileiro mais inovador ao disponibilizar para a sociedade novas tecnologias e inteligência artificial dentro do processo judicial.

Segundo a apostila do CNJ acerca da implantação da Justiça 4.0 o programa tem como objetivo:

O Programa Justiça 4.0 busca ampliar o acesso da população brasileira à Justiça por meio do desenvolvimento e uso de novas tecnologias e inteligência artificial. É uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Conselho da Justiça Federal (CJF) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). As ações e os projetos do Justiça 4.0 incrementam a governança, a transparência, a eficiência e a celeridade do Poder Judiciário, reduzindo despesas e tornando a Justiça mais próxima do cidadão (CNJ, 2021).

O programa Justiça 4.0 atua em quatro eixos, a saber: inovação e tecnologia como forma de solução disruptiva que permita transformar o Judiciário e melhora da prestação de serviços a toda a sociedade, prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos a partir da gestão de dados e informações e otimização da pesquisa de ativos em banco de dados usando o Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos- Sniper, gestão de informação e políticas judiciais, com a formulação, implantação e monitoramento de políticas judiciais com base em evidências para a promoção dos direitos humanos e, por fim, o fortalecimento das capacidades institucionais do CNJ com foco na segurança jurídica, sustentabilidade de projetos e eficiência na prestação jurisdicional (CNJ,2021).

A Plataforma Digital do Poder Judiciário unifica o acesso aos diferentes sistemas do Poder Judiciário em uma única nuvem, a partir de recursos e funcionalidades que a partir de softwares próprios permitem essa comunicação entre sistemas de forma mais rápida e em prol de uma Justiça integrada.

É importante trazer a leitura do posicionamento do Ministro Luiz Fux na votação do Ato Normativo 0001113-81.2021.2.00.0000/2021 que originou a Resolução nº 385/2021, do CNJ:

[...] “De fato, as gerações mais jovens já vislumbram as varas físicas e as audiências presenciais como antiquadas. É, nesse contexto, que surge a disruptiva criação dos “Núcleos de Justiça 4.0”, que visam a conferir maior eficiência ao Poder Judiciário, com uma prestação jurisdicional mais efetiva e em tempo razoável. Lograr-se-á, assim, maior aproximação com o cidadão e redução de despesas, mas sem descurar do devido processo legal.

Os “Núcleos de Justiça 4.0” poderão revolucionar o Poder Judiciário brasileiro, provocando o redimensionamento e reestruturação das serventias judiciais. Conceitos como “Comarca” e “Seção Judiciária” podem ser superados, uma vez que o processo eletrônico e o procedimento digital dispensam a concentração da força de trabalho, de forma física e presencial, em um único local, permitindo que a competência territorial dos magistrados seja ampliada para os limites da jurisdição do tribunal.

Do ponto de vista dos advogados, a dinâmica tradicional também acabava por criar certas amarras geográficas, já que nem todos os clientes podem arcar com os custos de deslocamento dos advogados de sua preferência para outras cidades ou estados. Ademais, revelava-se praticamente inviável participar de duas ou mais audiências em um mesmo dia, salvo se no mesmo juízo ou fórum. Com o “Juízo 100% Digital” e os “Núcleos de Justiça 4.0”, há uma ampliação e democratização do acesso à advocacia, permitindo que os cidadãos possam contratar advogados de cidades distantes e até mesmo de outros estados, sem que isso importe um aumento significativo de custos”. [...] (JESUS, 2022).

Os Núcleos de Justiça 4.0, instituídos com a Resolução nº 385 de 06 de abril de 2021, definindo a resolução que poderão ser criados os Núcleos de Justiça abrangendo uma ou mais regiões administrativas do tribunal. Cada Núcleo contará com um juiz coordenador e, no mínimo, dois outros juízes (CNJ, 2020).

Os funcionamentos dos núcleos na jurisdição dos tribunais, após sua regulamentação, respeitam critérios de alocação de equipes e organização e atividades. Ao menos uma vez por ano, os tribunais

devem avaliar a quantidade de processos distribuídos para magistradas e magistrados nos núcleos e nas unidades físicas e também como o volume de trabalho das equipes. O objetivo é mensurar a necessidade de transformação de unidades físicas em núcleos, com eventual readequação da sua estrutura de funcionamento ou de alteração da abrangência de área de atuação (CNJ, 2021).

A parte autora poderá facultativa optar pelo Núcleo de Justiça 4.0, porém, uma vez feita a escolha ela será irretratável, o demandado poderá se opor à opção pelo Núcleo até a apresentação da primeira manifestação feita pelo advogado ou defensor público (CNJ, 2020).

Nos Núcleos de Justiça 4.0, os processos tramitam por meio do Juízo 100% Digital, no qual videoconferências e outros atos são realizados com o auxílio da tecnologia e dispensam a presença física das partes e representantes, pois toda a movimentação do processo nessas novas unidades judiciárias ocorre pela internet. Os processos somente poderão ser distribuídos para os Núcleos que respondam por aquela matéria. Cada um desses núcleos pode atender demandas especializadas que lhe forem encaminhadas, julgando ações vindas de qualquer local do território sobre o qual o tribunal tiver jurisdição. Neles, as juízas e os juízes atuam de forma remota (CNJ, 2021).

O CNJ em apostila explicativa sobre o tema afirma sobre os núcleos:

Esses núcleos permitem a atuação remota de juízas e juízes e a prestação de serviços totalmente digitais. As demandas são distribuídas conforme a matéria para os núcleos especializados, que julgam ações vindas de qualquer local do território sobre o qual o tribunal tem jurisdição. Esse novo modelo promete reduzir a sobrecarga nas varas de primeiro grau. O problema afeta, principalmente, unidades de comarcas do interior, onde as varas especializadas são raras e uma juíza ou juiz é responsável por processos que envolvem matérias variadas – família, recuperação, falência, crime, saúde, empresarial (CNJ, 2021).

O artigo 6º da Resolução nº 385/2021 determinou que periodicamente, em prazo não superior a 01(um) ano, seriam avaliados os processos distribuídos para cada juiz do

Núcleo de Justiça 4.0 e a de processos distribuídos em cada unidade jurisdicional física, bem como o volume de trabalho dos servidores.

Nos núcleos são usados a Plataforma Digital do Poder Judiciário, plataforma tecnológica do CNJ para disseminação do processo digital eletrônico.

Os sistemas judiciais de processo eletrônico vão se conectar à PDPJ-Br a fim de consumir soluções tecnológicas oferecidas como microserviços modulares e módulos negociais. Estes serão desenvolvidos pelos tribunais e pelos órgãos parceiros de forma colaborativa e descentralizada, disponibilizados em um marketplace e acessíveis na nuvem. Essa estratégia simplifica e incentiva a conjugação de esforços e o compartilhamento de soluções. Em médio e longo prazos, leva à uniformidade pretendida, mas não alcançada com o PJe (CNJ, 2021).

O Conselho Nacional de Justiça esteve no Poder Judiciário da Bahia para a promoção do Programa Justiça 4.0- Tribunais de Justiça da região Nordeste III. Momento em que houve a visita aos Tribunais para compartilhar dificuldades e boas práticas na implementação das políticas judiciárias nacionais, no intento de se firmar uma colaboração, com ações e entregas efetivas na área de tecnologia da informação e comunicação (TJBA, 2021).

A implantação do programa envolve uma série de desafios e etapas a serem cumpridas. Sendo a primeira identificar necessidades e oportunidades, mapeando as áreas em que a tecnologia pode ser aplicada para melhorar a eficiência e eficácia do sistema de justiça. Isso envolve a realização de estudos e análises para identificar as necessidades e oportunidades de melhoria.

Ainda, selecionar as tecnologias adequadas: a próxima etapa é escolher as tecnologias adequadas que atendam às necessidades identificadas. Isso pode incluir tecnologias como inteligência artificial, big data, blockchain, automação de processos e outras. Implementar as tecnologias: uma vez selecionadas as tecnologias, é hora de implementá-las. Isso pode envolver a contratação de fornecedores de tecnologia e a integração de sistemas existentes com as novas tecnologias.

Treinamento da equipe e dos profissionais que usaram de tais tecnologias para seu uso de forma eficiente e eficaz. Por fim, é necessário monitorar e avaliar regularmente os resultados da implantação da Justiça 4.0 para garantir que ela esteja alcançando seus objetivos e para identificar oportunidades de melhoria contínua.



Na Bahia, a implantação dos Núcleos de Justiça 4.0, por meio do Ato Normativo Conjunto n.10, de 13 de junho de 2022. Estão aptos a ser tramitados nos Núcleos de Justiça 4.0 aqueles em conformidade com o Juízo 100% Digital, implantado em junho no Poder Judiciário da Bahia com o do Ato Normativo Conjunto n.07/2022 (TJBA, 2022).

Os “Núcleos de Justiça 4.0” devem prestar atendimento remoto durante o horário de atendimento ao público, prioritariamente, por intermédio do “Balcão Virtual”, ou por telefone, e-mail, videochamadas ou aplicativos digitais, que venham a ser definidos pelo PJBA. O atendimento exclusivo de advogados pelos magistrados dos “Núcleos de Justiça 4.0” ocorrerá durante o horário fixado para o atendimento ao público, observando a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais (TJBA, 2022).

Nos termos do Ato Conjunto é disposto:

Art. 2º Os “Núcleos de Justiça 4.0” atuarão em apoio às unidades judiciais, especialmente quanto à prolação de decisões e a prática de atos em processos que: I – abarquem questões especializadas em razão de sua complexidade, de pessoa ou de fase processual; II – abranjam repetitivos ou direitos individuais homogêneos; III – envolvam questões afetadas por precedentes obrigatórios, em especial definidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – estejam em situação de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário; e V – encontrem-se com elevado prazo para a realização de audiência ou sessão de julgamento ou com elevado prazo de conclusão para sentença ou voto (TJBA,2022).

É importante frisar medidas adotadas pelo Poder Judiciário que já apresentam bons resultados, como a Assistente Virtual Sofia, forma de digitalmente atender o jurisdicionado, concretização de uma justiça digital que aproxima o cidadão e promove eficiência e celeridade de atividades jurisdicionais (TJBA,2021).

Na Bahia, considerando a natureza judicial dos feitos, os Núcleos dividem-se em Meta 01 – Família, Órfãos e Sucessões, Consumo e Cíveis; e Meta 02 – Fazenda Pública, Saúde Pública e Empresarial. Eles estão sob a gestão da Coordenadoria de Apoio ao Primeiro Grau (CAPG), que tem a Desembargadora Cynthia Maria Pina Resende como

coordenadora, e funcionam em auxílio remoto e periódico às unidades judiciais do 1º grau, mediante requisição de processos de conhecimento aptos a julgamento, a fim de que sejam sentenciados pelos Magistrados vinculados ao Núcleo (TJBA,2022).

Os Núcleos podem ainda atuar em regime de mutirão ou esforço concentrado em unidades judiciais definidas pela CAPG e devem prestar atendimento remoto durante o horário de atendimento ao público, prioritariamente, por intermédio do “Balcão Virtual”, ou por telefone, e-mail, videochamadas ou aplicativos digitais, que venham a ser definidos pelo PJBA. O atendimento exclusivo de advogados pelos magistrados dos “Núcleos de Justiça 4.0” ocorre durante o horário fixado para o atendimento ao público, observando a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais.

Em levantamento recente do Conselho Nacional de Justiça, houve também um aumento expressivo de projetos de inteligência artificial no Poder Judiciário no ano de 2022, com um total de 111 projetos desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Houve também avanço no número de órgãos que possuem projetos de IA. Atualmente, 53 tribunais desenvolvem soluções com uso dessa tecnologia. Na pesquisa anterior, apenas 32 órgãos declararam ter iniciativas no tema. O estudo evidencia que mesmo os tribunais sem projetos nessa área – em sua maioria tribunais do ramo eleitoral e do Trabalho – já possuem soluções implementadas ou sendo estudadas por seus Tribunais Superiores ou pelo respectivo conselho superior, o que implica que também são beneficiados por projetos nacionais. Foram identificados 85 novos projetos, sendo que 12 registrados no ano passado foram cancelados ou suspensos. Mais da metade das soluções (63) já estão em uso ou aptas a serem utilizadas. Por sua vez, 18 estão em fase final de desenvolvimento, 20 em fase inicial e 10 ainda não foram iniciados. A maioria impacta um alto número de processos judiciais: 90% dos projetos beneficiam mais de mil processos (CNJ, 2022).

O uso de IA tem como objetivo aumentar a produtividade, buscar a inovação, melhorar a qualidade dos serviços judiciários e reduzir custos sem ter a necessidade de realização de tarefas burocráticas de forma a reduzir etapas de um processo judicial e proporcionar ao jurisdicionado um atendimento mais célere (CNJ, 2022). O Tribunal de Justiça da Bahia apresenta no momento 03 projetos de IA (CNJ, 2022).

O Poder Judiciário da Bahia apresenta, portanto, ferramentas e iniciativas para modernizar e tornar mais eficiente o sistema de justiça do estado. Como o uso do Processo Judicial Eletrônico, que permite a tramitação de forma totalmente digital. O serviço de

mediação *on line* de conflitos, o uso de videoconferência para audiências e o uso teste de inteligência artificial (CNJ, 2022).

Observa-se do conjunto de dados obtidos em visita às páginas eletrônicas do CNJ e TJBA que há no Poder Judiciário da Bahia a busca pela implementação da Justiça 4.0, com inúmeras iniciativas em desenvolvimento, que vão desde a digitalização de processos e documentos, capacitação de juízes e servidores até a criação de projetos de IA para facilitar ao jurisdicionado o acesso ao Judiciário.

No TJBA, foram implantadas uma Secretaria Virtual e uma unidade do Núcleo de Justiça 4.0 no prédio que comporta a sede do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, atualmente há nove magistrados lotados no Núcleo com a competência de minutar sentenças de processos remetidos pelas unidades que não conseguiram bater os percentuais de meta 2 estabelecidos pelo CNJ.

Nota-se que há diversos processos complexos e que a remessa para o núcleo objetiva garantir a celeridade e a efetividade das decisões nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, ou seja, a Justiça 4.0 é um verdadeiro garantidor de Direitos Fundamentais, tanto ampliando o acesso à justiça, nos termos do art. 5º, XXV, da CF, quanto garantindo a celeridade e a duração razoável do processo.

Como magistrada recém empossada, é uma experiência muito satisfatória minutar as sentenças de processos que estavam parados há alguns anos, não por negligência ou falta de diligência dos colegas, mas sim pela alta demanda de trabalho que atualmente atinge o Poder Judiciário, logo instrumentos como a Justiça 4.0 e uso de outras tecnologias, com certeza farão toda a diferença no cotidiano dos jurisdicionados que poderão ter um acesso mais amplo e democrático ao poder judiciário baiano.

### **3. Considerações Finais**

Como visto o programa Justiça 4.0 é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para promover a transformação digital do sistema de justiça brasileiro. O objetivo do programa é melhorar a eficiência e eficácia do sistema de justiça por meio da adoção de tecnologias avançadas, como inteligência artificial, big data, blockchain, automação de processos e outras.

O programa busca modernizar e tornar mais ágil todo o processo judicial, desde a coleta de informações até a tomada de decisões pelos juízes. Isso inclui a digitalização de processos, a automatização de tarefas repetitivas e a análise de dados para ajudar a tomar decisões mais informadas.

A partir de um processo que visa a uma justiça mais acessível e transparente para a população. Com a implementação de tecnologias avançadas, espera-se que haja uma redução no tempo de espera e uma melhora na qualidade dos serviços prestados.

A introdução do programa no Poder Judiciário da Bahia iniciou-se com a implantação do Juízo 100% Digital com a tramitação processual feita exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela internet. As audiências e sessões de julgamento ocorrem por videoconferência. Posteriormente, passa-se a implementar o programa Justiça 4.0.

A Justiça 4.0 é uma abordagem que busca utilizar as tecnologias digitais para tornar o sistema judiciário mais ágil, eficiente e acessível aos cidadãos. Essa nova era da justiça traz consigo inúmeros benefícios, como a redução de custos, a simplificação de processos, a melhoria na tomada de decisões e a ampliação do acesso à justiça.

A Bahia tem buscado implementar a Justiça 4.0 como parte de uma iniciativa maior para modernizar o sistema judiciário do estado. Essa iniciativa inclui, por exemplo, o desenvolvimento de sistemas eletrônicos para o processamento de ações judiciais, a digitalização de processos e documentos e a capacitação de profissionais do direito em tecnologias digitais.

Além disso, a Bahia tem sido destaque em diversas iniciativas relacionadas à Justiça 4.0, como a utilização de inteligência artificial para a análise de dados judiciais e a implementação de soluções tecnológicas para aprimorar o atendimento aos cidadãos e a resolução de conflitos de forma mais rápida e eficiente.

No entanto, é importante destacar que a implementação da Justiça 4.0 também traz desafios e questionamentos éticos, como a privacidade de dados, a neutralidade dos algoritmos e a manutenção da equidade no sistema judicial. Portanto, é fundamental que a adoção dessas tecnologias seja realizada de forma responsável e transparente, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a justiça para todos.

É importante lembrar que a tecnologia não substitui completamente o papel dos profissionais do direito, que continuam sendo fundamentais para garantir a aplicação justa das leis e a defesa dos direitos dos cidadãos. A Justiça 4.0 deve ser vista como uma ferramenta que pode ajudar a aprimorar e tornar mais eficiente o trabalho dos profissionais do direito, mas não como uma substituição.

Na prática, considerando a experiência como magistrada recém empossada, minutando sentenças de processos que estavam há algum tempo parados, dado o elevado número de processos judiciais no TJBA, há que valorizar, conforme visto no artigo, que a Justiça 4.0 garante a celeridade e a efetividade das decisões nos termos do artigo 5º, inciso

LXXVIII, da Constituição Federal, tornando aos jurisdicionados acesso mais simples e democrático ao Poder Judiciário baiano.

## Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. GABRIEL, Anderson de Paiva. PORTO, Fábio Ribeiro. **Justiça 4.0: a transformação tecnológica do poder judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Artigos. Diex #01. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.129 de 29 de março de 2021.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14129.htm) > Acesso em 12 mar. 2023.

CNJ. **Justiça 4.0.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/cartilha-justica-4-0-20082021-web.pdf> > Acesso em 20 mar. 2023.

CNJ. **Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/> > Acesso em 29 mar. 2023.

CNJ. **Núcleos 4.0 ampliam acesso, agilidade e efetividade à Justiça.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/nucleos-de-justica-4-0/> > Acesso em 15 mar. 2023.

CNJ. **Resolução Nº 385 de 06 de abril de 2021.** Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843> > Acesso em 24 mar. 2023.

CNJ. **Resolução Nº 398 de 09 de junho de 2021.** Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3978> > Acesso em 24 mar. 2023.

CNJ. **Portal da Justiça baiana detalha funcionamento do Juízo 100% Digital.** Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/portal-da-justica-baiana-detalha-funcionamento-do-juizo-100-digital/> > Acesso em 29 mar. 2023.

CNJ. **Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário.** Disponível em: < [https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=9e4f18ac-e253-4893-8ca1-b81d8af59ff6&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&theme=IA\\_PJ&opt=ctxmenu,currsel&select=language,BR](https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=9e4f18ac-e253-4893-8ca1-b81d8af59ff6&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&theme=IA_PJ&opt=ctxmenu,currsel&select=language,BR) > Acesso em 29 mar. 2023.

TJBA. **Ato Normativo Conjunto n. 10, de 13 de junho de 2022.** Diário de Justiça Eletrônico n. 3118. Disponibilização em 14 de junho de 2022. Caderno 1. Pgs 5-7. 2022.

TJBA. **Juízo 100% Digital mais conforto e praticidade para o cidadão.** Disponível em: < [http://www5.tjba.jus.br/portal/normativo-determina-a-implantacao-de-justica-4-0-no-pjba/](http://www5.tjba.jus.br/portal/normativo-determina-a-implantacao-de-nucleos-de-justica-4-0-no-pjba/)> Acesso em 24 mar. 2023.

TJBA. **Normativo determina a implantação de núcleos de justiça 4.0 no PJBA.** Disponível em <<http://www5.tjba.jus.br/portal/normativo-determina-a-implantacao-de-nucleos-de-justica-4-0-no-pjba/>> Acesso em 29 mar. 2023.

TJBA. **Núcleo de justiça 4.0 do PJBA: magistrados proferem as primeiras sentenças.** Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/portal/nucleo-de-justica-4-0-do-pjba-magistrados-proferem-as-primeiras-sentencas/>> Acesso em 29 mar. 2023.

## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO ÂMAGO DA NOVA POLÍTICA CRIMINAL

VICTOR CYPRIANO CORREA<sup>33</sup>

**RESUMO:** O Direito Penal e a política criminal estão em constante evolução na busca por soluções céleres e efetivas, atendendo ao anseio social de segurança pública. Nesse sentido, surgem novos instrumentos de justiça penal negocial, descentralizando a atuação Estatal e fomentando a participação dos demais autores envolvidos em uma prática delituosa. Com isso, a partir sobretudo do Acordo de Não Persecução Penal, vislumbra-se uma possibilidade de um sistema de segurança público mais efetivo e racional, reerguendo a figura da vítima no processo penal e tutelando os direitos humanos do autor e da vítima de delitos.

**Palavras-chave:** direito penal, política criminal, acordo de não persecução penal, efetividade, vítima.

**ABSTRACT:** Criminal Law and criminal policy are constantly evolving in the search for quick and effective solutions, meeting the social desire for public security. In this sense, new instruments of negotiated criminal justice emerge, decentralizing State action and encouraging the participation of other perpetrators involved in a criminal practice. With this, mainly based on the Non-Criminal Prosecution Agreement, the possibility of a more effective and rational public security system is envisaged, restoring the figure of the victim in the criminal process and protecting the human rights of the perpetrator and victim of crimes. Criminal Law and criminal policy are constantly evolving in the search for quick and effective solutions, meeting the social desire for public security. In this sense, new instruments of negotiated criminal justice emerge, decentralizing State action and encouraging the participation of other perpetrators involved in a criminal practice. With this, mainly based on the Non-Criminal Prosecution Agreement, the possibility of a more effective and rational public security system is envisaged, restoring the figure of the victim in the criminal process and protecting the human rights of the perpetrator and victim of crimes.

**Keywords:** criminal law, criminal policy, non-criminal prosecution agreement, effectiveness, victim.

### Introdução

---

<sup>33</sup> E-mail: [v.cypriano@hotmail.com](mailto:v.cypriano@hotmail.com)

Inicialmente, cabe lembrar a situação do sistema penal no Brasil, caracterizado pela alta população carcerária e pelas péssimas condições, levando ao que a jurisprudência da Corte Colombiana denominou de Estado de Coisas Inconstitucional, termo jurídico usado para descrever uma situação em que há um conjunto amplo e sistêmico de violações de direitos fundamentais que persiste de forma generalizada e estrutural em um determinado setor ou área de atuação do Estado. Essa abordagem visa destacar não apenas casos isolados de violações, mas uma falha sistêmica e crônica nas políticas públicas ou na atuação do Estado, levando a uma inconstitucionalidade estrutural.

Essa grave situação violadora de direitos humanos foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro em uma decisão histórica de 2015 (ADPF 347/MC), ressaltando que a situação ia além de questões pontuais e exigia uma atuação mais ampla do Poder Judiciário e do Poder Executivo para corrigir as deficiências sistêmicas.

A doutrina reforça o entendimento do Pretório Excelso justificando o grande número de presos como consequência do próprio sistema adjetivo penal. Nesse sentido, aduz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2017, p.110):

“[...]mostrar que o Sistema Processual Penal brasileiro é inquisitório é despiciendo: hoje ninguém mais, em sendo sério, duvida disso! Afinal, todos estão sofrendo na carne os resultados dele! E assim não seria, por infundáveis razões, se o sistema fosse o acusatório, de todo o compatível com a CR e encastelado nela, mas negado na prática”.

Além da necessidade de reformas dos prédios penitenciários, há se pensar em um novo modelo de sistema penal, com vistas ao cumprimento das finalidades da pena, sem que haja imposição de penas cruéis, o que é proibido expressamente pela Constituição Federal.

Nesse sentido, urge o movimento conhecido como privatização do direito penal, o qual é caracterizado pelo estímulo a acordos na seara criminal, deslocando a vítima para o centro das atenções advindos da política criminal estatal. Nesse diapasão, o fomento aos acordos penais traz diversos benefícios, ensejando a redução da população carcerária e a reparação imediata dos danos produzidos por atos ilícitos.

### **Evolução da justiça negocial**

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituído no Brasil pela resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) surge como opção ao encarceramento em massa, sendo considerado como principal avanço da justiça



consensual no Brasil. Trata-se de uma alternativa ao processo penal, possibilitando a resolução de delitos de médio potencial ofensivo de forma mais ágil e efetiva.

Atualmente, o Acordo de Não Persecução Penal está previsto no artigo 28 do CPP, de modo que não há mais discussão sobre sua constitucionalidade, antes alegada por aqueles que entendiam que a resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público versava sobre direito processual, exorbitando dos limites permitidos para atos infracionais, bem como ofendendo a competência privativa do congresso nacional para legislar sobre direito processual.

Não se trata de absoluta inovação na justiça penal negocial, tendo em vista que Lei 9.099/99, sobretudo com a Transação Penal, conseguiu reduzir o número de processos penais, permitindo que o Ministério Público dedique mais atenção a casos mais graves, como estupros, homicídios e latrocínios.

Todavia, como se sabe, a lei 9099/95 ficou restrita aos casos que envolvem infrações de menor potencial ofensivo, sendo um importante, mas não suficiente, avanço na busca por uma tutela penal mais célere e efetiva.

A real intenção do ANPP é tornar o sistema penal brasileiro mais inteligente, célere e efetivo. Busca-se permitir que o órgão acusador e o poder judiciário foquem em crimes mais graves, fomentando a efetividade e impedindo a impunidade intrínseca a processos judiciais demorados que levam à prescrição da pretensão punitiva.

A solução consensual é apresentada como uma resposta não apenas a anseios internos, mas também a tendências internacionais de expansão dos espaços de consenso na justiça criminal. Nessa linha, Alemanha, Itália, Argentina e França são países que adotam o modelo negocial (Langer, 2017), bem como Chile, Argentina e Uruguai.

### **Requisitos do ANPP**

O Ministério Público pode propor o ANPP quando a pena mínima do delito for inferior a quatro anos e o crime não envolver violência ou grave ameaça. O investigado deve confessar formal e circunstancialmente a prática do delito e cumprir algumas condições, como reparar o dano à vítima.

Não pode ser o caso de arquivamento, pois deve existir justa causa, devendo o Ministério Público, se for o caso, pedir o arquivamento do inquérito policial ou investigação criminal. A infração penal não pode ter sido cometida com violência ou grave ameaça,

prevalecendo que se a infração foi cometida com violência contra coisa, é possível a utilização do acordo.

Em relação à quantidade de pena, seu valor mínimo deve ser igual ou inferior a 4 anos, sendo certo que para sua aferição serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

O ANPP deve se mostrar necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime no caso concreto, requisito de índole subjetiva, conferindo certo grau de discricionariedade do membro do *Parquet*, que avaliará se essa necessidade e suficiência estão presentes no caso concreto, presumindo a lei a ausência desses requisitos em caso de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica.

Ademais, for cabível transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), o membro do MP deve propor a transação (e não o ANPP). Isso porque se trata de benefício mais vantajoso ao investigado. Por outro lado, mesmo que seja cabível a suspensão condicional do processo, ainda assim, o membro do MP pode propor o ANPP.

Por derradeiro, investigado deve ser primário, não havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, não podendo o agente ter sido beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração com outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

### **Benefícios do ANPP**

O ANPP apresenta-se como uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao fato criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com indubitável diminuição das demandas judiciais criminais. Tem como principal escopo beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, sem prejuízo dos interesses e garantias dos investigados.

Segundo o Ministro Rogério Schietti ((STJ - HABEAS CORPUS Nº 657165 – RJ. Rel. Min. Rogério Schietti, j. 09.08.2022):

“o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa

de liberdade. De fato, essa solução negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

A extensa quantidade de processos, ausência juízes suficientes, e mesmo de recursos humanos faz com que, cada vez mais, infratores fiquem impunes. Daí a necessidade da justiça consensual como colaboradora, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário como um todo para enxugar a excessiva demanda e aplicar a lei penal no país com eficiência e efetividade.

A proposta do Acordo de Não Persecução Penal consiste em auxiliar o sistema penal brasileiro em efetivamente dar solução célere e proporcional na maioria das infrações penais a partir de uma decisão com base em uma discricionariedade regrada por parte do órgão acusador sobre a necessidade e suficiência do negócio jurídico.

O instrumento negocial incentiva a compensar os danos causados às vítimas, contribuindo para a restauração do equilíbrio social e para a reintegração do acusado à comunidade. Desse modo, atende-se aos interesses de todos os envolvidos na conduta delituosa.

Cabe expor que observar os interesses do acusado não significa dizer que o ANPP visa beneficiar quem comete crime, mas sim atender às finalidades da pena sem prejuízo do reconhecimento de um novel movimento de atração da vítima como protagonista na esfera penal.

Trata-se de uma nova perspectiva, fundada precipuamente na restauração do mal provocado pela infração penal, denominada pela doutrina Justiça Restaurativa, a qual se materializa através de conjuntos heterogêneos de iniciativas que visam criar um espaço de comunicação entre a vítima e o ofensor, como forma de buscar a reparação do delito e seus efeitos psicológicos e materiais, ou seja, visa uma reparação simbólica que vai além da dimensão meramente pecuniária.

Essa vertente parte da seguinte premissa que o crime e a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado, difusos e indisponíveis. Tutela-se com maior intensidade a figura da vítima, historicamente relegada a um segundo plano no Direito Penal, que sempre se direcionou ao criminoso e à punição como resposta à sociedade. Dessa forma, relativizam-se os interesses públicos e indisponíveis, advindos com a prática

da infração penal, que de difusos passam a ser tratados como individuais, e, conseqüentemente, disponíveis.

Nesse sentido a punição deixa de ser o objeto principal do Direito Criminal, buscando de forma imediata restauração e reparação dos danos ocasionados pelo crime, responsabilização do agente e a reintegração de quem pratica fato delituoso à sociedade. Concretiza-se a chamada terceira via do Direito Penal, caracterizado pela reparação do dano, sob a égide do princípio da subsidiariedade do direito penal.

O ANPP é o principal instrumento desse novo paradigma da política criminal, chamado de privatização do Direito Penal. Tem o condão de permitir uma redução de pessoas presas e de fomentar a reparação do dano, além de dar uma resposta à sociedade, confirmando a manutenção da validade das regras jurídicas postas.

Atende aos preceitos fundamentais da proporcionalidade e da razoabilidade sem prejuízo das garantias e direitos fundamentais, porquanto a consensualidade é requisito do instrumento a ser controlado pelo poder judiciário.

Sem a intenção de listar todos os argumentos favoráveis à evolução da justiça penal negocial, é imperioso concluir pela suma importância do tema e de seu mais notável instrumento, garantindo a celeridade processual, reduzindo a morosidade dos casos mais complexos, economizando recursos dos erário e, principalmente, estimular a reparação de danos, contribuindo para uma política criminal efetiva, atendendo ainda aos direitos humanos das pessoas presas a partir do respeito às normas de Direito Penitenciário, notadamente no que se refere à superlotação dos presídios brasileiros.

### **Considerações Finais**

Um processo criminal demanda organização, estrutura e esforço humano tanto no Judiciário, quanto no Ministério Público e Defensoria. O Acordo de Não Persecução Penal permite reduzir gastos públicos. O custo-benefício, do ponto de vista do combate à criminalidade, se vê ampliado a partir de uma justiça mais célere, aumentando a crença no poder judiciário e na vigência das normas.

O ANPP é mais uma tentativa de mudança que vem para somar, apresentando-se como ferramenta necessária para reduzir os números alarmantes que o poder judiciário precisa enfrentar todos os dias. Se o instituto proposto for efetivamente aplicado é possível experimentar grandes alterações na realidade brasileira a nível de segurança, pois é ineficaz o combate da violência com prisões, apenas.

A falta de estrutura impossibilita o poder judiciário e do Ministério Público de cumprir com zelo suas funções, assim como é incontestável a existência de violações a direitos das pessoas presas que ficam amontoadas em celas superlotadas, sendo certa a incapacidade de se conferir tratamento digno aos seres humanos, tampouco de atingir as finalidades da pena.

Diante de números alarmantes, é insustentável continuar a usar um modelo antigo e falido. Assim como a sociedade, o Direito precisa evoluir através de novos instrumentos aptos a dar a uma solução mais efetiva e adequada, modernizando o sistema penal e a segurança pública.

### **Referências Bibliográficas**

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2023.

Link para matéria: <https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2023/Acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-como-alternativa-ao-sistema-carcer%C3%A1rio-brasileiro> © 2023 | Todos os direitos deste material são reservados ao NEXO JORNAL LTDA.

LANGER, Máximo Langer. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal. Rev. Delictae, vol. 2, nº 3, jul-dez, 2017.

## DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO FEMINICÍDIO

**SANDRA MARIA DE LIMA PASQUINI:**  
graduanda em Direito pelo Centro Universitário  
de Jales (UNILAGES)<sup>34</sup>

**RESUMO:** A finalidade do presente artigo é analisar a inserção do feminicídio no sistema penal brasileiro como circunstância qualificadora. Mesmo com determinados avanços, o feminicídio ainda é um assunto pouco estudado devido ao pensamento individualista e preconceituoso da sociedade com o papel que a mulher exerce. Tem-se como objetivo geral apresentar discussões referentes à introdução da qualificadora do feminicídio, realizando uma análise acerca do poder punitivo do Estado frente a repressão contra a violência de gênero. Infelizmente, homens e mulheres são criados em um ambiente machista que influenciam diretamente no comportamento em seus relacionamentos futuros. Percebeu-se que existiriam conquistas na desconstrução do patriarcado e na busca de igualdade de direitos, contudo ainda falta muito para conseguir um patamar de igualdade. A Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio, de acordo com dados do Mapa da Violência não tem mostrado eficácia desde que entraram em vigor, demonstrando déficit em suas práticas.

Palavras-chave: Feminicídio. Machismo. Código Penal. Qualificadora.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the inclusion of femicide in the Brazilian penal system as a qualifying circumstance. Even with certain advances, femicide is still a subject little studied due to society's individualistic and prejudiced thinking regarding the role that women play. The general objective is to present discussions regarding the introduction of the femicide qualification, carrying out an analysis of the punitive power of the State in the face of repression against gender-based violence. Unfortunately, men and women are raised in a sexist environment that directly influences their behavior in their future relationships. It was realized that there would be achievements in deconstructing patriarchy and in the search for equal rights, however there is still a long way to go to achieve a level of equality. The Maria da Penha Law and the Femicide Law, of According to data from the Violence Map, it has not shown effectiveness since they came into force vigor, demonstrating a deficit in their practices.

**Keywords:** Work. Femicide. Male chauvinism. Criminal Code. Qualifier.

### 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>34</sup> E-mail: [sandra-pasquini@hotmail.com](mailto:sandra-pasquini@hotmail.com)

A violência de gênero tem muitas definições, mas de modo geral, se define como qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra alguém em situação de vulnerabilidade devido a sua identidade de gênero ou orientação sexual. Em contrapartida, o feminicídio é o homicídio qualificado, desde que a vítima do crime seja do sexo feminino e a prática do delito se dê em razão de a vítima ser mulher ou em decorrência de violência doméstica, sendo estas suas características qualificadoras.

Em relação as qualificadoras, são elementos previstos em um crime específico, que o enquadra em um tipo penal mais grave. São analisadas na primeira fase do cálculo da pena e podem eventualmente sofrer incidência de agravantes, atenuantes ou até causas de aumento de pena.

Desse modo, a recente criação da qualificadora feminicídio constitui resposta aos altíssimos índices da prática de tal conduta e é assunto ainda muito atual no nosso cotidiano, bem como a eficácia da existência e fiscalização do crime. Essa triste realidade das vítimas do referido crime, motivaram a presente pesquisa.

A problemática da pesquisa se concentra em demonstrar como a discriminação da mulher corrobora para a perpetuação da realidade feminicida e, ainda, se é o direito penal o instrumento correto para o combate a tal comportamento.

Assim, o estudo tem como objetivo analisar o feminicídio como instituto jurídico, bem como analisar se o direito penal deve ser utilizado como instrumento de combate a condutas feminicidas e genericamente violentas.

A difusão de informações e esclarecimentos do mencionado tema é de extrema importância no âmbito social e contribui diretamente na conscientização e educação acerca do assunto, visto que a ausência destas implica a criação de um ambiente propício à disseminação de condutas criminosas como essa e similares.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 INFLUENCIA DO CONTEXTO SÓCIO HISTÓRICO**

No Brasil, o feminicídio ainda é um tema bastante restrito devido à sociedade machista e patriarcal (em que vivemos e somos construídos), ficando limitado o acesso às informações importantes de como e por que ocorre, onde se pode procurar ajuda e em quais tipos de relacionamentos aumenta-se a propensão de se materializar essa atrocidade e ainda os meios de prevenção, já que se trata de uma morte evitável.

Outrossim, nos últimos anos, tal assunto tem conquistado um maior espaço em discussões e medidas de proteção, visto o número de mulheres assassinadas no Brasil ter aumentado de forma alarmante, tornando-se uma questão de saúde e segurança pública.

Os fatores que contribuem para a morte das mulheres são diversos, entre os quais, princípios socioculturais, machismo extremo, estrutura familiar, afetividade, condições socioeconômicas, acesso à informação e à educação, tipo de relacionamento vivenciado pelas pessoas, diferença de força física entre o homem e a mulher.

Os primeiros discursos acerca da superioridade masculina descendem da Grécia Clássica, quando Aristóteles (Geração dos Animais, II, 3,737 a, 1961) defendia a ideia da diferenciação natural dos sexos, em que a submissão feminina decorreria da sua inferioridade natural, sendo, portanto, justa e vantajosa, visto ser resultado da vontade da própria natureza. Defendia que a mulher, por sua própria natureza, era imperfeita e falha, e que o nascimento de um ser do sexo feminino traduzia um fracasso da natureza, chegando a sustentar que a "fêmea é um macho mutilado" (Geração dos Animais, II,3,737 a, 1961).

Em suas obras, Aristóteles asseverou que a mulher era um indivíduo passional e desprovida de racionalidade, enquanto o homem era o ser racional, sendo, assim, ideal que possuísse a superioridade no comando, já que o racional deve comandar o irracional por natureza e, qualquer modificação na cadeia hierárquica seria prejudicial a todos os envolvidos. Em sua obra Política (2010), o filósofo chega a comparar a relação homem versus mulher com a relação homem versus escravo, que, além de natural, demonstra o instinto de sobrevivência e autopreservação humana por parte da mulher e do escravo, e o respeito a tais hierarquias construiria o bem comum e uma vida justa e feliz para todos.

Não bastasse isso, os filósofos iluministas do século XVIII, dentre eles Jean-Jacques Rousseau, defensor da igualdade entre os seres humanos, corroboraram para a gama de discursos normatizadores da inferioridade feminina. Em sua teoria, Rousseau esbarra em sérias contradições, quando, ao mencionar a mulher, assevera que a subordinação feminina é, além de natural, totalmente justificável e deveras necessária (CARVALHO, 2006, p. 75), chegando a propor um projeto educacional amplamente preconceituoso e repressivo para meninas, em sua obra *Émile ou de l'éducation*, para que fossem doutrinadas e preparadas para serem companheiras ideais para os homens. Nesse sentido, considera:

[...] toda a educação das mulheres deve ser relativa ao homem. Serem úteis, serem agradáveis a eles e honradas, educa-los jovens, cuidar deles grandes, aconselhá-los, consolá-los, tornar-lhes a vida mais agradável e doce, eis os deveres das mulheres de todos os



tempos, e o que lhes devemos ensinar já na sua infância. (ROUSSEAU, 1992, p. 433).

Assim, apoiado na ideia de desigualdade natural, Rosseau definiu as funções e os deveres específicos de cada um dos sexos e defendeu que a educação deve ter o objetivo de preparar o menino e a menina para assumirem seus papéis próprios na sociedade.

Somente na contemporaneidade é possível enxergar a contradição no que diz respeito ao determinismo biológico como pressuposto das relações abstratas. É quando os movimentos sociais adeptos do feminismo começaram a demonstrar que a premissa de dominação do homem sobre a mulher é resultado de uma construção social e ideológica. A nova perspectiva de análise da questão faz emergir, no estudo das ciências sociais, duas novas categorias: o sexo e o gênero.

## 2.2 DEFINIÇÃO DE FEMINICÍDIO

O termo “feminicídio” surgiu em 1970 e compreende-se tal expressão como um agrupamento de crimes (estupro, espancamento, mutilação, perseguição, etc.) que resultam na morte de pessoas na condição de mulher. Tal delito pode ser cometido tanto por um homem qualquer ou um parceiro/ex-parceiro da vítima, como também por parentes dentro do ambiente familiar. Muitas dessas mortes podem, em muitos casos, ser evitadas, pois geralmente são precedidas de sinais e ameaças (Rodrigues, 2016).

Bandeira (2013) descreve o feminicídio como o ato final de violências (abuso psicológico, físico, entre outros) preexistentes em determinado ambiente, as quais são praticadas com o propósito de reprimir e controlar as mulheres. Fazendo com que se reproduza o padrão cultural aprendido durante as gerações, em que o homem dita as regras e à mulher cabe obedecê-las.

Partindo dessas condições mencionadas, Segato (2006) e Romero (2014) definem quatro espécies de feminicídio:

- **Feminicídio íntimo**, em que o homicida mantinha ou manteve com a vítima relacionamento íntimo ou familiar;
- **Feminicídio sexual**, ocorre nos casos em que a vítima não possui ligação qualquer com o agressor, mas sua morte foi precedida de violência sexual, no caso de estupro seguido de morte;

- **Feminicídio corporativo/feminicídio de segundo estado**, por sua vez, dar-se-á em casos de vingança ou disciplinamento, através do crime organizado, como se verifica no tráfico internacional de seres humanos;
- **Feminicídio infantil**, aquele imputado às crianças e adolescentes do sexo feminino através de maus-tratos dos familiares ou das pessoas que têm o dever legal de protegê-las.

Entre as quatro classes de feminicídio mencionadas, a ocorrência mais comum se dá no feminicídio íntimo, em que o crime geralmente é cometido pelo companheiro/ex-companheiro da vítima advindo de uma série de outras violências (psicológica, verbal, sexual).

Segundo Schraiber e Oliveira (1999) e Rede Nacional Feminista de Saúde (2002), a evolução e o agravamento dos atos violentos interferem diretamente na qualidade de vida da mulher, ocasionando decréscimo da autoestima, do processo de aprendizagem e dos vínculos interpessoais. Ou seja, a vítima passa a não mais enxergar sua própria individualidade no relacionamento, visto não ter mais energia para tal, devido às agressões e ao sentimento de inferioridade, passando a anular-se em prol de seu parceiro.

### 2.2.1 RELACIONAMENTO ABUSIVO

Segundo Barreto (2015), "relação abusiva é aquela em que predomina o excesso de poder sobre o outro. É o "desejo" de controlar o parceiro, de "tê-lo para si". Esse comportamento, geralmente, inicia de modo sutil e aos poucos ultrapassa os limites causando sofrimento e mal-estar. É difícil definir quando um relacionamento é abusivo, porém, os principais indicativos de uma pessoa abusiva são: ciúme e posse exagerados; controle sob as decisões e ações do parceiro; querer isolar o parceiro até mesmo do convívio com amigos e familiares; ser violento verbalmente e/ou fisicamente; e pressionar ou obrigar o parceiro a ter relações sexuais.

Em uma pesquisa realizada por Wood (2014) com 22 agressores conjugais, concluiu-se que a violência praticada contra a mulher se dá como uma forma de dominá-la e estabelecer o controle sobre ela, mantendo assim sua masculinidade intacta. Nesse mesmo estudo, o autor percebe uma visão patriarcal de masculinidade, na qual os homens apontam que devem sempre estar no comando dos relacionamentos.

Basta observar um pouco mais atentamente ao redor que será possível notar várias pessoas próximas inseridas nesse tipo de relacionamento hoje em dia. Contudo, há uma tendência de julgar como um comportamento normal e de amor. Segundo Machado (2000), na violência entre homens e mulheres o núcleo de significação parece ser da

articulação do controlar, do ter, do perder e o de não suportar que as mulheres desejem algo além deles. Esse núcleo de significação parece ser um desafio, a rivalidade, a disputa entre aqueles que enquanto homens se pensam de certa forma iguais entre si e superiores às mulheres na comparação entre os gêneros, o masculino mata incomensuravelmente mais. O feminino é morto em nome do masculino.

Pode-se observar como o papel de controlador está enraizado no homem, gerando medo obsessivo da perda. O relacionamento começa de forma serena, com o passar do tempo ele começa a enxergar as situações de maneira distorcida, como por exemplo, se a mulher sair com algum (a) amigo (a), o mesmo subentende que por trás disso está o desejo de trair ou trocá-lo por outra pessoa, e então passa a impor meios de exercer controle sob sua parceira impedindo-a de ir a lugares sem sua companhia ou até mesmo de sair com determinadas pessoas, com a justificativa de que a ama e de que quer protegê-la de algo.

Diante disso, a cultura e a falta de estruturação familiar colaboram em suma para que a mulher aceite essa condição como algo normal e protetor. E quando ela não o questiona sobre tal comportamento e não lhe impõe limites, (afinal nem ela sabe que tal atitude precisa urgentemente de uma linha demarcadora) seu companheiro tende a tornar-se cada vez mais dominador e coercivo. As violências se tonificam, vão criando formas maiores, transitando de psicológicas para verbais, físicas e vão piorando cada vez mais.

### **3 A INCLUSÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CÓDIGO PENAL**

Nos dias atuais, são reconhecidos cinco tipos de violência doméstica. Ao mencionar sobre este assunto, a primeira coisa que nos remete, é a agressão física. Contudo, existem outras formas que também configuram violência e que constam em nosso ordenamento jurídico. (ALBUQUERQUE, 2019).

A Lei nº 14.188, de 29 de julho de 2021, incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher. Trata-se do artigo 147-B do Código Penal. Tal modalidade de violência já era prevista na Lei Maria da Penha (LMP), mas ainda não havia sido detalhadamente tipificada.

É importante frisar também, que das cinco modalidades de violências previstas na Lei Maria da Penha contra a população feminina, não era descrito com clareza a modalidade violência psicológica.

Na ausência de um tipo penal que detalhasse com segurança a conduta do acusado, as Varas de Violência Doméstica (VD) muitas vezes não lograram êxito ao tentar

aplicar essa modalidade de “ataques psicológicos” nos casos das desavenças entre casais. Assim, extremamente importante a providência de, finalmente, definir o crime, sem mais delongas.

A nova norma teve origem no Projeto de Lei nº 741/2021, sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e apresentado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI). No Senado, a relatora da matéria foi a Senadora Rose de Freitas (MDB-ES).

Além da tipificação detalhada da conduta, o texto também prevê o programa “Sinal Vermelho”, que é um “X” pintado em vermelho na palma da mão da mulher ameaçada. Esse sinal é uma denúncia de que aquela pessoa está em perigo e precisa de socorro urgente.

A violência psicológica pode se dar em ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e insultos. No entanto, na LMP, já havia previsão de cinco formas de violência contra a mulher, a saber: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

**Violência Física:** é qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Inclui uso da força, desde socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras até condutas caracterizadoras de crimes como o homicídio, aborto, lesão corporal, deixando ou não marcas aparentes (FARAH, 2004, p. 140).

**Violência Psicológica:** a violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”. Tão ou mais grave que a violência física, a psicológica se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima para se valer de um prazer em ver a mulher amedrontada, inferiorizada e diminuída (DIAS, 2007, p. 26). Camargo (2000, p. 36) afirma que: Um tipo comum de Agressão Emocional é a que se dá sob a autoria dos comportamentos histéricos, cujo objetivo é mobilizar emocionalmente o outro para satisfazer a necessidade de atenção, carinho e de importância. A intenção do(a) agressor(a) histérico(a) é mobilizar outros membros da família, tendo como cuidado, compreensão e tolerância.

**Violência Psicológica e Sexual:** A violência psicológica e sexual pode ser entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar

de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (DIAS, 2007, p. 17).

**Violência Patrimonial:** no que tange à violência patrimonial, esta pode ser qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Podem ser aqui enquadrados casos em que a mulher, por medo, coagida ou induzida a erro, transfere bens ao agressor. O exemplo do ocorrido com a própria Maria da Penha, foi caracterizado a premeditação do ato, pelo fato do seu agressor, dias antes da primeira tentativa de assassinato ter tentado convencê-la a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Sem falar, que, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido (CUNHA, 2007, p. 87).

**Violência Moral:** a violência moral, pode ser entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Ou seja, são as hipóteses de crimes contra a honra tipificada no Código Penal: calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas). A Lei Maria da Penha veio inovar quando enquadrou no rol das violências contra a mulher a violência moral e patrimonial. Nada mais justo da peculiaridade em que se encontra essa relação no que diz respeito à dependência financeira e econômica, além dos comuns insultos e maus tratos verbais a que é submetida à vítima, de forma íntima ou até, muitas vezes, pública.

Quanto melhor esclarecidas ficarem essas modalidades, mais eficaz será a atuação da Justiça e do Ministério Público na proteção aos direitos da mulher vítima.

São sete os verbos constantes do tipo penal, agora em vigor: 1- *ameaçar*, que consiste na promessa de causar mal injusto e grave; 2- *constranger*, que significa tentar impedir de realizar algo que a lei não proíbe; 3- *humilhar*, que significa depreciar, rebaixar; 4- *isolar*, que consiste em deixar a pessoa só, sem parentes ou amigas, sem apoio; 5- *manipular*, que é interferir na vontade de outrem, obrigando-a a fazer o que não gostaria; 6- *chantagear*, que consiste em proferir ameaças perturbadoras; 7- *ridicularizar*, que significa submeter à zombaria; e 8- *limitar o direito de ir e vir*, que significa impedir a livre locomoção ou encarcerar.

Com todas essas providências, se estivéssemos em outro país que não o Brasil, poderíamos até acreditar que tudo ou quase tudo estaria solucionado, mas sabemos que não será assim. Estamos, apenas, no início da luta, muito ainda falta realizar.

#### **4 NATUREZA JURÍDICA DO DISPOSITIVO**

Analisando o entendimento doutrinário atual, é possível encontrar divergências acerca da natureza jurídica da qualificadora feminicídio, se objetiva ou subjetiva. Aqui, cabe destacar que, a qualificadora é denominada subjetiva quando mantém relação com a motivação do crime, e se diz objetiva quando alusiva ao meio e modo de execução do crime (RODRIGUES, 2017, p. 59)

Feita tal observação, o entendimento que parece mais coeso é o de que feminicídio se enquadra na classificação subjetiva das qualificadoras já que, o legislador se utilizou da expressão “por razões da condição do sexo feminino” e dela se extrai o termo “razões” que, por sua vez, se traduz por “justificações, motivos, pretextos”. Sobre o assunto, discorrem Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes:

O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva.

Entende-se, portanto, que a qualificadora não busca demonstrar o meio ou modo pelo qual o crime é praticado, mas sim sua motivação.

#### **5 DAS PRINCIPAIS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL**

A principal finalidade vinculada ao direito penal é a proteção aos bens mais importantes e necessários à sobrevivência da sociedade. Nas palavras de Luiz Regis Prado (1999, p. 47) “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

Nesse sentido, o instrumento de coerção de que se valeria o direito penal para a proteção de bens, valores e interesses mais significativos da sociedade seria a cominação, aplicação e execução da pena (GRECO, 2005, p. 03).

O Direito Penal, portanto, deve proteger os bens que são tão valiosos para a sociedade que não podem ser protegidos o suficiente pelos demais ramos do Direito, como a Vida, a Honra e o Patrimônio, por exemplo. Assim, quando se considera o quão mutável é a sociedade e seus critérios de importância, caso com a passagem do tempo, tal proteção não seja mais primordial e necessária, o direito penal deve se afastar e permitir que outro ramo jurídico assumira, sem seu auxílio, o encargo de protegê-los (GRECO, 2005, p. 04).

## **6 DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO FEMINICÍDIO**

O advento da Lei nº 13.104/15 trouxe consigo intenso debate para o meio jurídico, entre aqueles que aprovavam a inovação legislativa e aqueles que a condenavam e, nesta segunda hipótese, o faziam por considerar a norma um reflexo do simbolismo penal, que “consiste no uso do Direito penal para acalmar a ira da população em momentos de alta demanda por mais penas, mais cadeias, etc.” (GOMES, 2006, p. 24).

Sempre que o legislador recorre à edição de leis para responder ao clamor social pela redução da criminalidade, estamos diante do simbolismo penal. Com tal fundamento, parte da doutrina insiste em afirmar que a qualificadora feminicídio serve apenas para estimular o exercício do direito penal simbólico e cria a ideia errônea de que antes da mudança os homicídios de mulheres em razão de gênero não eram tipificados, quando na verdade a qualificadora do motivo torpe já exerceria essa função.

Entretanto, é preciso considerar que os argumentos utilizados por essa parcela da doutrina ignoram o quão grave, brutal e essencialmente desigual é a violência de gênero, cujo fim trágico é o feminicídio. Além do que, inviabiliza o reconhecimento das múltiplas formas pelas quais os crimes feminicidas são praticados, tais como: tortura, privação da liberdade e violência sexual (RODRIGUES, 2017, p. 67).

Lado outro, conforme Bruno Gilaberte e Marcus Montez (2015) ensinam, não era unanimidade entre os doutrinadores penais que o feminicídio estaria enquadrado na qualificadora do motivo torpe, pelo que, haver uma qualificadora específica para a situação evita “qualquer interpretação tendente a extirpar o feminicídio da seara do §2º” (GILABERTE; MONTEZ, 2015). Além disso, se o feminicídio já seria considerado homicídio qualificado, que mal pode haver em especificar uma possibilidade que já era abarcada por interpretações do diploma penal?

Segundo essa lógica, não há que se falar em violação ao princípio da intervenção mínima, como muitos sustentam, pois não teria sido criado novo dispositivo penal, apenas

se especificou hipótese já existente. Com esse entendimento, aduz Barbara Yllan (2011, p. 197):

Não usar o Direito Penal para estes delitos resultaria absurdo. Não nos equivoquemos, estamos falando de violência contra as mulheres. Não morreram. As mataram. Quando se estabelecem as agravantes do homicídio ou do homicídio qualificado, é para sancionar não quem as matou, senão como as mataram. É a lógica do mundo penal para poder estabelecer as qualificações. A partir deste ponto de vista se faz necessário um tipo penal que qualifique como estão matando estas mulheres e em que condições – que não são as mesmas que contém o homicídio qualificado. Quando falamos da perda da vida o conceito de uma intervenção mínima do Direito Penal é inadmissível. O direito é uma ferramenta de defesa para as mulheres.

É função do direito penal proteger o bem jurídico mais valioso a disposição humana, a vida, e se especificar com o fim de melhorar a proteção desejada, é tão somente a única possibilidade aceitável.

Em relação às demais críticas levantadas em desfavor da qualificadora, é importante observar que, a criação do dispositivo sancionador não garante a prevenção da prática do crime, tampouco sua punição. A reforma legislativa deve ser apenas um dos instrumentos de combate à violência de gênero, e não a única. A criação de políticas públicas e criminais de enfrentamento da causa, aliadas à correta aplicação do dispositivo legal podem gerar impactos consideráveis nas taxas de violência de gênero e feminicídio existentes atualmente. Nesse seguimento (RODRIGUES, 2017, p. 70):

O Direito é incapaz de criar realidades: a realidade está posta. Infelizmente, muitas destas realidades são produtoras e reprodutoras de violência e opressão. Ao optar por conferir-lhes um tratamento jurídico-penal, as instâncias de poder deste país demonstram que estas não podem mais ser toleradas ou aceitas. Aí está o sentido em propor um termo jurídico-penal para identificar a violência fatal que atinge as mulheres brasileiras: reconhecer um sofrimento intolerável e ressaltar a importância de seu reconhecimento nos espaços mais conservadores da sociedade.

Ao tipificar o feminicídio, o Estado brasileiro demonstra não estar alheio a uma problemática tão enraizada e naturalizada e, ainda assim, tão carregada de torpeza.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, buscou-se averiguar os fatores sócio-históricos que contribuem para que um relacionamento chegue a se tornar abusivo, tendo o feminicídio como desfecho. Observou-se que há vários fatores que contribuem para o relacionamento abusivo. Entre eles, a formação e o contexto em que tanto o abusador quanto a vítima foram criados. Um exemplo é a cultura patriarcal, o fato de a mulher crescer em um ambiente em que a figura materna é extremamente submissa à figura paterna. Esse fator pode fazer com que essa mulher leve isso para sua vida adulta, correndo sérios riscos de vivenciar isso em seus relacionamentos amorosos.

Historicamente, os papéis impostos às mulheres e aos homens reforçados pelo sistema patriarcal, a educação diferenciada para homens e mulheres e, além da ideologia de uma sociedade machista induzem a relações violentas entre os sexos. Assim, verificou-se a importância de voltar-se para o cenário masculino com o intuito principal de mostrar a importância de uma reformulação de sua conduta social, no contexto do século XXI, no qual a relação de poder desigual decorrente do sistema de desigualdade de gêneros modificou-se substancialmente com a independência feminina.

Legalmente foram criadas a Lei Maria da Penha para prevenir o feminicídio e outras formas de violências e a Lei do Feminicídio para punir o feminicida. Entretanto o amparo esperado pela aplicação dessas leis é falho, uma vez que a sua eficácia depende da institucionalização de vários serviços protetivos, que não se efetivam.

Concluiu-se que há a necessidade de o Estado criar políticas públicas de prevenção e conscientização que tenham como foco a conduta dos agressores, objetivando a tomada de consciência de seus atos. Tais políticas podem ser compostas pela ampliação dos grupos reflexivos, palestras e dinâmicas no ambiente de trabalho com agressores e não agressores. Outra proposta é buscar uma abordagem da temática de violência nas escolas com as crianças, por meio de práticas que coloquem meninos e meninas em convívio, ensinando, pela vivência, o respeito e a igualdade nos papéis sociais, contribuindo para a reformulação de uma sociedade patriarcal para uma sociedade com igualdade de direitos.

Além disso, é importante destacar a dificuldade para uma mulher conseguir sair sozinha de um relacionamento abusivo, por consequência de fatores sociais, pessoais, bem como dependência financeira e dependência emocional, status social, vergonha e medo de ser julgada entre outros. São fatores que para a mulher tem um grande peso tornando sua saída deste relacionamento extremamente penoso. Nesse aspecto, os achados desta

pesquisa são coerentes com Paiva (1999) que destaca ainda ser a intervenção e o auxílio da família do agressor cruciais no combate às violências.

Outro ponto é a necessidade de a mulher ser escutada sem preconceitos e julgamentos. O papel do psicólogo é essencial nesse aspecto, propiciando o acolhimento, auxiliando a vítima no processo de amadurecimento emocional, além de trabalhar aspectos de empoderamento, independência afetiva, diferença entre comportamentos saudáveis e não saudáveis, entre outros. Ao agressor é imprescindível a assistência para uma tomada de consciência do quanto seus atos impulsivos geram danos e prejuízos para o sistema familiar, para si mesmo e toda a sociedade. E a partir disso, traçar estratégias de mudanças de atitudes visando ao bem-estar de todos os envolvidos.

Com este estudo, não se espera esgotar o tema de investigação, mas aguçar, despertando o interesse por futuras investigações, para que possa se construir uma profilaxia. Por fim, discorreu-se acerca das funções imputadas ao Direito Penal, dentre as quais, a principal delas: a proteção ao bem jurídico mais importante do indivíduo, a vida.

No exercício de tal função, se verificou a necessidade de que houvesse um instituto que penalizasse o assassinato de mulheres em razão de seu gênero, tanto para sancionar os autores do crime e prevenir seu cometimento, quanto para desmistificar a naturalização da violência contra a mulher e a vitimização dos agressores. Assim, sugere-se outros estudos sobre o papel do psicólogo e os objetivos da intervenção desse profissional nos casos de violência contra a mulher.

## REFERÊNCIAS

Antunes, M. A. F. (2002). *Violência e vítimas em contexto doméstico*. In C. Machado & R. A. Gonçalves (Ed.), *Violência e vítimas de crimes*. Coimbra: Quarteto Editora.

Bandeira, L. (2013). *Feminicídio a última etapa do ciclo de violência contra mulher*. Brasília. Recuperado de <http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>

Barreto, L. E. C. M. (2015). *Violência contra a mulher: o feminicídio no Brasil (Lei n.13.104/2015) e um comparativo com a Lei n. 11.340/2006* (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Tiradentes – UNIT, Aracajú, SE, Brasil.

Brasil. (2006) *Casa Civil da Presidência da República. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)

Brasil. (1995) *Casa Civil da Presidência da República. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)

ALMEIDA, S. S. *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*. Rio de Janeiro: Revinter Ltda. 1998.

ARISTOTE. *De la génération des animaux*. Tradução de Pierre Louis. Paris: Les Belles Lettres, 1961.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, SP, ed. Folha de São Paulo, Coleção Livros que Mudaram o Mundo, 2010.

BEZERRA, Juliana. *Feminicídio: definição, lei, tipos e estatísticas*. Toda Matéria: conteúdos escolares. 05 maio 2020. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/feminicidio/>.

CLADEM. *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio*. Lima, Peru: 2011. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/10/CLADEM\\_TipificacaoFeminicidio2012.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf).

GILABERTE, Bruno; MONTEZ, Marcus. *O feminicídio sob novo enfoque: superando o simbolismo para uma dissecção hermenêutica*. Empório do Direito. Colunas e artigos. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/o-feminicidio-sob-novo-enfoque-superando-o-simbolismo-para-umadissecacao-hermeneutica-por-bruno-gilaberte-e-marcus-montez-2/>.

GOMES, Isabel Solysko. *Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o Direito Penal*. Periódico do Núcleo de Estudos e pesquisas sobre gêneros e Direito - Direitos Humanos e Políticas Públicas sobre gênero, n. 1, ano 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral, volume 1: introdução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. I*. Editora Impetus. Niterói, RJ. 2005.

GRECO, Rogério. *Feminicídios: comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>.

## **A INSEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O FUNRURAL DEVIDO POR PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA E PELO SEGURADO ESPECIAL: REFLEXOS DE UMA CRISE INSTITUCIONAL E A PARCIAL RESOLUÇÃO COM A CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA RURAL (LEI 13.606/2018)**

**ARIEL BIANCHI RODRIGUES ALVES:**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Pós-graduado em Auditoria Governamental pela Universidade Estácio de Sá. Servido público do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.<sup>35</sup>

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo é uma adaptação do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo autor para conclusão do curso de Especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, o qual contou com orientação da Professora Fernanda Teodoro Arantes.

Em março de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário número 718.874, ao qual foi reconhecido Repercussão Geral, sendo objeto do Tema nº 669, que está assim intitulado: "Validade da contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, nos termos do art. 1º da Lei 10.256/2001".

Esse artigo 1º da Lei Federal Ordinária nº 10.256/2001 foi o que introduziu ao ordenamento jurídico a atual redação do caput do artigo 25 da Lei Federal Ordinária nº 8.212/1991, que estabelece o Funrural devido pelo produtor e empregador rural pessoa física.

Na oportunidade, a Corte entendeu pela constitucionalidade do artigo 1º e, conseqüentemente, pela constitucionalidade do artigo 25, concluindo que: "*É constitucional, formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção*".

---

35 E-mail: [arielbianchialves@gmail.com](mailto:arielbianchialves@gmail.com).

Ocorre que, em 2010, em sede do Recurso Extraordinário 363.852, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII; 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com redação atualizada até a Lei 9.528/1997, que a alterou. Trata-se do famoso caso do “Frigorífico Mataboi”.

Essa decisão foi ratificada no julgamento com Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 596.177/RS.

A partir de então, passou a ser inconstitucional os incisos I e II do artigo 25, da Lei nº 8.212/1991 que são justamente os que preveem as alíquotas do Funrural ao produtor rural pessoa física. Assim, inexistindo alíquota, o tributo foi afastado.

Em suma: para um mesmo dispositivo legal, o STF entendeu pela inconstitucionalidade dos incisos e pela constitucionalidade do caput.

Então, visando sanar esse conflito, o Senado publicou, em setembro de 2017, a Resolução nº 15, que suspendeu a eficácia dos aludidos incisos, sob argumento de que são inconstitucionais pelo julgamento daquele Recurso Extraordinário de 2010.

Diante disso, tinha-se uma verdadeira insegurança jurídica quanto a este tributo: se, por um lado, tem-se a Resolução do Senado afastando o tributo; por outro, temos a decisão do STF, que, a princípio, somente reconheceu a constitucionalidade do caput do artigo 25 (e não dos incisos), mas nada impede que haja uma interpretação extensiva de que essa constitucionalidade se aplica ao dispositivo como um todo, o que permitiria a sua cobrança.

No entanto, o próprio STF já sustentou pela mutação constitucional do art. 52, X, CF, que autoriza a edição de Resolução pelo STF nessas circunstâncias e, inclusive, admitiu a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Então, a fim de resolver esse conflito, foi editada a Lei 13.606/2018, que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural, o qual autorizou o parcelamento pelo produtor rural pessoa física com desconto integral de juros, multa e honorários.

Contudo, a mesma sorte não foi oferecida ao segurado especial, que, inclusive, apresenta, em geral, maior grau de vulnerabilidade em relação ao empregador rural individual, posto que pratica agricultura familiar, sem empregado fixo.

Ocorre que, em abril de 2020, ao apreciar o Tema 723 (RE 761.263), a Suprema Corte fixou a seguinte tese: "*É constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do segurado especial prevista no art. 25 da Lei 8.212/1991*".

A diferença entre os Temas 669 e 723 se refere ao sujeito passivo: o primeiro é relativo ao empregador rural pessoa física, enquanto o segundo é relativo ao segurado especial.

Diante disso, o objetivo do presente Trabalho é o de relatar a insegurança jurídica que esse imbróglio institucional proporciona aos contribuintes pessoas físicas de Funrural e também a falta de isonomia ao considerar o segurado especial.

Para tanto, far-se-á uma conceituação do aludido tributo. Em seguida, discorrerá sobre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Então, far-se-á uma análise crítica das decisões proferidas pelo Corte Suprema acerca do Funrural, levando-se em consideração a conjuntura política e econômica que influenciaram na decisão, bem como a sua abrangência e os seus impactos para com os produtores rurais e as agroindústrias, seguindo-se, finalmente, para a conclusão do Trabalho.

## **1 - FUNRURAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA**

### **1.1 Contribuições**

#### **1.1.1 Conceito**

*Prima facie*, vale destacar que há certa discussão quanto à classificação das contribuições previstas nos artigos 149 e 149-A da Constituição Federal como espécie tributária.

De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional (Lei Federal Ordinária nº 5.172/1966) "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*".

Partindo desse conceito, há diversas teorias acerca da classificação das espécies tributárias: há quem defenda que são apenas duas (Teoria Bipartite), três (Teoria Tripartite), quatro (Teoria Quadripartite), cinco (Teoria Pentapartite) e até mesmo quem defenda pela existência de seis espécies tributárias (Teoria Hexapartite), embora esta seja pouco aceita pela doutrina.

A Teoria Bipartite defende que existem apenas duas espécies tributárias, quais sejam: tributos vinculados e os não vinculados. A vinculação, por sua vez, baseia-se no fato

gerador: se este consistir numa atuação estatal, está vinculado, caso não, não há vinculação. Assim, essa teoria se baseia no vínculo do serviço.

A Teoria Tripartite, por sua vez, é a adotada pelo Código Tributário Nacional (CTN, art. 5º), que define os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria como tributos. A Constituição Federal também adota tal critério (CF, art. 145), havendo os seguintes tributos: impostos (tributo não vinculado a um fim específico), taxas (em razão do exercício do poder de polícia ou por uso de serviço público específico e divisível – trata-se de um tributo vinculado), contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (vinculado). Essa teoria é adotada por grandes doutrinadores, como Paulo de Barros Carvalho, sendo que com a classificação de contribuições e empréstimo compulsório como tributos, a inserção deles nessa teoria se dá com base na vinculação, podendo ora ser impostos (não vinculado), ora taxa.

Nesse sentido, o autor Paulo de Barros Carvalho (2014, p. 66) assim defendeu:

A conclusão parece-nos irrefutável: as contribuições são tributos que, como tais, podem assumir a feição de impostos ou de taxas. Excluimos, de indústria, a possibilidade de aparecerem com os caracteres de contribuição de melhoria, posto que esta espécie foi concebida em termos de estreito relacionamento com a valorização do imóvel, traço que não só prejudica como até impede seu aproveitamento como forma de exigência e cobrança das contribuições.

[...]

Três, portanto, são as espécies de contribuição: (i) social, (ii) interventiva e (iii) corporativa, tendo o constituinte empregado, como critério classificatório, a finalidade de cada uma delas, representada pela destinação legal do produto arrecadado. As contribuições sociais, por sua vez, são subdivididas em duas categorias: (i) genéricas, voltadas aos diversos setores compreendidos no conjunto da ordem social, como educação, habitação etc. (art. 149, *caput*); e (ii) destinadas ao custeio da seguridade social, compreendendo a saúde, previdência e assistência social (art. 149, *caput*, e §1º, conjugados com o art. 195).

A Teoria Quadripartite acrescenta o empréstimo compulsório, previsto no artigo 148 da Constituição Federal, à classificação anterior. Entretanto, há alguns doutrinadores que

utilizam a seguinte classificação: impostos, taxas, contribuições (em geral) e empréstimo compulsório.

A Teoria Pentapartite, por sua vez, acrescenta à teoria tripartite o empréstimo compulsório e as contribuições, estando estas previstas nos artigos 149 e 195 da Constituição. Essa teoria é adotada pelo Supremo Tribunal Federal e também pela maior parte da doutrina.

Por fim, tem-se a Teoria Hexapartite, que surgiu após a Emenda Constitucional nº 39, de 2002, a qual criou a Contribuição para Custeio da Iluminação Pública (COSIP), positivada no artigo 149-A da Constituição.

Tal tributo não se trata de um imposto, pois está vinculado a um serviço. Entretanto, também não é divisível, o que o desenhada de taxa. Contribuição de melhoria é decorrente de obra pública, então não há como vincular e isso nem com empréstimo compulsório (regime de exceção), restando apenas as contribuições. Para os defensores da Teoria Pentapartite, a COSIP é uma contribuição especial, já para os defensores da Hexapartite, por se tratar de um tributo não divisível, trata-se de uma nova espécie tributária. Vale destacar que essa Teoria foi muito pouco defendida pela atual doutrina.

Há ainda quem defenda, como é o caso do autor Edvaldo Brito, em sua obra “Direito Tributário: imposto, tributos sinalagmáticos, contribuições, preços e tarifas, empréstimo compulsório” (São Paulo. Ed. Atlas, 2015), que as contribuições podem ser dívidas em “contribuições de natureza tributária (contribuição de melhoria” e de “natureza não tributária (sociais e econômicas)” (p. 155).

Com a devida vênia aos demais entendimentos, para o presente trabalho, adotaremos a Teoria Pentapartite, partindo do pressuposto, portanto, de que as contribuições são espécies tributárias, tendo natureza de tributo, portanto.

Nesse diapasão, tem-se que a Constituição Federal, por meio do conjunto dos artigos 146, III, 149, 149-A, 150, I e III, 195 e seu §6º, instituiu quatro espécies de contribuições classificadas pela finalidade: i) contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE); ii) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas (corporativa); iii) contribuições sociais de seguridade social; e iv) contribuições para o custeio do serviço de iluminação pública (COSIP).

Necessário destacar, também, que a Constituição Federal concedeu ao legislador uma grande margem de liberalidade para instituir contribuições, permitindo a sua criação desde que haja justificativa e que sejam respeitados os critérios estabelecidos por outros artigos da Carta Magna, permitindo-se, inclusive, que a base de cálculo e fato gerador



coincidam com as de impostos. Nesse caso, exclui-se a COSIP, que se trata de uma contribuição cuja finalidade é extremamente vinculada.

Fato é que as contribuições (com exceção da contribuição de melhoria) possuem um caráter parafiscal. Por isso que havia diversas discussões acerca desse assunto.

Isso se deve ao fato de que as contribuições, de forma genérica, estão vinculadas a uma atividade estatal, o que a afastaria do conceito de tributo. Mas, a doutrina criou o conceito da parafiscalidade, que é caracterizada, de acordo com Bernardo Ribeiro de Moraes (*In*: LIPPERT. Franz August Gernot. "As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro". Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996), pelos seguintes elementos:

- 1) o caráter compulsório da exigência, à semelhança do imposto ou da taxa;
- 2) a não-integração da respectiva receita no orçamento do Estado;
- 3) a destinação do produto de sua arrecadação ao custo de certos grupos, setores ou categorias sociais;
- 4) a administração de sua receita por entidades descentralizadas e até não-estatais por delegação do Estado (p. 123)

Assim sendo, caracteriza-se a contribuição (com exceção da de melhoria) por possuir um pressuposto de fato, definido em lei de forma típica, consistindo numa atividade estatal dirigida à coletividade, que atinge determinado grupo de pessoas, que se beneficiam de certa forma (*Idem*, p. 125).

Mas não é por ter caráter parafiscal que se pode negar a sua natureza tributária, afinal, os requisitos previstos pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional são facilmente identificados.

Ainda, uma característica intrínseca às contribuições (o que inclui até mesmo a de melhoria nesse caso) é que elas são vinculadas à finalidade que motivaram a sua instituição. Esse fenômeno o autor Edvaldo Brito (*Idem*, p. 153) denomina como "natureza sinalagmática", entendendo que "O vínculo que nasceu assim e que não tem a possibilidade de romper-se, por exemplo, mediante a exigência da prestação pecuniária compulsória, sem o oferecimento da utilidade ou sem a efetiva intervenção, sob pena de desnaturar-se, adentra o campo da funcionalidade (sinalagma funcional), mas sem resultar, portanto, alterado".

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Kiyoshi Harada (HARADA, Kiyoshi. Contribuições sociais: doutrina e prática. São Paulo. Atlas, 2015) compreende. Para ele, “A contribuição social é uma exação tributária vinculada à atuação indireta do Estado, mediadamente referida ao sujeito passivo. Funda-se no fato de que o Estado, no desenvolvimento de determinada atividade administrativa genérica, efetua despesas maiores em relação a determinadas pessoas ou grupos de pessoas (contribuintes) que passam a usufruir de benefícios diferenciados dos demais (não contribuintes). Sem o benefício específico, a ser auferido pelo contribuinte, não há que se falar em contribuição social” (p. 8).

Em outras palavras, as contribuições sociais estão intrinsecamente ligadas à finalidade que motivou a sua criação. E mais: esse vínculo é requisito indispensável para a sua instituição, o que as aproxima das taxas.

Contudo, ao contrário destas, não há como defender que as contribuições são divisíveis. Ou seja, apesar de estarem vinculadas a um fim específico, a divisão daquilo que está sendo custeado fica comprometida, o que não ocorre no caso das taxas, em que se custeia um serviço específico e pontual. Ora, a vinculação da contribuição não presume uma contraprestação direta, como é o caso das taxas.

Verifica-se, portanto, que as contribuições são vinculadas a uma finalidade, sendo esta essencial para a sua instituição. Mas, tal vinculação não presume uma contraprestação direta. E, inclusive, admite-se um caráter parafiscal às contribuições, sobretudo às sociais (exclui-se a COSIP), o que se decorre do intervencionismo estatal.

### **1.1 Natureza Jurídica do Funrural**

Primeiramente, convém destacar que o Funrural, abreviação de Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, criado em 1967, por meio do Decreto-Lei nº 276, ao alterar o artigo 158 da Lei Federal Ordinária nº 4.214/1963, foi extinto com o advento da Lei Federal Ordinária nº 7.787/89, sendo tecnicamente incorreto utilizar o aludido termo (TAMARINDO. PIGATTO, 2018).

Contudo, como esse nome está consolidado, apesar de extirpado, o termo é utilizado até hoje pelos produtores rurais, pela doutrina e até mesmo pela jurisprudência, razão pela qual também se utilizará no presente trabalho.

Pois bem. Em 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal, que criou, por meio do artigo 195, o Regime Geral de Previdência Social, que abarcou os recursos destinados ao Funrural, sendo custeado por toda a sociedade, como segue abaixo:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Inicialmente, interpretando-se o artigo 195 e o seu §8º<sup>36</sup>, a doutrina entende que *“a intenção do legislador constitucional era que apenas o produtor rural familiar que exercesse suas atividades em regime de economia familiar deveria contribuir para a seguridade social”* (TAMARINDO. PIGATTO, 2018, p. 276). Ocorre que, logo em seguida, sobreveio a Lei Federal Ordinária nº 8.212/1991, que *“dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”*<sup>37</sup>, além de regulamentar a contribuição para o meio rural.

Originalmente, o artigo 25 da Lei nº 8.212 previa que *“o segurado especial referido no inciso VII do art. 1238”* deveria contribuir com *“3% (três por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção”*<sup>39</sup>, redação condizente com o quanto estabelecido pelo artigo 195 caput e §8º.

A redação original da Lei nº 8.212 assim definia o segurado especial:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam essas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos

---

<sup>36</sup> Redação original do art. 195, §8º:

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Disponível em: <[http://crfb20anos.net84.net/1\\_14\\_Texto-Original-1988-.html](http://crfb20anos.net84.net/1_14_Texto-Original-1988-.html)>, acesso em 26 abr. 2018.

<sup>37</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>, acesso em 26 abr. 2018.

<sup>38</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212orig.htm)>, acesso em 26 abr. 2018.

<sup>39</sup> Ibidem.

maiores de 14 anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.<sup>40</sup>

Até então, portanto, tudo dentro dos conformes.

Pois bem. O início das polêmicas que circundam a contribuição para o custeio do meio rural (denominada de forma equivocada como Funrural, como exposto acima), deu-se com o advento da Lei Federal Ordinária nº 8.540/1992, que alterou a redação do artigo 25 da Lei nº 8.212, do ano anterior, ficando assim disposta:

Art. 25. A contribuição da pessoa física e do segurado especial referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta lei, destinada à Seguridade Social, é de:

I dois por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento de complementação das prestações por acidente de trabalho.

[...]

Percebe-se, portanto, que a alteração trouxe um novo grupo de contribuintes além do segurado especial: a pessoa física definida no inciso V do artigo 12 da Lei nº 8.212, que também teve sua redação alterada pela mesma Lei nº 8.540, passando a ter a seguinte redação (que prevalece até hoje), destacando-se o trecho que impacta no presente trabalho:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

V - como equiparado a trabalhador autônomo, além dos casos previstos em legislação específica:

**a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com**

---

<sup>40</sup> Redação original. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212orig.htm)>, acesso em 26 abr. 2018.

**auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;**

[...]

*(Grifamos)*

De forma sucinta, a Lei nº 8.540/1992 alterou a alíquota do tributo e ampliou a sua incidência por meio do aumento da sujeição passiva, o que motivou Loubet (2017 *apud* TAMARINDO. PIGATTO, 2018, p. 278/279) a denunciar:

[...] ao determinar no art. 25, I, que não só os segurados especiais (pequenos produtores), como os contribuintes individuais (grandes e médios produtores) deveriam contribuir à Seguridade Social com 2% sobre o valor da comercialização de sua produção, além de 0,1% para fins de SAT, a Lei nº 8.212/91 extrapolou os limites delineados na Carta da República, pois dispensou a ambas as categorias idêntico tratamento jurídico, quando não é isso que a Constituição ordena.

Ocorre que não há autorização constitucional para se tributar o empregador rural pessoa física adotando-se como base de cálculo o resultado de sua produção. Noutras palavras, a norma do art. 195, §8º, da Constituição prevê a tributação sobre a produção apenas em relação ao segurado especial, justamente porque não é empregador e, pois, não tem folha de salários a pagar, e não o produtor rural pessoa física que seja empregador.

O instituto claro do enunciado constitucional é garantir que todos os contribuam à Seguridade Social, de maneira que mesmo o pequeno produtor que explore suas atividades em regime de economia familiar, sem auxílio de empregados, esteja obrigado ao custeio dos cofres públicos. A lógica desse preceito é essa, e não permitir que os médios e grandes produtores sejam gravados à luz do resultado de sua produção, ao invés da folha de salários, como se dá com os demais contribuintes.

Comparando o art. 195, I, "a", ao art. 195, §8º, é inequívoco que a tributação sobre a produção foi adotada pelo contribuinte como exceção, e não como regra. É que no §8º a Constituição descreve com detalhes quais os contribuintes que não se sujeitam ao modelo usual,

a saber, aqueles que exercem a atividade rural no bojo da economia familiar, apenas para a subsistência, e não com o intuito de lucro. Sob essa perspectiva, apesar de o art. 195, §8º da Carta Magna prever a incidência de contribuições previdenciárias sobre o resultado da produção apenas em face dos pequenos produtores e a despeito de a própria Lei Federal nº 8.212/91 distinguir essa situação dos outros produtores rurais – diferenciando-os em segurado especial e contribuinte individual, respectivamente – a verdade é que, quanto à norma que rege a tributação propriamente dita, o legislador andou mal.

Verifica-se, portanto, que o Poder Constituinte Originário, em verdade, estabeleceu uma regra específica aos produtores rurais não empregadores, que em geral são os que praticam agricultura familiar e de subsistência, justamente pelo fato de que eles seriam eximidos do tributo tendo por base o inciso I do artigo 195, da Constituição Federal. Ademais, a base de cálculo ter sido estabelecida como a receita bruta obtida com sua produção nada mais foi do que uma forma de adaptar à realidade desse grupo de contribuintes, posto que não havia como fixar por base na folha de salário, fazendo com que todos os produtores rurais contribuam com a previdência.

Ocorre que, ao ampliar a aplicação da norma aos produtores empregadores, fez-se com que uma norma constitucional que era exceção – cujo objetivo era justamente evitar que produtores ficassem eximidos de contribuir – virasse regra, o que é inconstitucional.

Em seguida, sobreveio a Lei nº 8.861/1994, que alterou as alíquotas aplicáveis ao segurado especial e à pessoa física, criando-se uma diferenciação entre esses dois grupos. Posteriormente, com a Lei Federal Ordinária nº 9.528/1997, alterou-se novamente a redação do polêmico artigo 25: substituiu-se o termo “pessoa física” por “empregador rural pessoa física”, apenas por questões formais, e as alíquotas desses dois grupos foram unificadas novamente.

No ano subsequente, foi aprovada a Emenda Constitucional de nº 20, que alterou o sistema da Previdência Social. A mudança impactou diretamente no Funrural, vez que o texto supremo *“passou a permitir especificamente que a seguridade social fosse também financiada por meio da tributação sobre a receita do empregador, algo que não era possível em sua redação original”* (TAMARINDO. PIGATTO, 2018, p. 280).

Em 2001 houve nova alteração da redação do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, dessa vez pela Lei Federal Ordinária nº 10.256, que tinha como objetivo afastar, de forma clara e concisa, a contribuição de 20% sobre a folha de salário pelo empregador rural pessoa física

ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), restando claro que tal contribuinte somente estaria obrigado ao recolhimento do Funrural, pela alíquota trazida pela Lei nº 9.528/1997.

Sobreveio, então, em 2018, a Lei Federal Ordinária nº 13.606, que alterou novamente a redação do artigo 25, alterando-se a alíquota do aludido tributo.

Pois bem. Como se pode denotar do quanto exposto até aqui, o Funrural foi instituído pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de custear a Seguridade Social. A sua natureza jurídica de tributo é inquestionável, tratando-se, pois, de uma contribuição social, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal e do artigo 10 da Lei Federal Ordinária nº 8.212/199141.

Em sendo o extinto Funrural classificado como contribuição social, merece destaque a sua natureza parafiscal.

Também vale expor o quanto o Professor Paulo de Barros Carvalho (2014, p. 67) disciplinou:

Apenas as contribuições para a seguridade social encontram, na Carta Magna, disciplina exhaustiva das suas hipóteses de incidência, exigindo, para criação de novas materialidades, estrita observância aos requisitos impostos ao exercício da competência residual: instituição mediante lei complementar, não cumulatividade e hipótese de incidência e base de cálculo diversos dos discriminados na Constituição (art. 195, §4º).

A conclusão a que chega Paulo de Barros Carvalho se deve ao fato de que o artigo 195, §4º42, da Carta Magna, faz remessa ao artigo 154, I, do mesmo texto, que está assim redigido:

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato

---

41 Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

42 Art. 195. [...] § 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

Então, trata-se o Funrural, portanto, de tributo, mais especificamente de uma contribuição especial social, com caráter parafiscal, cuja finalidade é a de custear a Seguridade Social, mais precisamente, o fundo previdenciário destinado aos trabalhadores rurais, havendo as controvérsias acima narradas acerca das distorções do texto constitucional promovidas pelas diversas alterações legislativas da Lei nº 8.212/91, como restará explorado adiante.

## **1.2 Regra-matriz de incidência tributária do Funrural e suas polêmicas**

O professor Paulo de Barros Carvalho (2014, p. 247) assim leciona:

[...] a construção do fato jurídico nada mais é que a constituição de um fraseado normativo capaz de justapor-se como antecedente normativo de uma norma individual e concreta, dentro das regras sintáticas ditadas pela gramática do direito, assim como de acordo com os limites semânticos arquitetados pela hipótese da norma geral e abstrata.

Do trecho alhures, pode-se compreender que o doutrinador se refere ao fenômeno da subsunção do fato à norma, incidindo determinada prescrição jurídica. E, no Direito Tributário, esse fenômeno é sintetizado por uma fórmula lógica desenvolvida pelo mesmo Paulo de Barros Carvalho, que é a chamada Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT), que nada mais é do que "*um esquema lógico em que, preenchido semanticamente com conteúdo jurídico-tributário, informa ao intérprete do Direito Positivo qual o teor prescritivo de uma determinada norma jurídica que institui tributo*" (FEITOSA FILHO. BRAGHINI. 2015).

Essa fórmula é composta pelos antecedentes e consequentes da norma, sendo os primeiros compostos pelos critérios material, temporal e espacial e os segundos pelos critérios quantitativo e pessoal.

O critério material se resume ao verbo e seu respectivo que compõe o enunciado normativo; o temporal é quando o verbo foi executado; o espaço é onde se deu essa execução; o quantitativo é o valor do tributo em si, auferido pela base de cálculo e alíquota e, por fim, o critério pessoal se refere às pessoas que compõem essa relação jurídica, estando de um lado o sujeito ativo e de outro o passivo.



Originalmente, isto é, com a Lei 8.212/1991, o Funrural devido pelo empregador rural pessoa física tinha a seguinte composição (BRAGHINI, 2015): como critério material, a comercialização da produção rural; como critério temporal, o momento dessa comercialização; como espacial, o território nacional; como quantitativo, a receita bruta (base de cálculo) e a alíquota de 1,3% (atual) e, por fim, como critério pessoal tem-se a União Federal como sujeito ativo e o empregador rural pessoa física e o segurado especial como sujeitos passivos. Nos casos em que há comercialização da produção a empresa, esta fica sub-rogada ao tributo (artigo 30, IV, da Lei 8.212/91).

Ocorre que, em decorrência das diversas alterações legislativas e das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a doutrina majoritária entende que a Regra-Matriz do aludido tributo foi mutilada.

Originalmente, como já narrado anteriormente, o sujeito passivo era apenas o segurado especial, que não possui empregados e pratica a agricultura de subsistência. Posteriormente, abrangeu-se a norma ao produtor rural pessoa física que tivesse empregados<sup>43</sup>, sendo estabelecido o fenômeno da sub-rogação para quando estes comercializassem com empresas.

Ocorre que, o legislador, ao tornar o empregador rural pessoa física como contribuinte do mesmo tributo tornou a exceção como regra. E, como se não bastasse, instituiu todos os adquirentes dos bens produzidos por esses sujeitos na condição de sub-rogados do tributo, ficando, portanto, responsáveis por seu recolhimento, nos termos previstos pelo artigo 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/44.

E não é só: o legislador, além de violar essa exclusividade, equiparou os conceitos de faturamento e receita bruta; constituiu tributo não previsto na Constituição por lei

---

43 De forma sucinta, "Produtor Rural" é definido como a "pessoa física ou jurídica que explora a terra, com fins econômicos ou de subsistência, por meio da agricultura, da pecuária, da silvicultura, do extrativismo sustentável, da aquicultura, além de atividades não-agrícolas, respeitada a função social da terra" (Projeto de Lei do Senado nº 325/200643).

44 Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas

[...]

IV - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam sub-rogadas nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei, independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento;

ordinária, violando o artigo 195, § 4º da Constituição Federal; ofendeu ao princípio da isonomia, afinal, o único fator que distingue empregador pessoa física rural e urbana é o critério da zona de atuação; tem-se a questão do *bis in idem*, em que a mesma base de cálculo comporta mais de um tributo; e, por fim, tem-se também a discussão acerca de tributo sem alíquota.

Percebe-se, portanto, que a discussão acerca da constitucionalidade (ou não) do Funrural engloba questões formais e materiais. Com relação à primeira, tem-se a questão da ausência de lei complementar, sendo todas as demais referentes ao mérito.

A atual discussão sobre a constitucionalidade material do tributo, portanto, envolve toda a cadeia da sistemática do Funrural. Não à toa que a autora Fernanda Teodoro Arantes (2018) denunciou que houve, inclusive, a retomada do debate sobre quem é o verdadeiro contribuinte do tributo, denunciando que a discussão acerca da constitucionalidade afetou, inclusive, o critério pessoal da regra-matriz de incidência, como segue:

O agronegócio tem vivido um grande dilema desde a declaração de constitucionalidade do Funrural pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 596.177, em repercussão geral, que, ainda sem regras claras, coloca todo o setor, desde o produtor rural até o adquirente da produção, em situação delicada.

Mais recentemente, a discussão se voltou sobre quem seria o sujeito passivo da relação jurídica, ou seja, quem estaria obrigado a realizar o recolhimento do Funrural.

A verdade é que a grande discussão em torno do Funrural se refere justamente aos critérios que compõem a Regra-Matriz desse tributo, que por muitos é tido como inconstitucional, justamente por vícios (ou até mesmo omissões) nos elementos que compõe essa Regra-Matriz, viciando, portanto, toda a sistemática do aludido tributo, matéria que será abordada adiante nesse trabalho, mais precisamente no Capítulo 3, através da análise de relevantíssimas decisões do STF sobre o tema.

## **2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO**

O controle de constitucionalidade, de forma sucinta, é o procedimento para verificar a (in)compatibilidade de determinada norma para com a Constituição Federal.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade variam conforme o sistema de controle adotado. No Brasil, predomina o controle jurisdicional da constitucionalidade dos

atos estatais, embora haja controle realizado por órgãos que não integram o Poder Judiciário (Controle político de constitucionalidade).

Exemplos deste são o controle realizado pelas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça e pelo veto do chefe do Poder Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa (veto jurídico). Nesses exemplos, a atuação é preventiva.

Embora a atuação das Casas Legislativas no controle da constitucionalidade seja em regra preventivo, o artigo 52, inciso X, da CF, possibilita que o Senado Federal suspenda a eficácia de determinada lei ou dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional pelo STF, como segue:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Trata-se, portanto, de um controle jurídico-repressivo do STF e político-repressivo por parte do Senado Federal.

Com relação ao controle jurisdicional, cumpre destacar que a sua classificação varia conforme órgão julgador e objeto da lide.

Quanto ao órgão, o controle jurisdicional pode ser difuso ou concentrado.

Será difuso quando exercido por juiz ou órgão do Poder Judiciário que não seja a Suprema Corte. Vale destacar que todo e qualquer magistrado pode declarar, de maneira incidental, a inconstitucionalidade de uma norma, ocasião em que sua decisão produzirá efeitos apenas em relação ao caso concreto em análise, via de regra, devendo-se observar a Cláusula da Reserva de Plenário, prevista no art. 97, da CF, e súmula vinculante n. 10.

Por sua vez, será concentrado na hipótese em que a decisão for de competência do órgão máximo, no caso o STF.

Quanto ao objeto, o controle jurisdicional pode ser classificado em concreto ou abstrato.

É considerado concreto na ocasião em que a decisão é proferida em processo subjetivo, que possui partes e que a inconstitucionalidade da norma é causa de pedir, e não o pedido em si.

O controle em abstrato, por sua vez, refere-se aos processos objetivos, em que há um procedimento especial cujo pedido é a própria declaração da (in)constitucionalidade da norma. Em âmbito nacional, essas ações somente podem ser ajuizadas perante a Suprema Corte, coincidindo, nesse caso, o controle abstrato com o controle concentrado.

Nesses casos, discute-se a norma em tese, não havendo um caso concreto (nem interesses subjetivos específicos a serem tutelados), ou seja, discute-se a norma em abstrato. Por essa razão, a doutrina chama esses processos de processos objetivos<sup>45</sup>.

A via abstrata pode ser instaurada exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma das seguintes ações direitas (instrumentos):

- a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI);
- b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO);
- c) Ação declaratória de constitucionalidade (ADC);
- d) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF);
- e) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva);

Apenas para fins didáticos, se o objeto da lide é uma norma estadual e tem como parâmetro a Constituição do respectivo Estado, somente se admite a propositura de ADI, a ser ajuizada perante o Tribunal de Justiça local; em se tratando de norma municipal, somente se admite a propositura de ADPF junto ao STF.

Nos processos objetivos, a declaração da inconstitucionalidade da norma produzirá, via de regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo *ab initio* da vigência normativa.

---

<sup>45</sup> Em oposição aos processos subjetivos, nos qual o controle de constitucionalidade ocorrerá frente a um caso concreto, no qual a (in)constitucionalidade da norma é mera premissa a ser enfrentada pelo magistrado ao julgar o pedido da parte, não o objeto da ação.

No entanto, o artigo 27 da Lei 9.868/199946 prevê a possibilidade de, por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF restrinja os efeitos da decisão, conceda eficácia *ex nunc* à decisão ou fixe outro momento para o início da eficácia de sua decisão, desde que o faça por maioria de 2/3 de seus membros.

Em verdade, esse dispositivo concedeu um amplo poder à Suprema Corte: ela poderá interpretar que apenas parte de determinada lei é inconstitucional, uma hipótese de aplicação da lei, ou, até mesmo, determinada interpretação legal, podendo indicar a partir de quando surtirão os efeitos dessa decisão<sup>47</sup>.

Mas, para que não valha a regra geral anteriormente apontada, são dois os requisitos: que haja razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e que 2/3 dos Ministros assim entendam necessário.

Além das ações originárias, o STF pode realizar o controle da constitucionalidade de determinada norma mediante julgamento de Recurso Extraordinário. E, inclusive, pode reconhecer Repercussão Geral a esse Recurso.

A particularidade no controle efetuado por meio do julgamento de Recurso Extraordinário é que se trata de um controle concreto. E, como leciona Oriane Dantas de Medeiros (2013):

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado, abstrato, a decisão no controle concreto não dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, nem efeito *erga omnes*, ainda quando proferida pelo STF, ressalvados os casos admitidos e julgados em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

Percebe-se, portanto, que, em regra, o julgamento de Recurso Extraordinário não possui eficácia *erga omnes*, mas apenas se reconhecida repercussão geral. O artigo 1.035,

---

46 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

47

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas\\_Venice\\_Forum/4Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf)

§ 1º do Código de Processo Civil (Lei Federal Ordinária nº13.105/2015) classifica como repercussão geral:

Art. 1.035 [...]

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Ainda, o Código aduz que "*Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*" (art. 1.035, §5º).

Além disso, a partir do momento que o CPC/15 atribui como requisito de admissibilidade o reconhecimento de repercussão geral, todo Recurso Extraordinário que for admitido terá efeito *erga omnes*.

Ademais, o CPC/15 trouxe ao STF a possibilidade de modular efeitos na hipótese em que há alteração de jurisprudência dessa Corte, como segue:

Art. 927 (...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Diante disso, pode-se verificar que as decisões proferidas em recurso extraordinário poderão impactar consideravelmente na sociedade como um todo.

Não à toa que o STF, em discutível decisão, mencionou, na Reclamação 4.335/AC, que houve uma verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da CF, sendo admitida a chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Adiante, serão analisados os julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 363.852/MG, 596.177/RS, 718.874/RS e 761.263/SC, bem como a Resolução nº 15 do Senado Federal e os impactos e discussões que geram a toda sociedade brasileira.

### **3 – RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NÚMEROS 363.852/MG, 596.177/RS, 718.874/RS E 761.263/SC**

#### **3.1. Abrangência das decisões**

Como visto no capítulo anterior, ao Supremo Tribunal Federal é possibilitado efetuar o controle de constitucionalidade de determinada norma mediante decisão em sede de Recurso Extraordinário.

Trata-se de uma situação particular, em que a Corte analisa a compatibilidade da norma frente a um caso concreto, podendo, inclusive, modular efeitos, caso decida pela sua inconstitucionalidade.

Vale destacar, ainda, que à Suprema Corte é permitido reconhecer “repercussão geral” a determinado tema que será julgado em sede de Recurso Extraordinário, permitindo-se, assim, que a análise de um caso concreto se torne um precedente aos demais com matéria e fatos similares – trata-se da adoção de um *leading case*.

Pois bem. Dentre os Recursos Extraordinários selecionados, tem-se que aos de nº 596.177/RS E 718.874/RS foi reconhecida repercussão geral. Portanto, nesses ambos a abrangência é *erga omnes*. O RE 363.852/MG não teve esse reconhecimento, porém tal serviu como *leading case* para o RE 596.177/RS, como será visto adiante, o que lhe confere, automaticamente, essa abrangência universal.

#### **3.1.1. RE 363.852/MG e RE 596.177/RS**

Como exposto alhures, o Recurso Extraordinário nº 363.852/MG serviu como precedente para o 596.177/RS.

O primeiro é o famoso caso do Frigorífico Mataboi, em que este, substituto tributário de Funrural em decorrência do artigo 30, IV, da Lei nº 8.212/91, que prevê o fenômeno da sub-rogação, questiona a constitucionalidade do artigo 1º da Lei Federal nº 8.540/92, que trouxe nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II e 30, inciso IV.

Em suma, o Frigorífico questionava a constitucionalidade da nova redação trazida pelo dispositivo alhures pelo fato de ter sujeitado passivamente o produtor rural pessoa física e empregador à contribuição de Funrural, além do segurado especial, que é a pessoa física que não possui empregados – que, na verdade, é a quem a CF destina o Funrural, ficando, desta forma, a Agroindústria sujeita ao recolhimento do tributo sempre que adquirir mercadoria desse novo sujeito passivo.

Para tanto, diversos argumentos também vieram à tona, como a discussão acerca dos conceitos de faturamento, receita e resultado, bem como a violação a princípios da isonomia e da vedação ao *bis in idem*.

Resumidamente, o debate sobre conceitos de faturamento, receita e resultado, que na realidade são termos mais contábeis do que jurídicos, é que, antes da Emenda Constitucional de 1998, o artigo 195, em seu inciso I, previa que as contribuições sociais dos empregadores incidiriam sobre a folha de salários, lucro e faturamento.

Ocorre que o agricultor familiar sem empregado restou impossibilitado de apurar o tributo tendo essas bases, razão pela qual se criou a exceção do §8º do mesmo artigo 195, fixando-se a base com fulcro na "*receita bruta proveniente da comercialização da sua produção*", nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.212/91.

Então, o legislador, ao atribuir o Funrural ao produtor rural pessoa física, fixou a este, que antes era enquadrado como empregador em geral, uma nova base de cálculo, até então não prevista, qual seja: a receita bruta. Isso restou devidamente elucidado no Voto-Vista proferido pelo Ministro Eros Grau, ao discorrer:

Não há, na redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, previsão da receita bruta como base de cálculo da contribuição para a seguridade social. A exação consubstancia nova fonte de custeio para o sistema e apenas poderia ser instituída por lei complementar [art. 195, § 4º c/c art. 154, I, da CB/88].

Quanto ao argumento de equivalência entre as expressões "receita bruta" e "resultado da comercialização de sua produção", lembre-se o recente posicionamento do Tribunal no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, sessão do dia 09.11.2005, que trataram de questão análoga com relação à base de cálculo do PIS e da COFINS.

Aqui a amplitude das expressões é ainda maior, uma vez que "receita bruta" é espécie do gênero "resultado", que por sua vez não pode ser equiparado a "faturamento".



Com relação à violação ao princípio da isonomia, expôs o Ministro Cezar Peluso, em seu Voto-Vista, que o empregador rural pessoa física passou a ter tratamento desigual e desfavorável em relação aos não rurais<sup>48</sup>.

Finalmente, verifica-se a duplicidade (*bis in idem*), o que é vedado pela Carta Magna (se não estiver nela previsto), no fato de o produtor rural contribuir para a seguridade social tomando por base a receita ou o faturamento e o resultado de sua comercialização, como segue destacado em trecho extraído do Voto do Relator Ministro Marco Aurélio:

[...] Já aqui surge duplicidade contrária à Carta da República, no que, conforme o artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do disposto no artigo 195, inciso I, alínea “b”, a COFINS e a contribuição prevista no referido artigo 25. Vale frisar que, no artigo 195, tem-se contemplada a situação única em que o produtor rural contribui para a seguridade social mediante a aplicação de alíquota sobre o resultado de comercializada da produção, ante o disposto no § 8º do citado artigo 195 – a revelar que, em se tratando de produtor, parceiro, meeiro e arrendatários rurais e pescador artesanal bem como dos respectivos cônjuges que exerçam atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, dá-se a contribuição para a seguridade social por meio de aplicação de alíquota sobre o resultado da comercialização da produção. A razão do preceito é única: não se ter, quanto aos nele referidos, a base para a contribuição estabelecida na alínea “a” do inciso I do artigo 195 da Carta, isto é, a folha de salários. Daí a cláusula contida no § 8º em análise “...sem empregados permanentes...”.

Retornando ao cerne da discussão do Extraordinário, em que o Frigorífico Mataboi questionava a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/9 pelo fato de se criar um novo tributo a determinada categoria de contribuintes em inobservância da Carta Magna,

---

<sup>48</sup> Além disso, sob tal base de cálculo, o empregador rural pessoa física recebe tratamento tributário desfavorável em relação aos contribuinte não-rurais, que contribuem apenas sobre as fontes previstas nas alíneas do art. 195, inc. I, o que evidencia ofensa ao princípio da isonomia. Assim, o art. 150, inc. II da Constituição da República é atingido gravemente, como o é o art. 194, inc. V, que estabelece a equidade na forma de participação do custeio.

o Ministro Cezar Peluso, em seu Voto-Vista, muito bem resumiu toda a discussão, como segue:

Em primeiro lugar, salta aos olhos que a contribuição social foi criada de forma teratológica: enxertou-se regra, aplicável exclusivamente às pessoas físicas produtores rurais, sem empregados permanentes (art. 195, §8º), a **quaisquer** produtores rurais pessoas físicas, inclusive àqueles – e este é o cerne da controvérsia – que lançam mão da colaboração de empregados.

Ora, a contribuição sobre o resultado da comercialização da produção rural do art. 195, § 8º, existe precisamente porque seu destinatário – o produtor rural sem empregados permanentes – não pode, é óbvio, contribuir sobre a folha de salários, faturamento ou receita, já que não dispõe de empregados, nem é pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada.

Logo, é imediata a conclusão de que o sujeito passivo objeto pela parte inicial do art. 25 não se enquadra na exceção do art. 195, § 8º, reservada, em caráter exclusivo, ao segurado especial, que recebe proteção constitucional em vista de sua vulnerabilidade socioeconômica.

Não entrando na exceção do art. 195, § 8º, subsume-se o empregador rural pessoa física à regra geral do art. 195, I, que estabelece a contribuição social devida pelo empregador, sobre diferentes bases de cálculo, notadamente a folha de salários – dentre os quais não se encontra, está claro, o “resultado” ou a “receita bruta proveniente da comercialização de sua produção”.

Essa razão já bastaria ao reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição social. Há, contudo, outras ofensas à Constituição.

Apesar dos diversos votos-vista, o Frigorífico se sagrou vencedor por unanimidade, sendo o artigo 1º da Lei nº 8.540/91 declarado inconstitucional, por meio de controle de constitucionalidade concreto, ficando assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que

chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUBROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações.

O Recurso Extraordinário nº 596.177/RS, por sua vez, tratava da mesma matéria. Porém, nessa oportunidade, quem discutia a constitucionalidade do tributo era um produtor rural pessoa física em si, ou seja, o contribuinte de direito, e não mais o sub-rogado, contribuinte de fato. Embora exista essa divergência, a discussão e a conclusão entre os casos são idênticas. Tanto é que o RE 596.177/RS restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/1992. INCONSTITUCIONALIDADE. I – Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador. II – Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social. III – RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.

O Relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski, fez questão de tocar justamente na relação com o RE 363.852/MG, como segue:

Inicialmente, ressalto que ao manifestar-me pela existência de repercussão geral da matéria aqui tratada consignei que o RE

363.852/MG, da relatoria do Min. Marco Aurélio, o qual trata da mesma questão, já estava em discussão no Plenário desta Corte.

[...]

Por essas razões, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei 8.212/1991, e determino a aplicação desse entendimento aos demais casos, nos termos do art. 543-B do CPC.

Vale destacar que foi reconhecida repercussão geral a esse recurso, como bem concluiu o Relator, sendo o voto deste aprovado por unanimidade. Também é de se pontuar que nessa oportunidade não foi acatada a tese de duplicidade na cobrança, tampouco houve apreciação da Lei nº 10.256/01, como restou decidido em sede de Embargos de Declaração:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTO NÃO ADMITIDO NO DESLINDE DA CAUSA DEVE SER EXCLUÍDO DA EMENTA DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE MATÉRIA QUE NÃO FOI ADEQUADAMENTE ALEGADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NEM TEVE SUA REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO EM DECISÃO QUE CITA EXPRESSAMENTE O DISPOSITIVO LEGAL CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL. I – Por não ter servido de fundamento para a conclusão do acórdão embargado, exclui-se da ementa a seguinte assertiva: “Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador”(fl. 260). II – A constitucionalidade da tributação com base na Lei 10.256/2001 não foi analisada nem teve repercussão geral reconhecida. III – Inexiste obscuridade, contradição ou omissão em decisão que indica expressamente os dispositivos considerados inconstitucionais. IV – Embargos parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado.

Por consequência desses julgamentos, o Funrural devido por pessoa física empregadora e produtora rural não era mais devido, restando apenas e tão-somente o seguro especial como sujeito passivo desse tributo, como preleciona o artigo 195, § 8º da CF e a redação original do artigo 25 da Lei 8.212/91. Mas e sob a ótica da Lei Federal 10.256/01?

### 3.1.2. RE 718.874/RS (TEMA 669)

O Recurso Extraordinário 718.874/RS, que teve Repercussão Geral reconhecida (Tema 669), julgou justamente a constitucionalidade do artigo 1º da Lei Federal 10.256/01, que trouxe uma nova redação ao contestado artigo 25 da Lei 8.212/91.

O julgamento desse Recurso seguiu certa lógica: inicialmente, o plenário tratou de afastar os precedentes que julgaram o tributo inconstitucional – tratando da admissibilidade do Recurso, portanto. Em seguida, trataram dos pontos controvertidos em questão e, finalmente, ao julgamento em si.

O Relator (Ministro Edson Fachin) realizou o *distinguishing*<sup>49</sup>, e estabeleceu os pontos controvertidos, nos seguintes termos:

A controvérsia reside na constitucionalidade da contribuição social a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física, conforme previsão do artigo 25 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei ordinária 10.256/2001, posterior à Emenda Constitucional 20/1998.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhe-se que o Tribunal Pleno já assentou a inconstitucionalidade formal da contribuição à seguridade social incidente sobre a comercialização da produção de empregador rural pessoa física, na redação dada pelas Leis 8.540/1992 e 9.528/97. [...]

[...] Nesse momento, torna-se cabível avaliar quatro ordens de argumentos a seguir descritas. Inicialmente, a exclusividade da base de cálculo prevista no art. 195, §8º, da Constituição Federal, dado que a norma constitucional somente prevê o segurado especial como sujeito passivo dessa contribuição social.

Após, o tributo previsto no artigo 25 da Lei 8.212, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 10.256/2001, desborda do rol de fontes constitucionais para o financiamento da seguridade social, demandando, então, a forma de lei complementar para sua instituição, nos termos do art. 195, §4º, da Carta Constitucional.

---

<sup>49</sup>Instrumento utilizado para afastar precedentes.

Ademais, há uma ofensa ao princípio da isonomia, pois as disposições impugnadas promovem uma injusta diferenciação entre empregador pessoa física nas espacialidades rural e urbana.

Por fim, a alegação de violação ao *ne bis in idem* entre contribuições sociais relativamente ao mesmo contribuinte, haja vista que sobre a mesma base de cálculo incidiria a contribuição social para o “FUNRURAL” e a contribuição substitutiva.

**Em suma, o esforço hermenêutico consiste em analisar se os vícios anteriormente apontados no art. 25 da Lei 8.212/91 foram saneados pela legislação ulterior, notadamente pelo art. 1º da Lei 10.256/01, já sob a égide do novo parâmetro constitucional. Logo, convém perquirir, uma a uma, as alegações da parte Requerente.**

O relator assim julgou os quatro pontos controvertidos:

1º - Exclusividade da base de cálculo ao segurado especial:

Em primeiro lugar, resta claro que o §8º do artigo 195 não respalda normativamente a contribuição social em discussão, uma vez que a norma cinge-se a um rol taxativo de contribuintes, por razões extrafiscais. Nesse sentido, os requisitos constitucionais para a contribuição sobre o resultado da produção dos produtores rurais pessoa física são o exercício de atividade laboral em regime de economia familiar e a inexistência de empregados permanentes. Não há espaço interpretativo, portanto, para subsumir o empregador rural pessoa física a este dispositivo constitucional.

2º - Necessidade da edição de Lei Complementar para instituição de nova base de cálculo:

Em síntese, o novel diploma legislativo padece da mesma inconstitucionalidade formal, já assentada por esta Corte, pois um tributo, cuja base de cálculo é a receita bruta proveniente da comercialização da produção de empregador rural pessoa física, desborda das fontes constitucionalmente previstas para o custeio da seguridade social, por conseguinte a instituição dessa nova contribuição demandaria a forma da lei complementar.

### 3° - Ofensa ao princípio da isonomia:

Por outro lado, torna-se imperativo anotar que a tese da inconstitucionalidade material da norma impugnada também se reforça diante de patente violação ao princípio da isonomia, porquanto há injustificado tratamento diferenciado em relação aos empregadores pessoa física, a depender da ambiência do labor, se urbano ou rural. Há, então, a discriminação na perspectiva legal que se revela inadequada do ponto de vista constitucional.

### 4° - Violação ao *ne bis in idem*.

Em relação ao quarto e último argumento, cumpre atestar que ocorre dupla tributação inconstitucional na presente hipótese. Veja-se que para atrair a vedação ao *bis in idem*, deve-se previamente preencher os pressupostos justificadores desse princípio: (i) a identidade de sujeito; (ii) o *bis* que se traduz na existência de uma anterior imputação de relação obrigacional de natureza tributária pelo Poder Público; e (iii) o *idem* como hipóteses de incidência e fatos geradores substancialmente idênticos no mesmo contexto espacial e temporal.

Assim sendo, em analogia material legítima, procede a afirmação de que o empregador rural pessoa física é duplamente tributado, em razão da incidência simultânea de contribuições sociais.

Ainda, no voto do Relator, interessante destacar trecho em que ele cita que a Lei 10.256/01 reinsereu o empregador rural pessoa física como contribuinte do Funrural, mas *"sem dispor expressamente sobre os demais elementos da regra-matriz de incidência tributária, "apropriando-se", por referência, do binômio "base de cálculo/fato gerador" e da alíquota já prevista para a figura do segurado especial"*, o que, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, exposta em seu voto, *"a lei ficou capenga; ficou um caput, como se ficasse uma cabeça - caput em latim é cabeça - sem as pernas, que são os incisos; sem os elementos definidores da base de cálculo, das alíquotas etc."*.

Em seguida, o Relator sugeriu que ao Tema 669 fosse proferida a seguinte conclusão:

É inconstitucional a contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção destinada ao FUNRURAL, à luz do

previsto no art. 25 da Lei 8.212/1991, com redação dada pelo art. 1º da Lei 10.256/2001.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, apresentou divergência. Para tanto, ele explanou que o Funrural passou por quatro momentos cronologicamente sucessivos, que, em resumo, são esses:

1º Momento – Artigo 195, §8º e redação original do artigo 25 da Lei nº 8.212/91: único destinatário da norma era o segurado especial, portanto, não havia qualquer óbice à regra;

2º Momento – Edição da Lei nº 8540/92: inconstitucionalidade da nova redação trazida pela lei, vez que instituiu tributo a um novo grupo de contribuinte sem estabelecer base de cálculo prevista pelo artigo 195, inciso I da CF;

3º Momento – Edição da Emenda Constitucional nº 20/98: com a modificação da Carta Magna, passou a existir a previsão de que a contribuição dos empregadores rurais pudesse incidir sobre sua respectiva receita. A Lei nº 10.256/01, por sua vez, regulamentou essa possibilidade, como segue em trecho de seu voto:

Em relação ao empregador rural, portanto, as alterações da EC nº 20/98 e da Lei 10.256, de 9 de julho de 2001, afastaram o principal e remanescente argumento que levou o Supremo Tribunal Federal a desobrigar os empregadores rurais pessoas físicas da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, qual seja, a inconstitucionalidade formal, pois a nova redação do inciso I do artigo 195 da CF passou a permitir a edição de lei ordinária para a instituição e cobrança da contribuição com base de cálculo receita. E essa nova lei foi editada.

4º Momento – Afastamento do §4º do artigo 195, da CF: com a EC 98/98, que alterou o inciso I do mesmo dispositivo, passando a prever a “receita” como base de cálculo à contribuição devida pelo empregador, afastou-se a incidência do §4º, o qual remete ao artigo 154, exigindo a edição de lei complementar para instituir contribuição sobre “*outras fontes*”.

Ainda, no voto divergente apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, merece destaque o trecho em que ele rebate os argumentos trazidos pelo Relator (Ministro Edson Fachin) de que a nova redação do artigo 25 trazida pela Lei 10.256/01 se encontrava incompleta, posto que apenas previa o sujeito passivo, não estabelecendo base de cálculo,



alíquota, etc., vez que estes elementos constam nos incisos do aludido dispositivo, incisos estes que à época do julgamento tinham redação prevista pela Lei nº 9.528/97 (a Lei 13.606/18 alterou a redação dos incisos), defendendo que a Suprema Corte, nas decisões anteriores, somente julgou inconstitucional o trecho pertinente ao produtor rural empregador, permanecendo o dispositivo vigente para o segurado especial, sendo os incisos plenamente válidos e eficazes, não acarretando qualquer prejuízo a ausência desses elementos na Lei 10.256/01, posto que já previstos por lei anterior, que nunca deixou de vigorar para o segurado especial.

Nesse diapasão, concluiu o Ministro Alexandre de Moraes pela constitucionalidade da nova redação do artigo 25 trazido pela Lei 10.256, sendo seguido pela maioria apertada do Plenário (seis votos a cinco), concluindo que *"É constitucional, formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção"*.

Em sede de embargos de declaração, o Pleno do STF concluiu pela impossibilidade de modular efeitos tendo em vista o julgamento pelo reconhecimento da constitucionalidade do tributo.

### **3.1.2. RE 761.263/SC (TEMA 723)**

Conforme expôs o Min. Edson Fachin em seu voto de divergência, o RE 761.263/SC, que originou o Tema de Repercussão Geral n. 723, diverge do Tema 669 por conta do sujeito passivo da relação jurídico-tributária: enquanto o Tema 669 abrange o empregador rural pessoa física, o Tema 723 se refere ao segurado especial, que é a pessoa que desempenha sua atividade em regime de economia familiar<sup>50</sup>.

O Relator, Min. Alexandre de Moraes, fez uma síntese dos fundamentos jurídicos utilizados pelo contribuinte:

- a. A inconstitucionalidade do art. 25 da Lei 8.212/1991, declarada pelo STF, em face das alterações promovidas pela Lei 8.450/1992 e 9.528/1997, com base nos julgamentos dos RREE 363.852 e 596.177.
- b. A imprecisão de equiparar a previsão de "resultado da comercialização" com "receita bruta".

---

<sup>50</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343577272&ext=.pdf>. Acesso em 06 nov. 2023.

c. A necessidade de edição de lei complementar, nos termos dos artigos 195, § 4º, e 154, I, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, para instituição de nova fonte de custeio, com base na receita bruta.

Em seu voto, o Min. Enfrenta cada um dos argumentos de maneira pormenorizada e sistematizada.

Em relação ao primeiro argumento, o Min. sustenta, em suma, que a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 25 da Lei 8.212/91 se restringiu ao empregador rural pessoa física, *"sem, contudo, extinguir erga omnes a referida obrigação tributária, que continuou existente para os segurados especiais, com respectivas alíquotas e base de cálculo constitucionais para essas situações"*<sup>51</sup>.

No que se refere ao segundo argumento, sustentou o Min. Relator que *"não dão razão ao ora recorrente. Isso porque, nos REs 363.852 e 596.177, considerou-se inconstitucional a base de cálculo prevista nos incisos I e II do art. 25 da Lei 8.212/1991 somente em relação ao empregador rural, no que houve a declaração incidental para um caso concreto e sem a aplicação do art. 52, X, da CARTA MAGNA, para fins de retirada da norma pelo Senado Federal, inexistindo a transcendência prevista para que se retirasse do ordenamento jurídico, consoante registrado nos apartes do RE 718.874"*<sup>52</sup>.

Por fim, o Min. afasta o terceiro argumento sustentando ser *"(...) absolutamente legítima a previsão, em lei ordinária, da contribuição do segurado especial tendo por base a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. Diferentemente do que sustenta o recorrente, tal exação tem por fundamento constitucional o § 8º, e não o § 4º do art. 195 (...)".*

Essa decisão foi fruto de embargos declaratórios, os quais foram rejeitados pelo STF.

### **3.2. O conflito interno entre as decisões do STF e o conflito externo para com o Senado Federal, em razão da Resolução n° 15/2017.**

Do quanto exposto alhures vê-se claramente que a Emenda Constitucional n° 20/98 foi um verdadeiro divisor de águas, posto que, após a sua edição, permitiu-se que aos empregadores em geral fosse fixada a receita como base de cálculo, afastando, assim, a incidência do artigo 195, §4º, da CF, e, conseqüentemente, a necessidade da edição de Lei Complementar para fixar a receita como base de cálculo ao empregador rural.

---

51 Ibidem.

52 Ibidem.

Ainda, a nova redação ao artigo 25 da Lei 8.212/91 trazida pelo artigo 10.256/01 foi sagaz, vez que eliminou, de uma só vez, dois pontos que eram tidos como inconstitucionais.

O legislador, ao inserir o trecho "*em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22*", afastou a duplicidade da contribuição, que foi decisiva no caso do "Mataboi", bem como a incompatibilidade para com o princípio da isonomia, pois tal se dava justamente pelo fato de que o empregador rural deveria pagar a mesma contribuição que o empregador urbano e ainda o Funrural.

Contudo, o legislador não teve a mesma felicidade ao não trazer os demais elementos que compõem a regra-matriz de incidência tributária. Isso porque a Lei 10.256, nas palavras de Fábio Calcini (2017), não restituiu "*a base de cálculo e alíquotas, pois os incisos foram declarados inconstitucionais formal e materialmente pelo Supremo Tribunal Federal, o que não se pode negar, pois consta expressamente da decisão (ementa) e parte dispositiva*". Em outras palavras, prevalece a tese do Lewandowski de que se trata de um tributo somente com cabeça.

Isso se deve ao fato de que, até o momento, o Supremo Tribunal Federal de fato não enfrentou os precedentes anteriores.

Embora o voto vencedor defenda que os incisos I e II, que instituem a base de cálculo e alíquota do tributo, restaram válidos e vigentes ao segurado especial, o que restou confirmado no julgamento do Tema 723, o fato é que, a partir do momento que se trata de contribuinte diverso, a regra-matriz de incidência tributária é distinta e, conseqüentemente, a norma jurídica também.

Ao passo que se pode defender a vigência para o outro grupo de contribuinte (segurado especial), pode-se plenamente alegar que as decisões anteriores do próprio órgão julgaram inconstitucionais os aludidos incisos com relação ao produtor rural pessoa física, logo, o legislador deveria introduzir as novas regras a esse contribuinte. E não o STF ao fazer uma análise superveniente dos julgados anteriores, enquadrando a decisão ao interesse da União, posto que a inconstitucionalidade do tributo trará severos prejuízos ao cofre público.

Não à toa que o Senado Federal, utilizando-se da prerrogativa prevista pelo artigo 52, inciso X, da CF, acima explanada, assim determinou, com a publicação da Resolução nº15/2017:

Art. 1º É suspensa, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução do inciso VII do artigo 12 da Leiº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a execução do art. 1º da Leiº 8.540, de 22 de dezembro de 1992, que deu nova redação ao artigo 12, inciso V, ao art. 25, incisos I e II, e ao artigo 30, inciso IV, da Leiº 8.212, de 24 de julho de 1991, todos com a redação atualizada até a Leiº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 363.852.

Isto é, o próprio legislativo, rebatendo uma decisão do STF, invocou outro precedente deste órgão para suspender a eficácia de lei que o próprio legislativo editou.

Quer dizer, de um lado se tem o órgão máximo instituindo um novo tributo ao firmar a tese de que os incisos I e II podem ser plenamente aplicados ao produtor rural pessoa física, posto que continuaram válidos no mundo jurídico, vez que plenamente aplicáveis ao segurado especial, confrontando com precedente anterior do mesmo Órgão; e de outro o Senado Federal que, atendendo aos interesses da bancada ruralista se utilizou de mecanismo previsto pela Constituição para confrontar o STF para com ele mesmo.

Como solução para essa insegurança jurídica motivada pelo órgão Supremo, a bancada ruralista do Congresso Nacional editou a Lei Federal Ordinária nº 13.606/2018, a qual regulamenta o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), que concedeu aos contribuintes e sub-rogados desconto integral de multa, de juros e até mesmo de honorários, nos casos em que há discussão judicial, ficando somente devido o tributo com correção monetária.

O projeto foi vetado pelo presidente Michel Temer. Contudo, o Congresso derrubou o veto do Chefe do Executivo, mantendo o desconto inicial.

Nesse sentido, embora o país estivesse em uma situação econômica delicada, o Congresso entendeu por bem que o contribuinte não pode ser prejudicado pela morosidade do judiciário.

Mesma sorte, no entanto, não foi conferida ao segurado especial – produtor rural familiar que não possui empregados fixos -, o qual não contou com lei favorável permitindo a adesão ao Programa de Regularização Tributária Rural posteriormente ao julgamento do Tema 723, grupo de contribuinte que possui o maior grau de vulnerabilidade.

Essa ausência de tratamento legislativo similar acaba por ferir a isonomia tributária.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi explanado até aqui, tem-se que o recém julgado RE 718.874/RS, que declarou a constitucionalidade do Funrural devido por produtor e empregador rural pessoa física, estabeleceu, na verdade, um cenário de grave crise institucional da Corte Suprema para com ela própria, com o Senado e até mesmo com o Congresso Nacional e com o Poder Executivo, deixando o contribuinte atordoado.

Isso porque, em 2010, quando já vigente a Lei 10.256/01, o STF declarou a inconstitucionalidade do aludido tributo nos termos da redação trazida pela Lei nº 8.540/92.

Nessa ocasião, a contribuição devida pelo empregador e produtor rural pessoa física foi extinta como um todo, inclusive suas alíquotas. Vale destacar que a norma permaneceu vigente ao segurado-especial, a quem ela originalmente se destina.

Em seguida, sobreveio a recente decisão, que declarou o tributo constitucional nos termos da redação dada pela Lei nº 10.256/01. Ocorre que esta reestabeleceu o tributo a essa categoria de contribuinte sem trazer critério quantitativo essencial para a consolidação da regra matriz de incidência (RMIT) do Funrural devido pelo empregador e produtor rural pessoa física, qual seja, a alíquota.

Ora, a ausência desse critério afasta a norma consequente da aludida contribuição, tornando-a inconclusiva. Quer dizer, a subsunção do fato à norma carece de quantificação, tornando-a inócua. Nos termos do Ministro Lewandowski, "*a lei ficou capenga; ficou um caput, como se ficasse uma cabeça - caput em latim é cabeça - sem as pernas, que são os incisos; sem os elementos definidores da base de cálculo, das alíquotas etc.*".

Nesse diapasão, o STF, ao declarar o tributo inconstitucional com relação ao empregador e produtor rural pessoa física, remanescendo no que toca ao segurado-especial, maculou a norma como um todo: desde o seu antecedente até seu consequente, retirando a RMIT que havia sido introduzida pelo artigo 1º da Lei 8.540/92 do ordenamento jurídico.

Quer dizer: o tributo deixou de existir para essa categoria de contribuinte. Para o segurado-especial, que segue RMIT diversa, a contribuição remanesceu normalmente.

Mas, com a máxima e devida vênia ao STF, fala-se de duas RMIT's diversas: uma veiculada ao segurado-especial e outra ao produtor e empregador rural pessoa física.

Nesse teor, a Lei 10.256/01, embora esteja compatível com a Constituição Federal no que toca à questão da base de cálculo e da não violação ao *bis in idem*, criou um tributo incompleto, vez que não estabeleceu suas alíquotas. E, justificar a sua constitucionalidade sob crivo de que a norma anteriormente declarada inconstitucional permaneceu vigente no que toca ao segurado-especial é, no mínimo, uma afronta ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, afinal, são contribuintes e regras-matrizes diversas, o que não permite a aplicação por analogia – afinal, a alíquota vigente até hoje é a destinada ao segurado-especial.

Recentemente, com a promulgação da Lei Federal 13.606/18, resolveu-se a questão da ausência de alíquota; contudo, no período compreendido entre a Lei 8.540/92 e a 13.606, o tributo não tinha alíquota que o regulamentasse.

Ademais, vale destacar a inconstitucionalidade da ampliação do Funrural aos demais agentes do setor agropecuário, dentre eles o próprio segurado especial, a despeito da decisão exarada no Tema 723, com repercussão geral reconhecida, pelo STF.

É nítido que o Poder Constituinte Originário estabeleceu um regime de exceção aos produtores rurais que exercem atividade em caráter subsidiário, para que assim pudessem também contribuir para o custeio da Previdência Social.

Se ao princípio da isonomia prevista pela Constituição federal vale a máxima Aristotélica de "*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*", o legislador, ao tornar regra norma que era excepcional, violou tal princípio.

E o pior: o único critério que distingue o empregador rural do urbano é a atividade que aquele exerce, denunciando mais uma violação a esse princípio, posto que inexistente justificativa plausível. E mais: embora a alíquota seja inferior, nem sempre é vantajosa, posto que a base de cálculo aplicável àquele empregador é bem superior do que ao urbano.

Além da questão acerca da constitucionalidade do Funrural, tem-se a postura do Poder Judiciário, sobretudo do STF, que contribuiu para a criação de um cenário de tremenda insegurança jurídica.

Isso porque o órgão demorou quase oito anos para apreciar o RE 363.852/MG, importante precedente para julgamento do RE 596.177/RS, este com repercussão geral, que ingressou no STF em novembro de 2002, sendo julgado somente em fevereiro de 2010, tendo julgado inconstitucional uma lei que não estava mais vigente desde 2001.

Em seguida, somente em março de 2017, por meio do RE 718.874/MG, é que o tributo foi apreciado sob a égide da legislação que estava vigente. Mas, vale destacar que o recurso ingressou no STF em outubro de 2012 e teve repercussão geral reconhecida em agosto de 2013.

Enquanto o Judiciário retardava o seu parecer, inúmeras ações judiciais foram ajuizadas para cessar a cobrança e o recolhimento do tributo controvertido. Anos e anos aguardando algum posicionamento concreto do Judiciário, que se esperava pela ratificação dos entendimentos anteriores, o que não ocorreu.

O STF se utilizou de uma tese completamente inovadora, utilizando alíquota “emprestada”, isto é, destinada a outra categoria de contribuinte (no caso, ao segurado-especial).

Essa mudança de entendimento acalorou o conflito do Senado para com o STF, que por sinal foi causado pelos próprios entes: isso porque o Congresso criou norma sem corpo, quando teve a oportunidade de fazê-lo (Lei 10.256/01) e porque o STF mudou de entendimento se utilizando de tese inovadora e controvertida.

Então, se a Resolução nº 15/2017 do Senado for levada em consideração, o tributo não é devido – ao menos até o início da vigência da Lei 13.606/2018. Mas qual segurança a suspensão da eficácia da norma gera ao contribuinte?

Na aludida decisão, se por um lado teve a mudança de entendimento da própria Corte sob uma justificativa inovadora e altamente contestada pela doutrina, gerando conflito até mesmo com o Senado Federal, tem-se como ponto positivo o julgamento pela impossibilidade de modular efeitos ao reconhecer a constitucionalidade de uma norma.

Tudo bem que o STF demorou a decidir, o que prejudicou severamente os contribuintes (e a própria União), mas uma vez declarado constitucional o tributo, deve-se zelar pela segurança jurídica e garantir a soberania da Constituição.

A questão levantada pelo Fachin, no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 718.874/RS, de que o contribuinte não pode ser lesado pela demora do Judiciário, tem fundamento, mas, com a devida vênia, não deve prevalecer à Constituição. Isto é, de fato o contribuinte não pode ser prejudicado, mas tem-se que se buscar outras soluções para isso e não agravar ainda mais a insegurança jurídica ocasionada pela mudança (injustificada) de entendimento a partir da modulação de efeitos para declaração de constitucionalidade, o que seria teratológico.

Nesse sentido, discorda-se da mudança de entendimento do STF, sendo a redação dada pela Lei 10.256/01 ao artigo 25 da Lei 8.212/91 inconstitucional; mas, uma vez declarada constitucional, compreende-se como certa a impossibilidade da modulação de efeitos, posto que postura contrária somente agravaria a insegurança jurídica ocasionada pelo órgão.

Assim, a possibilidade do parcelamento do débito com diversos benefícios se mostrou como uma alternativa sadia, embora não tenha sido estendida ao segurado especial, o que fere a isonomia e prejudica contribuinte vulnerável, que pratica agricultura familiar.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARANTES. Fernanda Teodoro. Revista do Criador AG, edição de abril de 2018, edição 215, editora Centauros.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO. Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRITO. Edvaldo. Direito Tributário: imposto, tributos sinalagmáticos, contribuições, preços e tarifas, empréstimo compulsório. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALCINI. Fábio Pallaretti. Funrural e a Resolução 15/2017 do Senado: fim do problema? Consultor Jurídico. 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO. Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO. Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário brasileiro. 12 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIPPERT. Franz August Gernot. "As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro".

MEDEIROS. Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 200 out./dez. 2013.



REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHOUBI. Luiz Eduardo. Direito Tributário. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAMARINDO. Ubirajara Garcia Ferreira. PIGATTO. Gessuir. Tributação no Agronegócio: Uma análise geral dos principais tributos incidentes. 1 ed. São Paulo: Jhmizuno, 2018.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996.

Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)

Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13606.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13606.htm)

Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)

Site: <http://www.stf.jus.br>

## **DANO MORAL E SUA DIFÍCIL TAREFA DE APLICAÇÃO: DIFICULDADE DE ADOTAR E VALORAR O DANO MORAL PELOS MAGISTRADOS EM SITUAÇÕES ENVOLVENDO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO.**

**EDUARDO HENRIQUE DA SILVA AMARAL:**  
graduando em Direito pela Faculdade de  
Saúde e Ecologia Humana – FASEH<sup>53</sup>.

FÁBIO LUÍS GUIMARÃES

Orientador

**RESUMO:** O texto acadêmico trata a respeito da árdua tarefa dos julgadores do nosso território brasileiro para administrar o dano moral, no tocante a sua aplicação e quantificação. Trata-se de um assunto bastante difundido, e que vem sendo muito discutido ao longo de anos, havendo toda uma questão histórica, e que, diga-se de passagem, até os anos atuais, a questão não está pacificada. A aplicação desse tipo de lesão é algo complexo, uma vez que se trata de um dano subjetivo, e adicionado, o grande problema está na quantificação deste, uma vez estimar um valor para compensação referente a um sofrimento particular, e que pode variar para cada pessoa, para uma mesma situação. Esses dois obstáculos serão contemplados neste presente trabalho, desde uma análise histórica, até a questão do pensamento atual, e modo como se tem julgado para chegar a um resultado mais justo possível, chegando a questão mais problemática da tese, e os efeitos que podem ser gerados pela aplicação ou fixação inadequada. O estudo será feito na perspectiva doutrinária desse assunto, juntamente com os entendimentos jurisprudenciais, como forma de exemplificar o assunto.

**Palavras-Chave:** Dano Moral; Aplicação; Quantificação; Dificuldade por falta de uma regra positivada; Transporte Público Coletivo

**ABSTRACT:** The academic text deals with the arduous task of judges in our Brazilian territory to manage moral damage, in terms of its application and quantification. This is a very widespread subject, which has been discussed a lot over the years, with a whole historical issue, and, by the way, until today, the issue has not been pacified. The application of this type of injury is somewhat complex, since it is a subjective damage, and in addition, the big problem is in quantifying it, since estimating a value for compensation referring to a particular suffering, and which can vary for several reasons. Each person, for the same situation. These two obstacles will be addressed in this present work, from a historical

---

53 edu.henriquebh02@gmail.com

analysis, to the question of current thinking, and the way in which it has been judged to reach the fairest possible result, reaching the most problematic issue of the thesis, and the effects that can be generated by inadequate application or fixation. The study will be carried out from the doctrinal perspective of this subject, together with jurisprudential understandings, as a way of exemplifying the subject.

**Keywords:** Moral Damage; Application; Quantification; Difficulty due to lack of a positive rule; Public Transport

## 1. INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado neste trabalho será a dificuldade em relação a quantificação do dano moral no Brasil, enfrentada pelo Poder Judiciário, tendo como base a falta de critérios objetivos e a impossibilidade de se medir a "*dor da alma*", principalmente nas situações envolvendo lesões geradas em algum transporte público coletivo.

Esse problema é bastante recorrente, uma vez que desde a consideração do dever de reparação moral, até o período atual, não existe um método ou um padrão, que indique o exato valor a ser fixado ou o "*quantum indenizatório*", o que gera certas problematizações, como, por exemplo, a banalização do dano moral, face a impossibilidade de se medi-lo, ou ainda, o risco de enriquecimento ilícito derivado da falta de critérios objetivos para valoração.

Primeiramente, para contextualizar sobre o tema, há de se destacar o que é dano, pois sem ele, não haveria que se retratar a indenização. Nos conceitos de Sérgio Cavalieri Filho, esse, é conceituado por tudo aquilo que lesa um bem ou interesse juridicamente tutelado, ou seja, dano é uma lesão a algum bem, seja ele material, ou que integre a dignidade do lesado.

Certamente, os danos se subdividem em patrimoniais e extrapatrimoniais, que será dissertado ao longo do trabalho, como forma de situar o leitor das distinções de ambos, porém, como o próprio nome já diz, o primeiro está relacionado a tudo que se remete ao patrimônio da pessoa, enquanto o segundo, liga-se a personalidade do indivíduo.

Através da linha histórica traçada, no tocante à evolução da possibilidade de indenização por dano moral, em uma primeira fase negava-se a indenização por tal circunstância, uma vez que consideravam um ato inestimável. Após, em segundo plano, passou-se a admitir a indenização por dano moral, desde que fosse implementado particularmente, sem se acumular com o dano material.

Após a entrada da Constituição Federal de 1988, especialmente pelo artigo 5º, incisos V e X, que legislam sobre a reparação do dano moral, é que chegamos ao posicionamento atual, na qual a "*dor da alma*" é, de fato, passível de reparação, independentemente de cumulada com o dano material, ou pelo fato de ser subjetivo. Ainda, através da súmula 37 do STJ, fica explícita a previsão do somatório das indenizações por ambos os tipos de prejuízo (moral e material).

Ocorre que, posteriormente ao entendimento citado acima, surgem outros problemas, o de quando aplicar o dano moral, e como fixá-lo, tendo como princípio de que a ofensa à dignidade humana, varia de pessoa para pessoa (subjetividade), ainda, que o juiz não possui uma base positivada em lei para essa ação, não se dispendo de métodos objetivos para tal.

Nos especificando na questão de lesões relacionadas com o uso de transportes coletivos, ficará evidenciado que os julgadores, por mais que se trate de um caso similar, aplicam desde indenizações mínimas, até um montante elevado. No tópico referente, será explicitado alguns casos jurisprudenciais, relacionando-os com os valores conferidos para cada um deles, respectivamente, expressando assim a possibilidade elástica dessa compensação devida, mesmo se tratando de uma ocorrência idêntica.

Diante disso, essas imprevisões ensejam o tema aqui discutido e que será discutido em todo o trabalho de conclusão de curso.

## **2. EVOLUÇÃO DO DANO MORAL**

O dano moral, como preleciona Cavalieri Filho (2011), de forma resumida, é aquele que fere a dignidade de uma pessoa, a sua personalidade jurídica, ou seja, alguma ofensa à dignidade, a imagem, a honra ou qualquer outro direito que os cidadãos possuem.

Com base ainda no que esse citado autor escreve, o dano moral pode ser subdividido em algumas estações, até o atual entendimento deste conceito. Primeiramente, não existia sequer a indenização por esse pretexto "*dor da alma*", uma vez que não era possível mensurar o sofrimento de alguém. Em certas hipóteses "*Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor*", Cavalieri Filho (2011, p. 130) expõe sobre um primeiro pensamento acerca da possibilidade reparação por dano moral.

Contudo, mais adiante na linha temporal, com o desenvolvimento do pensamento daquela época, de acordo com Cavalieri Filho ficou estabelecido então que a ofensa ao dano moral seria passível de ressarcimento, entretanto, não havendo cumulação com o material. O autor expõe uma definição dessa fase:

Passou-se, então, numa segunda fase, a admitir o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, isto é, não cumulado com o dano material. O argumento, agora, era o de que o dano material absorve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 131)

Bom, através de uma linha de raciocínio de minha autoria, aliado a síntese supramencionada, percebe-se que naquela época, o conceito entendível era o de que, em um caso de alguém pleitear esses referidos danos, de forma simultânea, por si só, o dano material abrangeria o dano moral, sendo desnecessário o ressarcimento para cada um desses institutos.

Inequivocadamente que nessa segunda fase, ainda que houvesse uma evolução positiva, se tomarmos como base a chamada primeira fase, é perceptível que os magistrados, e doutrinadores, e todos os documentos que servem como pilares para esse ponto de vista, não tratavam da subjetividade específica para reparação. Além disso, as próprias leis vigentes não determinavam especificamente o que se entendia por lesão à personalidade jurídica do indivíduo, dificultando mais ainda o entendimento do quão grave é o sofrimento moral de alguém, quando abalado.

Essa ausência de definições legais e doutrinárias, que interferia diretamente para um pensamento escasso da gravidade do que seria uma pessoa ofendida em seu estado mais profundo, nos seus princípios morais, como era nas etapas já pontuadas nesse texto, foi sanada após a entrada em vigor da CF/88.

A referida Constituição Federal de 1988, principalmente em seu artigo 5º, inciso V e X, proporcionou uma mudança no entendimento de dano moral, e seu ressarcimento, e um dos pontos centrais dessa nova lei, é no que se refere não só ao pensamento de que a lesão a personalidade jurídica de alguém é bastante grave, mas também interferiu diretamente para que a compreensão, a partir de então, fosse o de cumulação de indenizações por dano moral, e material, decorrentes de um mesmo fato.

Através da Súmula 37 (trinta e sete) do Superior Tribunal de Justiça, fica respaldado a garantia comentada acima "*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*" STJ (2006, p. 1). Juntamente, através do Código Civil de 2002, em seu artigo 186, e até mesmo pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VI e VII, ficou ainda mais claro e fundamentado essa ideia.

Nessa nova concepção, tem-se então o posicionamento atual referente a esse assunto, na qual "*Desde então, tornou-se indiscutível a cumulabilidade do dano moral com*

*o material, o que acabou por ser reconhecido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça" assim entende Cavalieri Filho (2011, p. 131).*

### **3. O DANO MORAL**

#### **3.1. CONCEITO**

Racionalmente que o significado do que é dano moral deveria ter sido estabelecido antes mesmo da evolução histórica desse. Entretanto, partindo do pressuposto que num princípio, nem mesmo existia a reparação por esse tipo de prejuízo, daí a ideia de previamente explicar a sua história, para só então, após uma breve síntese de que somente na atualidade esse tipo de lesão é reparável, é cumulável com o dano material em uma ação judicial, explicitar o conceito, bem como sua aplicabilidade, e mesmo, as dificuldades para essa ação.

Dizer que o conceito do dano extrapatrimonial se resume basicamente a ofender a moral de alguém, certamente é algo muito raso, e geral. Pergunta-se, o que seria a moral de uma pessoa; seria sua fama, ou mesmo, a sua intimidade, ou ainda, a garantia a honra?

Bom, o dano moral pode ser dividido em dois paralelos, em sentido estrito e em sentido amplo. O primeiro, está relacionado a uma linha de raciocínio mais específica, como o próprio nome já diz, logo, nesse entendimento fica tido que o dano moral é o ferimento da dignidade humana, e "*a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos*" Cavalieri Filho (2011, p. 128), assim entende, o próprio doutrinador.

Através do posicionamento desse autor, tem-se o seguinte assentamento de ideia:

Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, incisos V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: Qualquer agressão à dignidade pessoal constitui dano moral e é por isso indenizável. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 128)

Outrossim, em sentido amplo, o referenciado preleciona que quando existe o ataque a algum direito da personalidade jurídica da pessoa, ocorre o dano moral. Observa-se que a dignidade humana é um termo mais limitado, abrangido pela Constituição Federal de

1988, já a personalidade de uma pessoa, se estende a um conceito mais inclusivo, sendo essa, todos os atributos de um ser humano. Assim,

Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se, como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade. São inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte. A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os direitos da honra objetiva: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 130).

Ainda, de acordo com o pensamento de outro civilista, tem-se que:

*‘Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”. Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada’.* (JR, 2016, p. 1).

E para aglomerar pensamentos do que venha a ser uma definição dessa ideia, cita-se o que diz Durkheim:

A palavra moral é tomada correntemente em dois sentidos diferentes.

Entende-se por isso um conjunto de juízos que os homens, individual ou coletivamente, fazem sobre seus próprios atos como sobre os de seus semelhantes, tendo em vista atribuir-lhes um valor muito especial, que eles estimam incomparável com os outros valores humanos. É o valor moral.

[...]

Mas entende-se também por moral toda especulação metódica e sistemática sobre as coisas da moral. O que é essa especulação, qual é seu objeto, qual é seu método, é o que os pensadores estão longe de ter determinado com precisão. (DURKHEIM, 2015, p. 107 – 109).

Existem muitas pessoas que compreendem dano moral como sendo a dor, ou angústia, ou mesmo um sofrimento sentimental, mas ao contrário do que pensam, isso não configura dano moral, mas sim, o resultado do que esse tipo de dano causa a pessoa. Enriquecendo esse conceito com um texto de outro autor, "*dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade [...]*" (Obrigações, n. 195, p.332 apud GONÇALVES, 2023, p. 163).

Além disso, conforme o próprio doutrinador:

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. (GONÇALVES, 2023, p. 163).

Diante do que é cediço, embasando-se não só pelo docente supracitado, como pela própria legislação, o dano extrapatrimonial está ligado a uma ofensa à intimidade de cada pessoa, seja ela a sua imagem, honra, liberdade, ou qualquer outro direito personalíssimo.

Então, a partir dessa linha de raciocínio é possível também afirmar que essa hipótese de lesão é algo totalmente subjetivo, uma vez que para situações idênticas, cada pessoa poderá sofrer de alguma forma, em um grau diferente, inclusive, outros nem mesmo sofrerão.

Um exemplo que pode esclarecer bastante essa questão de particularidade, é a injúria racial. Se uma pessoa negra é ofendida somente por sua cor de pele, como por exemplo em alguns casos lamentáveis, onde tal pessoa é comparada a um macaco, está aí a lesão a honra dessa pessoa. Certamente que nessa hipótese, o injuriado que, no exemplo, seria alguém de tonalidade de pele mais escura, ficaria profundamente entristecido, e não só isso, sua personalidade seria abalada, a ponto de gerar um dano profundo, e imaterial.

Agora, tomando como base o mesmo modelo, porém, citando uma pessoa com a pele na cor mais clara (branco), que foi chamada de macaco, ou um grupo de cidadãos fizeram uma simbologia através de gestos, proporcionando o entendimento que estavam se referindo aquele sujeito como um animal, certamente que nessa hipótese, por mais que



ocorreu uma ofensa, o abalo à dignidade do ofendido sequer existiu, ou mesmo em caso contrário, não foi na mesma intensidade da primeira perspectiva.

Por mais que exista uma base, percebe-se que no trecho acima não foi afirmado que em um caso existiu a ofensa grave à honra da pessoa, e no outro não ocorreu, pois possa ser que nessa ocorrência de número 2 (dois), o(a) ofendido(a), por mais que não tenha a cor de sua pele mais escura, sinta-se ferida. Daí se extrai o teor central dessa produção textual, que é a dificuldade da aplicação, e quantificação do dano moral, diante de sua subjetividade, bem como de possíveis problemas derivados, quando não existe a correta aplicabilidade desse.

Mas é claro que essas adversidades serão tratadas nos tópicos seguintes desse texto, elencando esses vários impasses.

### 3.2. DA NÃO NECESSIDADE DE SE PROVAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO, OU A EXTENSÃO DO SOFRIMENTO, MAS SIM, O FATO

Além de conceituar o que é o dano moral, é de suma importância, também como forma de abordar um atributo extremamente fundamental, indicar nesse trecho que o ressarcimento por esse tipo de agravo não necessita de prova em concreto.

Para o autor, exclusivamente em casos excepcionais, exige-se essa comprovação do abalo a personalidade jurídica da parte:

De acordo com Gonçalves (2023, p. 168), o dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade.

Aliando a fala do docente, ao tópico anterior, é mister que seria algo irracional exigir a necessidade de apresentação de alguma prova para comprovar o dano sentimental sofrido. Logicamente que esse tipo de lesão ocorre no âmbito não patrimonial, ou seja, não se trata de um bem palpável, ou melhor dizendo, material, mas sim, tudo que está além disso (extrapatrimonial).

Mas destaca-se, nesta sede é necessário a prova do fato, dispensado sustentar a extensão do sofrimento do indivíduo, uma vez que a dor naturalmente decorre do fato, assim sintetiza:

[...] O dano moral nesse caso existirá *in re ipsa*, decorrerá inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* estará demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti* que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*, decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 136).

Aí está uma das grandes diferenças deste, para o dano patrimonial. Ao ajuizar uma ação requisitando danos materiais, integralmente em todas as hipóteses, será solicitado a prova dessa lesão substancial (tanto prova do fato, como da extensão do dano), justamente para se fazer valer o direito de alguém. Imagina-se que um condutor, parado em um sinal vermelho (ordem de parada), de repente, sente um forte abalo em seu veículo, e ao sair do mesmo e verificar a situação, percebe que um outro motorista, desatento, não freou o seu automóvel, e colidiu com o carro desse primeiro que estava imóvel.

Após realizar todos os levantamentos, e com base na própria Lei de trânsito (Código de Trânsito Brasileiro – CTB), é certo que o veículo que se chocou na traseira de outro, por falta de atenção, deverá arcar com as consequências, o que inegavelmente inclui os danos materiais sofridos.

Ainda, nesse caso, digamos que o condutor que comprovadamente está desamparado pela lei, resolve não pagar pela destruição que ele causou ao primeiro motorista, que não possuía nenhuma culpa. Assim, o primeiro indivíduo pleiteia uma ação judicial visando garantir o seu direito, requerendo então, os danos morais sofridos.

Ora, ainda que existissem testemunhas relatando que o segundo condutor errou, câmeras de segurança comprovando a falha desse segundo condutor, ou qualquer outro tipo de prova, deverá a parte autora (condutor que sofreu a lesão) provar que seu veículo foi danificado, inclusive, devendo expor todos os valores para reparo (orçamento), que ao final do processo, em caso de deferimento da ação, lhe será proporcionado esse exato valor, nada mais, nada menos, se tratando de dano material, claro.

Todavia, com a ofensa em sede de personalidade de uma pessoa, não existe a obrigação de provar a dimensão dor ou angústia geradas pelo dano, novamente,

Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante. (GONÇALVES, 2023, p. 168).

Visto isso, é possível realizar uma leve introdução do que será comentado nos parágrafos posteriores, pois, uma vez que não é necessário a prova do sofrimento, mas sim do fato, certo que existirá por parte dos magistrados alguma dificuldade para identificar a dor interna de alguém, bem como o nível dessa.

### 3.3. DIFICULDADE PARA APLICAÇÃO DO DANO MORAL

Agora que já foi contextualizado a história do dano moral, assim como o seu conceito, indiscutivelmente que pelo fato de sua causa depender particularmente de cada indivíduo, existe aí um grande problema.

Primeiramente, importante mencionar que o critério utilizado atualmente para imposição desse tipo de dano, será dissertado mais adiante, de forma mais criteriosa, contudo, desde já, deixa-se claro que a aplicação dessa matéria é de arbitrariedade do juiz de direito.

Digamos que um julgador recebe em sua mesa uma ação requerendo danos morais por, de acordo com o pleiteante, ter sofrido uma lesão na sua personalidade. Certamente seria muito fácil decidir prover, ou negar, se existisse algum critério objetivo para isso, assim como é com o dano material, porém, mensurar o sofrimento interno de alguém, ainda, se essa dor se estendeu a dignidade do cidadão, é um tanto quanto complicado.

Já dizia que "*Na falta de critérios objetivos, essa questão também ensejou divergências na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situações contraditórias.*" Cavalieri Filho (2011, p. 132).

Essa dificuldade de aplicação do referido dano está concentrada exclusivamente na impossibilidade de se medir a dor interna de alguém, pois, o que para algumas pessoas não passa de um leve entristecimento (não havendo obrigação de reparação), para outras, existe a lesão à sua personalidade.

Outro ponto de dificuldade é no que se refere a questão do julgador, além de ter que medir a extensão do dano sofrido por aquela pessoa, ter também que se colocar em

neutralidade, e não deixar seus ideais prevalecerem, uma vez que, assim como supramencionado, o que pode ser algo banal para a pessoa do magistrado, pode ser um dano irreversível e que afeta a dignidade do autor da ação.

Perante o que foi comentado acima, cabe ainda apresentar uma crítica a respeito da forma como o dano moral é reparado, justamente pela dificultosa tarefa que cerca os tribunais:

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum ou do bom senso, da opinião dos juízes acerca do que é sofrimento e do que não é. A importância do dano moral no mundo atual exige que se busque atingir um grau determinado de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. (BODIN DE MORAES, 2019, p. 11).

Além de tudo o que foi colocado como sendo um empecilho, cabe destacar que, por outro lado, o julgador não pode simplesmente eleger qualquer ato de ofensa, entristecimento, angústia, ou outros, como sendo passível de ressarcimento "*Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado.*" Gonçalves (2023, p. 164), justamente para não tornar banal o requerimento deste tipo de ofensa. Essa questão da banalização será comentada mais adiante, mas o que se pretende aqui é mostrar a linha tênue que o juiz deve seguir para que ele aplique de forma correta, e efetiva, o ajuste face o dano moral sofrido, diante dos vários obstáculos que podem surgir. Logo,

Este é um dos domínios onde continuam necessárias as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Temos sustentado que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da *lógica do razoável*, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 132).

Fica entendido então que, ainda que o dano moral proporcione sofrimento, em algumas situações, os meros dissabores cotidianos não têm o condão de lesar a dignidade humana, sendo nesses casos, a impossibilidade de sua configuração. Um modelo que elucida esse entendimento é referente ao inadimplemento contratual, uma vez que esse, não configura dano moral, embora seja acompanhado de aborrecimento e chateação, não é passível de atacar a dignidade de alguém. "*Outra conclusão que se tira desse novo*

*ênfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana”, Cavalieri Filho (2011, p. 133) diz o relator.*

Então, o juiz, ao receber um pedido desse tipo, deve colocar em análise todas essas parcelas, ainda que sendo uma tarefa difícil, sendo a gravidade da lesão, a particularidade do caso, bem como ponderar a aplicação, também por um padrão objetivo.

### 3.3.1. Banalização do dano moral

Com ênfase na seção anterior, sendo na realidade uma extensão do que a incorreta aplicação pode gerar, está a banalização desse tipo de dano. Como o próprio nome já diz, o risco gerado por uma realização ou o conjunto de várias concessões desse tipo de dano, de maneira equivocada, nos tribunais do Brasil, certamente pode acarretar na trivialização do dano moral.

O que significa expressar que essa lesão se torna banal? Através de um simples raciocínio, se os juízes começam a aceitar todo e qualquer tipo de alegação como sendo passível de dano moral, logicamente que toda e qualquer pessoa, na mais irrisória situação de desconforto, irá reivindicar danos morais.

Assim também entende:

[...] Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 133).

Essa realmente é uma questão mais óbvia, porém, ainda com todo cuidado por parte do poder judiciário para não proporcional essa banalização, ainda assim, atualmente é bastante comum pessoas, pelos mais simples dissabores, requererem configuração de dano moral, e ressarcimento pela lesão sofrida. Obviamente que, caso ocorra essa compensação indenizatória numa situação de uma mera irritação, primeiramente que seria indevida, e outro ponto, que ocorreria o enriquecimento ilícito dessa pessoa, justamente por nem mesmo ter existido gravidade suficiente para comprovar dano moral.

Agora fica uma breve opinião pessoal, por mais que seja algo lógico, é uma situação bastante desafiadora, uma vez que o magistrado tem a função de medir a dor interna de alguém, aplicar uma punição ao causador, e ressarcir quem foi lesado. É algo bastante penoso, principalmente por não ter nenhuma regra legal, ou padrão específico para a aplicação desse dano, o que proporciona uma maior probabilidade de sua banalização.

### 3.4. DIFICULDADE QUANTO A FIXAÇÃO DO DANO MORAL

Com o mesmo enfoque do que já foi mencionado, faz-se apenas uma extensão do entendimento relacionado. Logicamente que sendo o dano moral de difícil aplicação no sentido de, quando haverá dano moral, e em qual situação esse não estará configurado, é também bastante complicado para os casos em que o juiz se certifica que deve ocorrer o amparo, quantificar qual o valor para ressarcir o ofendido.

A grande questão está no fato de que a quantia necessária seria suficiente para reparar a dor sofrida pela vítima? Como é possível medir a extensão do sofrimento íntimo de uma pessoa?

Diante disso surge o verdadeiro problema para os magistrados, um empecilho ainda maior do que decidir em quais casos há de se aplicar, e quais não serão concedidos danos morais. A luz da atual legislação que trata sobre o tema, está presente no entendimento dos artigos 950, parágrafo único e 953, parágrafo único do Código Civil, que haverá o arbitramento do juiz para quantificação desse dano, obviamente, levando-se em consideração vários fatores para que essa tomada de decisão seja o mais condizente possível.

Assim diz:

Verifica-se, em conclusão, que não há um critério objetivo e uniforme para o arbitramento do dano moral. Cabe ao juiz a tarefa de, em cada caso, agindo com bom senso e usando da justa medida das coisas, fixar um valor razoável e justo para a indenização. (GONÇALVES, 2023, p. 175).

Mais do que essa questão, de equiparar o ofendido, a ponto de o consolar por sua dor, o juiz deverá se resguardar no sentido de não proporcionar um enriquecimento ilícito para o insultado, todavia, é uma tarefa imensamente perplexa, justamente pela inexistência de critérios padronizados estabelecidos, contrariamente ao que ocorre com o dano patrimonial. (Gonçalves, 2023, p. 175).

Aduz-se: "*Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado.*" Gonçalves (2023, p. 171), ou seja, não existe um valor uniforme a ser fixado, ainda, como será explicitado mais adiante, através de buscas jurisprudenciais, para um contexto similar, existe uma discrepância em relação aos valores fixados.

O único material que se tem são os próprios debates doutrinários que, embora não proporcionem uma fórmula específica, como um caso matemático, chegam a um ideal, na qual o julgamento para precificar a reparação devida tem que respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, ser proporcional à extensão do dano, e razoável com esse, não gerando enriquecimento sem justa causa, ou o contrário (hipótese narrada adiante).

#### 3.4.1. Do risco de enriquecimento ilícito

Como visto anteriormente, o fato da fixação do valor referente ao ressarcimento pelo dano moral sofrido ser arbitrado pelo magistrado, sem qualquer amparo por algum critério já definido, inegavelmente gera o risco de enriquecimento ilícito, ou em situação controversa, a definição de um montante insuficiente para amparar.

Como discursa autor:

Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula "danos emergentes-lucros cessantes", a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. (GONÇALVES, 2023, p. 171).

Assim, como supramencionado, o dano patrimonial tem uma fórmula definida, na qual é facilmente aplicado e quantificado (após comprovado) face a destruição de algum bem material daquela pessoa. Falando estritamente dessa hipótese, deverá ser devolvido pela parte ré todo o valor que será necessário para reparo da coisa, ou mesmo, a quantia ideal para retornar a vítima na mesma situação que ela se encontrava antes do fato. Percebe-se que o juiz fixará algum valor com base no bem danificado, já no dano moral, esse, deverá valorar com sustento em um sentimento subjetivo.

Retomando para um dos transtornos mais agravantes gerados, está a questão da reparabilidade do dano moral, em sua quantificação, pois se mal capitulada pelo juiz, tem o poder de enriquecer de forma ilícita o ofendido, o que não pode ocorrer.

Assim preconiza:

Cremos que na fixação do *quantum debeat* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente *o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.145).

Apesar de dever ser seguido alguns preceitos que norteiam, atenta-se, não é um padrão, são apenas alguns princípios para guiar o juiz no processo de quantificar o dano subjetivo "*Cremos, também, que este é outro ponto em que o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador*" Cavalieri Filho (2011, p. 144) assim concorda. Por mais que esses norteadores ajudem na decisão judicial, sabe-se que o risco de uma estimativa inadequada é extremamente alto quando se trata de arbitramento do julgador.

Além desse fator, cabe ressaltar que existe um grande debate doutrinário e jurisprudencial em relação a quantificar o dano moral não só como para reparar (ressarcir a vítima), mas também como punitivo (punir o agressor, bem como desestimulá-lo a praticar novamente o ato), uma forma inspirada nas chamadas *punitive damages* do Direito norte-americano. O que se pode extrair de negativo dessa informação é que, obviamente, com um duplo fator para valorar esse tipo de ação, certamente o juiz fixará um valor muito maior, uma vez que a quantia estabelecida não somente deverá reparar o dano sofrido, a balança terá um peso maior, pois ao mesmo tempo, terá que punir o ofensor, e intimidá-lo a não cometer novamente outro ato desse tipo.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves comenta:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor



seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito. (GONÇALVES, 2023, pag. 173).

Há um grande impasse na questão de aplicação, ou não, desse duplo fator para fixar o dano moral, que para alguns doutrinários, e juristas, existe o dever sim dessa implementação, já para outros, bem como à luz da própria legislação brasileira, não é possível utilizar esse duplo caráter para essa reparação, conforme afirma:

Paulo de Tarso Sanseverino pondera: “deve-se ter cuidado com a invocação dos *punitive damages*, em face da incompatibilidade deste instituto com o nosso sistema jurídico, sendo a sua utilização, mesmo como simples argumento, particularmente inadequada nos casos de responsabilidade objetiva, pois, por sua própria natureza, não envolvem discussão de culpa, não se compatibilizando com a imposição de pena privada. *Assim, no contexto do atual direito brasileiro, não há espaço para o acolhimento dos punitive damages, carecendo de regulamentação legal expressa por refugir o instituto da nossa tradição jurídica.* (SANSEVERINO, 2011, pag. 76 apud CAVALIERI FILHO, 2011, pag.146).

Fala-se nesse tópico sobre o risco de uma pessoa ser indenizada por um valor exorbitante, lucrando de forma ilícita, mas também existe o outro lado da moeda, na qual o juiz pode simplesmente valorar um montante ínfimo para um indivíduo, não sendo montante suficiente para compensar o sofrimento que perdura em seu interior, inclusive, podendo ocorrer essa discrepância até mesmo para casos semelhantes.

Percebe-se que se trata de uma questão muito delicada, bastante discutida entre os principais doutrinadores que tratam desse assunto, inclusive

A crítica que se faz ao critério do arbitramento é que não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça. (GONÇALVES, 2023, pag. 171).

### 3.5. MÉTODO UTILIZADO ATUALMENTE PARA MINIMIZAR OS IMPASSES NA APLICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Diante de tudo que já foi falado, é cediço que o juiz responsável pelo caso é quem irá arbitrar o montante indenizável, a partir da lógica do razoável: "*A fixação do quantum indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio.*" Bodin de Moraes (2019, p. 17) assim preleciona.

Nesse ponto do texto, aprofunda-se um pouco mais no que necessariamente o julgador deve levar em consideração para quantificar o dano, para não aplicar um valor exorbitante, gerando um lucro indevido ao lesado, ou mesmo, não estabelecer um porte muito baixo, ao ponto de não compensar essa vítima na mesma extensão de seu sofrimento.

De acordo com a civilista Maria Helena Diniz, ficam descritas a seguir, regras que servem como bússola para o juiz, na hora de arbitrar a questão pecuniária do dano, cita-se:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarificação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;

- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do justum ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LINDB, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade. (DINIZ, 2001, pag. 266 – 267 apud GONÇALVES, 2023, pag. 173).

Fica evidente que o juiz, embora tenha o poder de arbitrar conforme sua opinião, esse, deve-se amparar por todas as análises a serem realizadas, ou seja, deve levar em conta vários fatores existentes, tanto relacionados ao indivíduo lesado, como a sua situação, ainda, o as extensões do fato que gerou a ofensa moral.

Claramente que se o arbitramento fosse somente a opinião pessoal do julgador, dos inúmeros os casos em que há irregularidades no julgamento, iria ser infinitamente maior a quantidade desses julgados inconformes.

A doutrinadora renomada, ainda contextualiza:

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine. (DINIZ, 2001, pag. 266 – 267 apud GONÇALVES, 2023, pag. 174).

Ainda, de acordo com a opinião pessoal do autor, tem-se o seguinte entendimento:

Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são:  
a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;

b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva. (GONÇALVES, 2023, pag. 174).

São vários os pontos que o sentenciante deve avaliar antes de arbitrar a decisão, características essas que proporcionam uma certa equidade entre a ofensa ocorrida, e a prolongação do sofrimento do ofendido.

Além desses quesitos basilares a quantificação mais igualitária, se tratando de dano moral, vem sendo utilizado, como forma de aperfeiçoar ainda mais essa fixação do valor indenizatório, o que está sendo chamado de método bifásico, na qual, o julgador, ao se deparar com um caso, em primeiro momento ele toma como base casos similares, ou melhor dizendo, decisões relacionadas com a mesma situação. Traçado esse parâmetro, ele estabelece uma sustentação para aplicar a compensação.

Certamente que, conforme já dito, o dano moral é uma questão subjetiva, onde para um caso parecido, cada pessoa sentirá uma dor diferente, logo, inegavelmente que, não seria possível somente aplicar a pena a alguém com fundamento em um outro julgamento parecido, seria algo injusto.

Por isso, o chamado método bifásico tem sido muito usado, uma vez que o magistrado poderá formar o pilar de sua decisão com suporte de um acontecimento semelhante, todavia, em uma segunda etapa, adequar o valor indenizatório às singularidades do caso que está julgando.

De maneira resumida, será feito um pré-julgamento, com fundamentos em outras decisões parecidas para o mesmo fato, e, juntamente, atendendo ao quesito de subjetividade, moldará a quantia (já pré-definida) de acordo com as individualidades da hipótese a ser julgada, tornando a decisão a mais imparcial e isonômica possível.

O escritor Carlos Roberto Gonçalves, ao citar uma jurisprudência do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do REsp 959.780-ES, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, fica entendido o seguinte:

Fixa-se inicialmente o valor básico da indenização, levando-se em conta a jurisprudência sobre casos de lesão ao mesmo interesse jurídico. "Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes,

assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.” Em seguida, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da *indenização básica*, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso”. (GONÇALVES, 2023, pag. 175).

Ainda, de acordo com uma notícia publicada pela própria plataforma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, fica implementado o seguinte entendimento:

Depois de reconhecida a ocorrência do dano moral, segue-se a tarefa “extremamente difícil para o julgador”, nas palavras da ministra Nancy Andrighi, de quantificar o suficiente para compensar a vítima, sobretudo diante da ausência de critérios objetivos e específicos para o arbitramento de valores.

Um meio de definir o montante das indenizações por danos morais que vem sendo adotado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o método bifásico. Nesse modelo, um valor básico para a reparação é analisado considerando o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes. Depois, verificam-se as circunstâncias do caso para fixar em definitivo a indenização. (STJ, 2018).

### 3.6. PESQUISAS JURISPRUDENCIAIS APRESENTANDO OS PROBLEMAS PARA FIXAÇÃO, DIANTE DE CASOS SIMILARES

Com fundamentos no que já foi apresentado até aqui, e como forma de adentrar aos casos jurisprudenciais para explicitar a dificuldade persistente que os julgadores encontram, foi realizado uma pesquisa através do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG a respeito dos casos de danos morais decorrentes de algum acidente envolvendo transporte público coletivo, como é o caso de empresas que possuem ônibus para transporte de passageiros.

Tais jurisprudências foram selecionadas, no intuito de se demonstrar a volatilidade de valores aplicados, para uma situação similar. Trata-se de uma análise específica, no

tocante as lesões decorrentes da utilização de ônibus, na qual existem diferentes tipos de sofrimentos envolvidos, em fatos correlatos.

Percebe-se ainda que, o fator de lesão corporal acarreta no montante a ser indenizado, e dependendo da gravidade da lesão, será acrescido, ou retirado, quantia desse montante.

Por isso essas decisões se encaixam perfeitamente para explicitar o que foi traçado anteriormente nesse trabalho, pois ainda que sejam situações paralelas, existe a volatilidade em relação as quantias fixadas

Foram filtrados 6 (seis) casos, na qual o objeto principal é no tocante ao ajuizamento de ação em face de alguma empresa de transportes, ainda, em alguns, sendo réu juntamente com o motorista do veículo coletivo.

Dentre essas seis decisões, cada uma delas, para o mesmo tipo de problema, estabelece uma quantia diferente para o dano moral gerado. Ou seja, conforme discutido por todo esse trabalho, para um mesmo caso, existirá diversos valores fixados, e detalhe, todos são arbitrariamente decididos pelos juízes.

Abaixo segue a tabela com a relação das jurisprudências, e ao lado, o montante indenizatório que foi compensado à vítima, e em todos os casos o assunto principal é o mesmo, dano moral derivado de algum problema envolvendo transporte público coletivo:

Número do processo (tjmg)	Valor compensatório fixado pelo magistrado
1.0079.09.932379-6/001 9323796-93.2009.8.13.0079 (1)	<b>R\$ 2.500,00</b>
1.0000.21.037816-2/001 6097377-32.2015.8.13.0024 (1)	<b>R\$ 5.000,00</b>
1.0000.23.152840-7/001 0015392-29.2018.8.13.0319 (1)	<b>R\$ 8.000,00</b>

1.0000.23.044461-4/001 5007136-65.2019.8.13.0290 (1)	<b>R\$ 8.000,00</b>
1.0000.23.100638-8/001 2272990-42.2012.8.13.0024 (1)	<b>R\$ 15.000,00</b>
1.0024.10.086555-9/004 0865559-10.2010.8.13.0024 (1)	<b>R\$ 50.000,00</b>

O leitor, ao perceber os vários valores aplicados, ainda que se trate de fatos similares envolvendo o meio de transporte coletivo, pode indagar: Mas ao imaginar dois casos de acidente de carros (remetendo ao exemplo já contextualizado neste trabalho), certamente que se numa hipótese, o veículo somente danificar o farol, e em outro fato, o bem móvel estragar, além de um farol, peças mecânicas, por exemplo, indiscutivelmente a quantia indenizada para esses casos parecidos não seria aproximada.

Ocorre que, por mais que quanto maior o dano, maior o valor a ser indenizado, assim como no dano moral, na questão patrimonial é bastante simples de fixar um importe, basta fazer um levantamento de algum especialista (um orçamento em uma oficina mecânica, para eventualidade narrada acima). Já para o dano moral, por mais que sejam ocorrências semelhantes, diferenciar qual pessoa sofreu mais, quem teve um prejuízo a sua personalidade jurídica maior, quem ficou mais abalado, para assim impor um montante capaz de ressarcir um prejuízo subjetivo exatamente na extensão desse sofrimento, é um tanto quanto complexo para os julgadores.

No dano material, no exemplo do acidente automobilístico, será estipulado com base no orçamento realizado pelo especialista, nada mais, nada menos que o valor para fazer com que o lesado se encontre na mesma situação que estava antes do fato, não existindo questionamento quanto a isso. Já para o dano moral, para uma pessoa (tomando como base os valores da tabela supracitada) que sofreu um acidente por descuido do motorista do ônibus, um valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pode ser mais do que suficiente, mas talvez para a parte que, tendo passado por um caso parecido, receber apenas R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) pelo agravo moral sofrido, não seja suficiente, aí se encontra o grande obstáculo que o juiz possui ao aplicar esse dano.

Certamente que se tratando do caso em que a indenização chega a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), está o de um usuário do transporte público que morreu, em decorrência da desatenção do motorista, contudo, antes de seu falecimento, ele havia sido lesionado, e foi levado para o hospital. Já para os outros, não terminou em morte, todavia, em todos foi gerado alguma lesão, seja estética, física, cumulada com a parte emocional, passíveis de dano moral, contudo, valores diversificados para a compensação, e que, ressalta-se, nem sempre foram o suficiente para ressarcir a vítima.

A partir da análise desses casos, aliado aos que foi redigido no decorrer desse artigo, fica nítido a dificuldade para quantificar a lesão ao dano moral. Os episódios supracitados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais demonstram tudo o que foi questionado nesse texto, além disso, é um assunto que cotidianamente acontece, devido aos grandes números de ônibus circulando nas rodovias, ou seja, algo corriqueiro e que é passível de requerimento de danos morais.

Porquanto que, da mesma forma, vários casos em sede judicial (também relacionados a acidentes no uso do transporte público coletivo) não são passíveis de ressarcimento por dano extrapatrimonial, ainda que se trate de um acidente correlativo aos primeiros julgados tabelados (em que a ofensa, existiu):

Número do processo (tjmg)	Valor compensatório fixado pelo magistrado
<u>1.0000.23.186094-1/001 5146257-38.2016.8.13.0024</u> (1)	<b>Dano moral não configurado</b>
<u>1.0000.23.026528-2/001 5000429-65.2018.8.13.0145</u> (1)	<b>Dano moral não configurado</b>
<u>1.0000.22.108517-8/001 5011479-14.2019.8.13.0223</u> (1)	<b>Dano moral não configurado</b>

A escolha das jurisprudências também tem o condão de apresentar que, ainda que todos os autores das ações tenham o princípio de demonstrar uma angústia profunda, por um dano sofrido dentro do transporte público, que seguiu de lesões corporais, as indenizações variam, e às vezes, nem mesmo são configuradas, ou seja, existe uma grande



elasticidade para que seja efetivada uma quantia compensatória justa, em tese, arbitrada pelo juiz.

Fazendo menção ao título desse trabalho, claramente os julgadores tiveram uma grande dificuldade para, primeiramente, medir a extensão do dano sofrido pelo autor, e após, separar o caso e decidir se iriam aplicá-lo, ou não. Também, após isso, fixá-lo quantitativamente, e somado, não é possível saber se a quantia foi justa, ou injusta, evidenciando o grande impasse face à questão do dano moral.

Como já dito, o julgador deve se atentar não só para a extensão do sofrimento, ele deve aliar um mix de parâmetros, como a condição financeira do ofendido, a situação financeira do país, a proporção que o fato gerou, bem como outros aspectos, e associar tudo isso a condição do proporcional e razoável para o *quantum indenizatório*.

Fica aqui uma reflexão o próprio autor, a respeito das pesquisas jurisprudenciais realizadas, na qual é questionável se, o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) seria justo aos familiares do falecido, ou ínfimo, tendo em vista que não compensa a morte de uma pessoa? Ainda, no caso em que os danos morais sofridos pela vítima (passageira), decorrente da colisão do veículo público coletivo a qual se encontrava não ultrapassam o valor taxado pelo magistrado de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), é algo que não suprirá a extensão da lesão dessa pessoa?

Não é possível construir uma resposta sólida para essas perguntas, uma vez que o dano moral é de arbitrariedade do juiz, ou seja, ele decidirá, de acordo com os princípios norteadores já mencionados, bem como as particularidades da situação, ainda, por casos similares já decididos, a quantia razoável e proporcional a se aplicar, todavia, nem sempre ideal. Daí a grande dificuldade para se implementar esse direito, bem como evidencia o porquê esse, em alguns anos atrás, nem mesmo era concebido, e depois de já poder ser alcançado pelas vítimas, vem sendo discutido até os tempos atuais.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por tudo que foi exposto neste trabalho, ficou clara a dificuldade em relação à aplicação e a fixação valorativa do dano moral, principalmente em se tratando de incidentes sofridos por passageiros no uso do transporte público coletivo.

Retomando de forma resumida o tema, foi comentado sobre o processo evolutivo dessa matéria, desde os primórdios, onde nem mesmo era concebido, uma vez que não se podia estimar o dano moral, na concepção dos responsáveis da época, até os tempos atuais na qual foi decidido que é sim cumulável com o dano material.

Além de ser conceituado sobre o que seria a ofensa a dignidade de alguém, trazendo citações de doutrinadores que exibem o significado de dano extrapatrimonial, foi falado sobre a dificuldade face a aplicação desse, bem como quanto a quantificação, justamente por se tratar de algo subjetivo do ofendido. Ainda, não existe nenhuma hipótese positivada em lei para a exata precificação, o que dificulta mais ainda a vida dos julgadores.

Junto com esses temas, especificou-se cada subproblema que poderia ser gerado em decorrência desses primeiros, como a banalização do dano moral, ao passo que se o juiz não se atentar para quando deverá aplicar esse, o praticando nos casos corriqueiros de meros dissabores, certamente todo e qualquer sofrimento, por mais que se trate somente de um mero aborrecimento, seria requerido danos morais.

Ainda retratando as especificações, existe uma decorrência da fixação do dano moral de forma equivocada, sendo o risco de enriquecimento ilícito, ou o inverso, na qual um cidadão não seria ressarcido com um montante suficiente capaz de suprir a lesão gerada a ele.

Foi mostrado que não é um assunto pacificado, tanto nos tribunais, como entre os próprios doutrinadores, comprovando-se esse fato, com a relação de julgados onde, num primeiro, foi concedido ao autor da ação a reparação por dano moral, já no outro, esse, não ficou caracterizado, ainda que se tratem de situações referentes ao mesmo acontecimento (lesões geradas a usuário de ônibus, enquanto utilizava esse).

Cediço que o método atualmente adotado para minimizar qualquer erro grave na implementação e estimativa do dano moral é o bifásico, na qual forma uma base como parâmetro para o sentenciante a partir de casos similares, e numa segunda análise, já com um pilar delineado com fundamentos em um caso parecido, ele adentra ao caso em específico e assim, ele chega ao mais próximo possível de um valor justo para a subjetividade desse tipo de ofensa.

Assim, novamente com base nos casos jurisprudenciais anexados ficou claro que apesar desse método utilizado, ainda sim é possível perceber que os valores podem ser distintos para vários casos, se tratando de uma mesma hipótese (dano moral por acidente envolvendo passageiros de transporte público coletivo), ou pode nem mesmo estar configurado.

Então, o propósito da pesquisa teve como princípio abordar e descrever sobre a dificuldade em relação a aplicação e quantificação do dano moral em casos práticos, como os relacionados anteriormente, apontando pensamentos doutrinários, e jurisprudências, para fundamentar a tese.

A partir de todo o exposto fica evidente a grande dificuldade para taxar um montante compensatório que seja ideal e justo para a vítima, uma vez que se trata de ofensa subjetiva. Não existem critérios positivados em legislação, e mesmo que existisse, delimitar o sofrimento interno de alguém seria algo impossível para a lei, e certamente não haveria equidade nas valorações.

Esse é um tema que, desde a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula de número 37, vem sendo difundido pelos principais doutrinadores, bem como pelos juízes, uma vez que sempre se busca atingir o ponto máximo de justiça para a aplicação e quantificação de uma reparação ao sofrimento interno de alguém.

Logo, foi exposto o que se entende por dano moral, classificado quanto às lesões que ensejam esse, com base no entendimento doutrinário e na própria Constituição Federal, bem como o Código Civil, e por fim, foi apontado a dificuldade sofrida pelos magistrados para compensar o injuriado.

Dito tudo isso, é óbvio que essa discussão, tanto doutrinária, como jurisprudencial, está longe de se encerrar. Busca-se sempre uma possibilidade de ao menos suprir, de forma mais justa possível, a ofensa gerada a alguém, se esquivando da possibilidade de enriquecimento ilícito, ou de uma indenização ínfima. Apesar disso, se fosse tão simples, inegavelmente que não teríamos essas discussões que se prolongam por anos, e que até os tempos atuais, apresenta vários impasses, e ao que tudo indica, perdurará por décadas, sempre inovando na forma de compensar alguém pelo dano moral sofrido, que seja melhor do que o método anterior.

## REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Conceito, função e quantificação do dano moral**. Revista IBERC, v. 1, n. 1, p. 11 - 17, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição Federal (CF/88). Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso em: 24 nov.2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, [1990]. Disponível em: L8078compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. **Superior Tribunal de Justiça**. 2006

BRASIL. **O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral**. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: [O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral \(stj.jus.br\)](https://stj.jus.br). Acesso em: 27 nov. 2023.

DURKHEIM, Émile. **Filosofia Moral**. 1 ed, p. (107 – 109): Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6411-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6411-5/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

FILHO, Sergio C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. Ed, p (128 – 146), Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. v.4**. 18. Ed, p (163 – 175): Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628410. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628410/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

JR., Humberto T. **Dano Moral**. 8 ed, p. (1) Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

## **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DO JUÍZO COMO REQUISITO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

**JOÃO VICTOR SILVA ALENCAR:**  
graduando em Direito pela Faculdade da  
Saúde e Ecologia Humana – FASEH<sup>54</sup>.

**LUIZ EDUARDO ALVES VIANA**<sup>55</sup>

(coautor)

**RESUMO:** Objetiva-se, através do presente artigo científico, tratar acerca da inconstitucionalidade da exigência presente no artigo 16, § 1º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), onde exige-se a garantia do juízo para fins de oposição de embargos à execução fiscal. Observa-se, nesse prumo, que a lei de execução fiscal traz em seu bojo uma série de elementos que devem ser observados pelas partes litigantes, contudo nem todos esses elementos estão em conformidade com a Magna Carta de 1988. Desse modo, uma vez que se exige que a parte executada, para fins de oposição de embargos à execução fiscal, tenha que garantir o juízo, ter-se-á uma violação ao direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. Ressalta-se que tal exigência atua ainda mais na contramão dos preceitos constitucionais quando obstaculiza o direito de defesa de uma pessoa que está litigando sob as benesses da gratuidade de justiça e que comprova que não possui patrimônio para arcar com tais custas. Também se enfatiza que o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1.487.772/SE, ponderou pela dispensa da garantia do juízo pela parte executada que preencha os mencionados requisitos. Portanto, coaduna-se com o posicionamento de que o artigo 16, §1º da Lei de Execução Fiscal viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Com relação à metodologia adotada para a realização do presente artigo, ressalta-se a utilização de instrumentos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que a temática em comento é predominantemente teórica.

**Palavras-chave:** Lei de Execução Fiscal. Princípio do devido processo legal. Princípio do contraditório. Princípio da ampla defesa. Garantia do juízo.

**ABSTRACT:** The objective, through this scientific article, is to address the unconstitutionality of the requirement present in article 16, § 1 of Law No. 6,830/80 (Tax

---

54 E-mail: joaovsalencar@outlook.com

55 graduando em Direito pela Faculdade da Saúde e Ecologia Humana – FASEH.

Execution Law), where the guarantee of the court is required for the purposes of opposing embargoes to tax enforcement. It is observed, in this sense, that the tax enforcement law brings with it a series of elements that must be observed by the disputing parties, however, not all of these elements are in accordance with the Magna Carta of 1988. Therefore, since if it is required that the executed party, for the purposes of opposing embargoes on tax enforcement, has to guarantee the judgment, there will be a violation of the right to due legal process, to contradictory proceedings and to full defense. It should be noted that such a requirement acts even more contrary to constitutional precepts when it obstructs the right of defense of a person who is litigating under the benefits of free justice and who proves that he does not have the assets to cover such costs. It is also emphasized that the Superior Court of Justice, through Special Appeal No. 1,487,772/SE, considered waiving the guarantee of judgment for the executed party that meets the aforementioned requirements. Therefore, it is consistent with the position that article 16, §1 of the Tax Execution Law violates due legal process, contradictory and broad defense. Regarding the methodology adopted to carry out this article, the use of bibliographic, doctrinal and jurisprudential instruments is highlighted, given that the topic under discussion is predominantly theoretical.

**Keywords:** Tax Enforcement Law. Principle of due legal process. Contradictory principle. Principle of broad defense. Guarantee of judgment.

## 1 INTRODUÇÃO

Compreende-se, inicialmente, que o Estado é o principal responsável pela prestação de serviços públicos em prol dos cidadãos e, em contrapartida, estabelece tributos para fins de custeio e pagamento da execução desses serviços. Ressalta-se, nesse prumo, que os tributos são legalmente aceitos e encontram-se previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Embora a necessidade de tributação seja uma prerrogativa e direito do ente público, mister entender que nem todos os cidadãos irão adimplir com tal custeio e com tais tributos, ocasionando, muitas vezes, em uma cobrança forçada pelas vias judiciais. Tal cobrança, de uma forma geral, é realizada por intermédio de uma ação de execução fiscal.

É importante destacar, dentro dessa celeuma, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza a existência de uma legislação específica que trata sobre ações de execução fiscal, sendo aqui representada pela Lei nº 6.830/1980. Enfatiza-se, nesse prumo, que a mencionada lei traz em seu bojo critérios processuais relativos à ação fiscal e mecanismos de defesa para a parte executada, consubstanciando-se nos “embargos à execução fiscal”.

Dentro da temática suscitada, ressalta-se que os embargos à execução fiscal, para fins de trâmite e validade, necessitam do cumprimento de uma garantia de juízo, ou seja, um valor que será pago pela parte executada, para fins de apreciação de sua defesa.

Com base nessas premissas, tem-se que muitos doutrinadores, juristas e estudiosos passaram a questionar a constitucionalidade dessa garantia de juízo, bem como a predominância de princípios, direitos e valores contidos na Magna Carta de 1988. Nesse esteio, tem-se a seguinte problemática: A garantia de juízo prevista no artigo 16, §1º da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) viola o direito ao contraditório, à ampla defesa e o devido processo legal relativo à parte executada?

Dessa forma, tem-se como objetivo geral de pesquisa, demonstrar que a garantia de juízo prevista na Lei de Execução Fiscal, atua na contramão dos direitos, princípios e valores fundamentais contidos na Magna Carta de 1988.

Com relação aos objetivos específicos, busca-se apresentar critérios conceituais acerca da ação de execução fiscal, os princípios atinentes à temática em comento (abrangendo-se e destacando o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Ademais, ainda em relação aos objetivos específicos, trata-se sobre os embargos à execução fiscal e todos os elementos preponderantes.

Com subsídio no capítulo principal, analisa-se os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais modernos relativos à inconstitucionalidade da garantia de juízo, para fins de oposição de embargos à execução fiscal. De forma específica, também se aborda sobre os critérios presentes no novo Código de Processo Civil, relativos aos embargos à execução fiscal.

Compreende-se, nesse esteio, que a presente temática se mostra de grande importância e relevância perante o mundo jurídico, haja vista que a todo momento, os elementos de defesa de uma ação de execução fiscal são questionados nos tribunais brasileiros.

Ademais, entende-se que a presente pesquisa poderá contribuir para o refinamento de conhecimento sobre a matéria abordada e servirá como fonte de pesquisa para os discentes do curso de direito.

Com relação à metodologia adotada para a realização do presente artigo, ressalta-se a utilização de instrumentos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que a temática em comento é predominantemente teórica.

## **2 EXECUÇÃO FISCAL: Análise conceitual e elementos preponderantes**

Compreende-se, inicialmente, que o ente público, para fins de concretização dos objetivos colimados na Magna Carta de 1988, instituiu e estabeleceu os denominados “tributos”, a fim de gerar receitas que possibilitarão a função fiscal. Nesse prumo, tem-se que os mencionados valores são, muitas vezes, revertidos na forma de prestação de serviços públicos, em prol da sociedade, como por exemplo, para cumprir com o pagamento de servidores públicos, para contratação de empresas para a execução de serviços públicos gerais ou essenciais, para a construção de obras públicas, dentre outros. Nesse esteio, consoante Bottesini e Fernandes (2018), os tributos são estipulados e cobrados em consonância com as regras presentes no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, uma vez que se tenha uma inadimplência, surgirá a possibilidade de cobrança em âmbito judicial ou extrajudicial (BOTTESINI; FERNANDES, 2018).

Segundo o entendimento de Amaro (2016), ao se falar em obrigação tributária, tem-se a existência de uma relação jurídica e de um liame que abrange o devedor de uma prestação e o credor:

Ao tratar da obrigação tributária, interessa-nos a acepção da obrigação como relação jurídica, designando o vínculo que adstringe o devedor a uma prestação em proveito do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir essa prestação a que o devedor está associado. A obrigação tributária, de acordo com a natureza da prestação que tenha por objeto, pode assumir as formas que referimos (dar, fazer ou não fazer). Por conseguinte, a obrigação, no direito tributário, não possui conceituação diferente da que lhe é conferida no direito obrigacional comum. Ela se particulariza, no campo dos tributos, pelo seu objeto, que será sempre uma prestação de natureza tributária, portanto um dar, fazer ou não fazer de conteúdo pertinente a tributo. O objeto da obrigação tributária pode ser: dar uma soma pecuniária ao sujeito ativo, fazer algo (por exemplo, emitir nota fiscal, apresentar declaração de rendimentos) ou não fazer algo (por exemplo, não embarçar a fiscalização). É pelo objeto que a obrigação revela sua natureza tributária (AMARO, 2016, p. 289).

Desse modo, tem-se que uma obrigação tributária, tendo como subsídio o ordenamento jurídico pátrio, pode ser tratada, para fins de definição e concretização da



cobrança, por intermédio de legislação específica. Nesse sentido, conforme Bottesini e Fernandes (2018), a lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980 tem como escopo permitir que a Fazenda Pública, Autarquias, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cobrem judicialmente os créditos oriundos de uma dívida ativa, podendo a mencionada dívida ser de origem tributária ou não-tributária (BOTTESINI; FERNANDES, 2018).

Diante desse contexto, salienta-se que a execução fiscal apresenta o seguinte conceito:

É uma espécie de execução por quantia certa, fundado em título extrajudicial, através do qual se busca a prestação da tutela jurisdicional executiva. Isso significa que através dele não se busca o acerto da relação conflituosa, mas sim a satisfação do direito já acertado e não adimplido, representado pelo título executivo que é a Certidão de Dívida Ativa (CDA). Seu papel no âmbito tributário, é o de obter o adimplemento do crédito tributário (da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Municípios e das suas respectivas autarquias ou fundações), devidamente constituído, vencido, exigível, e não pago (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 603).

Com relação à natureza jurídica da execução fiscal, observa-se que se trata de uma execução por quantia certa, que pode ser realizada por intermédio da expropriação de bens da pessoa executada, em consonância com o artigo 824 do novo Código de Processo Civil. Ademais, observa-se, segundo o artigo 2º da Lei 6.830/80, que a dívida ativa pode ser oriunda de valores tributários ou não:

Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

1º – Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

2º – A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (BRASIL, 1980).

Segundo o entendimento de Theodoro Júnior (2022), o conceito de dívida ativa é bem extenso, sendo que nem mesmo a legislação específica contempla todas as possibilidades. Diante disso, ressalta-se que os valores inscritos em dívida ativa devem ser certos, líquidos e exigíveis. Caso não apresentem algum dos elementos precípuos ao crédito tributário, a execução fiscal não será processada. Ressalta-se, ademais, que o processamento do crédito oriundo de Dívida Ativa se concretiza por intermédio de um título executivo extrajudicial, ou seja, a denominada “Certidão de Dívida Ativa”. Uma vez que se tenha a inscrição desse crédito, o ente público beneficiado por aquele valor, através de sua Procuradoria Jurídica, poderá propor uma ação de execução fiscal para obtenção daquele crédito (THEODORO JÚNIOR, 2022).

Ressalta-se, segundo Di Pietro (2019) que uma vez que se tenha o ajuizamento de uma ação de execução fiscal, mister que haja a notificação do devedor, para que faça o pagamento ou apresente defesa, dentro dos parâmetros e prazos legais. Além disso, tem-se que a possibilidade de defesa por parte do devedor é proveniente do direito de petição e das garantias relativas ao contraditório e a ampla defesa, ou seja, pressupostos processuais que devem ser observados e respeitados pelas partes litigantes.

## **2.1 Princípios constitucionais aplicáveis**

Observa-se, nesse esteio, que os princípios não são considerados meros critérios de interpretação, mas sim elementos de grande importância dentro da esfera jurídica hodierna. Nesse prumo, segundo Alexy (2008), eles se constituem como “mandados de otimização”, sendo efetivados em diferentes graus, modos, possibilidades jurídicas e fáticas. Enfatiza-se, sobretudo, que os princípios atuam em casos de divergências presentes em conjunto normativo:

Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Nesse esteio, ressalta Silva (2012) que os princípios são os alicerces mais precípuos do Direito, sendo preceitos necessários aos operadores do direito. Ademais, são considerados o ponto de partida, o elemento mais vital do mundo jurídico, servindo e atuando em qualquer circunstância legal:

No sentido, notadamente no plural, significa que as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base,

como alicerce de alguma coisa. **E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito** (SILVA, 2012, p. 49, grifo nosso).

Dentre todo o conjunto principiológico presente no ordenamento jurídico pátrio, destacam-se aqueles que são pertinentes à temática apresentada. Dessa forma, trata-se em breves ponderações acerca do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos previstos nas linhas e entrelinhas da Magna Carta de 1988 (BRASIL, 1988).

Com relação ao princípio do devido processo legal, pode-se compreender que ele é previsto no artigo 5º, inciso LIV da Magna Carta de 1988, onde abstrai-se que o indivíduo só terá a liberdade cerceada e os bens restringidos por intermédio de um processo legal, dentro dos trâmites e procedimentos contidos no âmbito judiciário. Do mesmo modo, observa-se o conteúdo previsto no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim prevê:

“Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (DUDH, 1948). Dessa forma, ressalta-se que as mencionadas medidas são precípuas para fins de tutela dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, além de contribuírem para uma tramitação processual justa e equânime (SILVA, 2012).

É importante destacar, no contexto apresentado, que o princípio do devido processo legal, em sua essência, determina que ninguém será privado da liberdade ou sofrer restrições ao patrimônio material antes que se tenha o devido processo legal. Contudo, consoante Moraes (2018), o mencionado princípio não é observado na fase expropriatória de bens da Execução Fiscal, haja vista que no caso de o contribuinte se manter inerte, este terá o patrimônio penhorado, alienado e expropriado, sem a garantia a um processo legal coerente, dentro das regras previstas no ordenamento jurídico pátrio. Nesse esteio, Moraes (2018) complementa que o princípio em comento “tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional” (MORAES, 2018, p. 319).

Diante do apresentado, pode-se ressaltar que as decisões provenientes do Poder Público devem ser condizentes com os tramites legais, de modo que se evite prejuízos aos litigantes e se alcance a efetividade processual esperada (MORAES, 2018).

Segundo o entendimento de Nogueira (2019), o devido processo legal possui três sustentáculos, quais sejam, a organização judiciária, o processo e o magistrado que irá julgar a demanda. Desse modo, enfatiza-se que a eficiência desses três sustentáculos é que concretiza o princípio em comento. Ademais, consoante Nogueira (2019): “a organização judiciária é o mundo onde vivem os processos. De sua qualidade e bom funcionamento dependerá a prestação jurisdicional a ser realizada pelo juiz com a colaboração essencial do Ministério Público e dos advogados” (NOGUEIRA, 2019, p. 104).

No que se refere aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pode-se ressaltar que ambos estão presentes na Magna Carta de 1988, por intermédio do artigo 5º, inciso LV. Nesse esteio, ressalta-se que o contraditório e a ampla defesa possibilitam que o acusado tenha o direito de defesa e condições para apresentar essa defesa em âmbito processual.

De modo complementar, observa-se as ponderações de Moraes (2018) acerca dos princípios mencionados alhures:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo o ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela dada pelo autor (MORAES, 2018, p. 318).

Portanto, “para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove” (DINAMARCO, 2014, p. 2027). Ademais, na seara da execução fiscal, compreende-se que o ato de interposição de embargos concretiza a essência dos princípios em comento, concedendo ao Embargante a possibilidade de defesa processual e garantia dos direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico pátrio.

Consoante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de análise de um recurso especial, é possível observar que o princípio do contraditório e da ampla defesa são instrumentos atinentes às partes e não ao julgador:

**[...] A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tem como destinatário os litigantes em processo judicial ou administrativo e não o magistrado que no exercício de sua função jurisdicional, à vista das alegações das partes e das provas colhidas e impugnadas, decide fundamentadamente a lide [...]** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 222.206/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Diário Judiciário: 30 mar. 1998, grifo nosso).

Dessa forma, compreende-se que os mencionados princípios atuam de modo que as partes possam litigar e tenham um momento para se defenderem, apresentarem todo o acervo probatório que julgarem cabível e adequado. Ademais, consoante Moraes (2018), somente as partes do processo poderão suscitar e requerer o uso de tais garantias constitucionais, trazendo aos autos os fundamentos necessários ao convencimento do julgador.

### **3 EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL E A GARANTIA DO JUÍZO: Principais ponderações**

No contexto em realce, compreende-se que os denominados “embargos à execução fiscal” se trata da peça de defesa do executado dentro de um processo de execução fiscal. Ademais, consoante Bottesini e Fernandes (2018), o mencionado procedimento é cabível, principalmente quando a análise do mérito da causa não necessitar de instrução probatória.

Em caráter complementar ao exposto, preleciona Castelli (2017):

Cuidam-se os embargos à execução fiscal de um instrumento legal que tem o executado para exercer seu direito de acesso à justiça (exteriorização do princípio da inafastabilidade da jurisdição), a fim de opor-se à execução fiscal promovida pelo Fisco, ocasião em que poderá praticar os atos necessários à sua defesa, incluindo a produção de provas, de igual modo refutar todas as alegações feitas pelo exequente (exteriorização do princípio da ampla defesa e do contraditório) (CASTELLI, 2017, online).

Do mesmo modo, conforme o entendimento de Machado Segundo (2019), os embargos à execução fiscal são opostos pelo executado, em detrimento do exequente. Ademais, haverá a abertura de um novo processo de conhecimento, para fins de análise de todo o conteúdo apresentado pela parte executada.

Ressalta-se, nesse sentido, que os embargos à execução possuem uma qualidade de defesa, tendo em vista que o executado irá apresentar todos os argumentos contrários à pretensão fiscal do ente público, destacando critérios fáticos e jurídicos, que possam influenciar na decisão final do julgador. Dessa forma, o objetivo precípuo da parte executada centra-se em impedir que a pretensão do Fisco seja alcançada e, conseqüentemente, atinjam o patrimônio e os bens daquela pessoa. Analisa-se, nesse esteio, todas as questões atinentes à CDA, para que se tenha, ao final, a extinção da ação principal:

Por se tratar a CDA de título executivo constituído unilateralmente pelo credor (ainda que este goze de presunção de legitimidade em seus atos), permite-se que se discuta amplamente o mérito da cobrança. Assim, tendo por base vício da dívida, irregularidade na execução ou ainda ineficácia da CDA, pode o embargante, fundado em ampla possibilidade de discussão jurídica, pedir que cesse a execução (MARINS, 2015, p. 724).

Embora a legislação pátria autorize a oposição de embargos à execução fiscal, ressalta-se que, consoante o artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, deverá o embargante oferecer uma “garantia ao juízo”, ou seja, um procedimento de penhora ou arresto de bens que possam satisfazer o valor daquela dívida, caso o executado seja vencido após esse procedimento de defesa:

O executado oferecerá embargos no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I – do depósito;

II – da juntada da prova da fiança bancária;

III – da intimação da penhora;

§ 1º: Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução

§ 2º: No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol

de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite

§ 3º: Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos (BRASIL, 1980).

É importante destacar que o mencionado artigo traz em seu bojo que, após a realização de uma garantia pelo executado, inicia-se o prazo para protocolização dos embargos e apresentação de toda a matéria de defesa necessária. Em caráter complementar, tem-se as ponderações de Sabbag (2020):

Ajuizada a execução fiscal e recebida a execução fiscal e recebida a petição inicial, o processo se desenvolve através de atos praticados por determinação do juiz (citação, penhora e avaliação de bens). Logo após, opostos os embargos (prazo de 30 dias), inaugura-se a fase de cognição. A Fazenda Pública será então intimada para ofertar impugnação aos embargos (fase das provas), igualmente no prazo de 30 dias, e, ao final, será prolatada a sentença. Se esta for favorável ao contribuinte, sua eficácia constitutivo negativa permitirá que se anule o crédito tributário; se favorável a Fazenda Pública, o litígio será encerrado, retomando-se a exequibilidade na ação executiva originária, a qual voltará ao normal prosseguimento. Frisa-se que, no caso de não oferecimento dos embargos – ou até se eles forem rejeitados – terá início a fase expropriatória, com o leilão dos bens penhorados ou a sua adjudicação à Fazenda Pública, exceto daqueles que a lei declara absolutamente impenhoráveis (SABBAG, 2020, p. 1075).

Consoante o entendimento de Paulsen (2019), os embargos à execução fiscal deverão ser opostos pela parte executada ou por um terceiro prejudicado. Além disso, tem-se que essa apresentação de defesa necessita da garantia do juízo, com o prazo processual a contar da data de intimação da penhora e não a partir da juntada do mandado de citação (conforme previsto no artigo 16, III, §1º da LEF). Dessa forma, “deve ser precedida da segurança do juízo, a qual se processo pela penhora, na execução por quantia certa e pelo depósito, na execução para entrega da coisa” (ZAPATERO, 2008, p. 339).

Do mesmo modo, segundo Paulsen (2019), caso o contribuinte seja citado e não cumpra com os elementos contidos no mandado de citação, mantendo-se inerte, haverá o início da fase expropriatória de bens, para fins de satisfação da dívida pública. Em caráter complementar, disserta Zapatero que “a via de resistência a este procedimento de execução forçada encontra-se representada pelos embargos à execução, em que o devedor obsta a marcha executiva, alegando o descumprimento de regras processuais” (ZAPATERO, 2008, p. 339).

Tratam-se os embargos à execução fiscal, portanto, de um mecanismo para obstar o processo executivo, momento este onde o executado fará valer o direito de ação, o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, em consonância com as regras processuais em vigência (PAULSEN, 2019).

É importante destacar, ademais, que em sede de embargos à execução, poderão ser alegadas as matérias mais abrangentes e o conteúdo mais amplo, ou seja, tudo aquilo que for precípua à defesa do executado:

Nos embargos o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou a critério do juiz, até o dobro desse limite. Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência, e impedimento, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos (art. 16, da LEF). O executado poderá pagar parcelar a dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor (parágrafo 6º, do art. 9º, da LEF). Através dos embargos, é facultado ao executado, além de discutir a nulidade do processo e os vícios do título executivo, alegar qualquer direito que neutralizam o título ou diminuam sua eficácia (JANCZESKI, 2006, p. 226).

Portanto, segundo o entendimento de Janczeski (2006), os embargos à execução fiscal atuam como um importante instrumento de defesa em prol da parte executada, sendo possível a discussão de nulidades processuais, vícios do título executivo e questões que possam reduzir a eficácia desse título.

#### **4 ANÁLISE ACERCA DA IN(CONSTITUCIONALIDADE) DA GARANTIA DO JUÍZO PARA FINS DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

Conforme visto alhures, os embargos à execução fiscal representam um precípua momento de defesa da parte executada, em consonância com a concretização do princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e de todos os demais direitos



contidos na Magna Carta de 1988. Trata-se, sobretudo, de uma oportunidade para que o executado demonstre provas que cessem a execução (PAULSEN, 2019).

É importante salientar que, antes da possibilidade de oposição dos embargos à execução fiscal, prevê a LEF, por intermédio do artigo 16, §1º, que o executado deve conceder uma garantia do juízo, ou seja, uma espécie de precaução para aquele valor discutido em âmbito judiciário. Acerca dessa condicionante, preconiza Conrado César (2016):

Dado que o feito a que os embargos se vinculam – o executivo fiscal – qualifica-se pelo especial pressuposto do título (representado, repitamos, pela Certidão de Dívida Ativa), compreensível que o sistema, em certo momento, tenha atrelado o exercício do direito de ação de embargos a uma espécie de “contrapartida” – a chamada garantia da execução (art. 16, parágrafo 1, da Lei n. 6.830/80). Usando outras palavras: a lei, em sua lógica, atribui efetividade à presunção que recobre o título executivo, à medida que condiciona o exercício do direito de ação de embargos ao cumprimento de uma condição extravagante – não experimentada pela generalidade das categorias processuais (CONRADO CÉSAR, 2016, p. 196).

Nesse contexto, observa-se que, segundo a LEF, a garantia do juízo se constitui como elemento necessário para fins de oposição dos embargos à execução fiscal. Ressalta-se, nesse prumo, que há essa garantia, sobretudo, para que haja uma possibilidade de recebimento do crédito fazendário, que deve ser dotado de exigibilidade, liquidez e certeza (SABBAG, 2020).

Embora a LEF estabeleça essa condicionante para fins de oposição dos embargos à execução fiscal, a doutrina e jurisprudência pátria vem questionando a constitucionalidade dela. Diante disso, tem-se que os questionamentos se centram, principalmente, nos casos em que o devedor não possui condições financeiras para garantir a execução (MARINS, 2015).

Segundo ponderações de Marins, outra questão de grande importância nessa celeuma trata-se do fato de que a garantia do juízo, para fins de oposição dos embargos à execução fiscal, atua como um óbice à concretização e aplicação de princípios fundamentais, princípios esses contidos na Magna Carta de 1988 (princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa). Dessa forma, o entendimento

doutrinário volta-se para o fato de que não validade em um instituto legal que desrespeita princípios, direitos e valores contidos no diploma constitucional moderno:

Não há se admitir qualquer validade a institutos que não respeitam os ditames de ordem superior contidos na Carta Magna. Assim, o intérprete ao se valer do executivo fiscal conforme contido na Lei nº 6.830/80 há de estar atento às considerações de ordem constitucional que necessariamente devem ser empreendidas, desconsiderando os tergiversamentos da Lei de Execução Fiscal. [...] Maltrata a Lei nº 6.830/80 a vontade política que ordena a sociedade brasileira, expressada de forma clara na nossa Constituição que não recepiona diplomas contrários a seus primados de garantia dos cidadãos. Valores da ordem da isonomia, do devido processo legal, da ampla defesa, verdadeiros corolários do Estado Democrático de Direito, que o Brasil pretende ser, não podem ser relegados a um segundo plano. Não se alegue em defesa dos dispositivos aqui criticados que se trata de prestigiar o interesse público; interesse público é aquele que está conforme a Constituição, pois do contrário não passa de mero arbítrio (MARINS, 2015, p. 882).

É importante destacar, segundo o entendimento de Paulsen (2019) que na seara dos embargos à execução fiscal, a parte executada pode se valer de diversos argumentos de defesa, tendo a possibilidade, inclusive, para contestar os lançamentos dos débitos tributários, questões processuais, e a inscrição e o conteúdo preceituado na Certidão de Dívida Ativa. Ademais, pode-se questionar a questão do mérito do tributo executado e o próprio procedimento e trâmite da execução fiscal. Desse modo, há uma inconstitucionalidade em tal celeuma, sobretudo porque tais questões não podem ser tratadas em âmbito de exceção de pré-executividade. Ressalta-se, nesse prumo, que na exceção de pré-executividade pode-se tratar sobre matérias de ordem pública, declaradas de ofício e situações que não necessitem da produção de um novo acervo probatório (PAULSEN, 2019).

Conforme o entendimento de Sabbag (2020), a ação de execução fiscal deve ser construída tendo como subsídio os princípios contidos na Magna Carta de 1988. Desse modo, não há de se falar em um processo que não esteja adequado aos direitos, valores e princípios, que viole a igualdade entre as partes litigantes, que inviabilize o contraditório e a ampla defesa. Apesar de a Fazenda Pública possuir algumas prerrogativas (como por exemplo, o prazo em dobro para contestar), tais benesses devem ser aplicadas em consonância com as normas legais (SABBAG, 2020).

Além disso, o Direito deve ser vislumbrado como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, um meio de se alcançar a justiça social, o bem-estar coletivo e a ordem pública:

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (obrigações de não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico artístico nacional (DI PIETRO, 2019, p. 72).

Do mesmo modo que a doutrina moderna se posiciona acerca da inconstitucionalidade da garantia de juízo para fins de oposição de embargos à execução fiscal, também pode-se vislumbrar alguns posicionamentos jurisprudenciais. Nesse esteio, tem-se o conteúdo presente na súmula vinculante nº 21 e na súmula vinculante nº 28:

**Súmula Vinculante 21:** É inconstitucional a exigência do depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para a admissibilidade de recurso administrativo.

**Súmula Vinculante 28:** É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário.

No sentido demonstrado, Farenzena (2023) preleciona que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do conteúdo previsto nas súmulas vinculantes nº 21 e 28, pondera em prol do direito de acesso à justiça pelos jurisdicionados hipossuficientes. Ademais, deixa a entender, nas entrelinhas das súmulas, pela não recepção do artigo 16, § 1º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal).

Ademais, ressalta-se que o ministro Joaquim Barbosa apresenta argumentos acerca da súmula vinculante nº 28, destacando que ela se aplica a todas as medidas judiciais relativas aos procedimentos de constituição e positivação do crédito tributário antecedente. Dessa forma, pode-se entender que o conteúdo da súmula supramencionada está em consonância com os direitos, princípios e valores contidos na Magna Carta de 1988, em prol das partes litigantes:

A ação judicial a que se refere o enunciado 28 corresponde às medidas judiciais que têm por objeto qualquer etapa do fluxo de constituição e de positivação do crédito tributário antecedente ao ajuizamento da ação de execução fiscal, momento em que ocorre a judicialização do inadimplemento do sujeito passivo. Essa restrição decorre da motivação da SV 28, que é a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 8.870/1994 (ADI 1.075, rel. min. Eros Grau, DJ de 25.05.2007), muito semelhante ao art. 38 da Lei 6.830/1980, não recepcionado pela Constituição de 1988. De modo diverso, a garantia do Juízo como requisito para recebimento dos embargos do devedor e, conseqüentemente, a inibição ou a suspensão da ação de execução fiscal não foi declarada inconstitucional naquela oportunidade. A aplicação linear da SV 28 às execuções fiscais implicaria a declaração de não recepção do art. 16, § 1º da Lei 6.830/1980, sem a observância do devido processo legal (cf., e.g., a Rcl 6.735-AgR, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 10.09.2010). Ademais, o provimento pleiteado pelo reclamante equivaleria à imotivada suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em desrespeito às hipóteses previstas no art. 151 do CTN e com possível supressão de instância para exame do quadro fático-jurídico (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl: 14239 RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 05 set. 2012).

Nesse mesmo contexto de análise, ressalta que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos casos em que existir comprovação acerca da inexistência de patrimônio do executado, sendo esse beneficiado pela gratuidade de justiça, haverá a possibilidade de

afastamento da garantia do juízo, em casos de oposição de embargos à execução fiscal. Desse modo, observa-se o conteúdo presente na decisão alhures mencionada, em sede de análise de um Recurso Especial:

**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUTADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA. EXAME. GARANTIA DO JUÍZO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE.**

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado administrativo n. 2 – STJ).

2. Os embargos são o meio de defesa do executado contra a cobrança da dívida tributária ou não tributária da Fazenda Pública, mas que “não serão admissíveis... antes de garantida a execução” (art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80).

3. No julgamento do recurso especial n. 1.272.827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção sedimentou orientação segundo a qual, “em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736 do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos – não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.”

**4. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda a todos os cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, CF/88), tendo esta Corte Superior, com base em tais princípios constitucionais, mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito executado para o recebimento dos embargos à execução fiscal, restando o tema, mutatis mutandis, também definido na Primeira Seção, no**

juízo do REsp 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos.

**5. Nessa linha de interpretação, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocadamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo.**

6. Nada impede que, no curso do processo de embargos à execução, a Fazenda Nacional diligencie à procura de bens de propriedade do embargante aptos à penhora, garantindo-se posteriormente a execução

**7. Na hipótese dos autos, o executado é beneficiário da assistência judiciária gratuita e os embargos por ele opostos não foram recebidos, culminando com a extinção do processo sem julgamento de mérito, ao fundamento de inexistência de segurança do juízo.**

8. Num raciocínio sistemático da legislação federal aplicada, pelo simples fato do executado ser amparado pela gratuidade judicial, não há previsão expressa autorizando a oposição dos embargos sem a garantia do juízo.

9. In casu, a controvérsia deve ser resolvida não sob esse ângulo (do executado ser beneficiário, ou não, da justiça gratuita), mas sim, pelo lado da sua hipossuficiência, pois, adotando-se tese contrária, "tal implicaria em garantir o direito de defesa ao 'rico', que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o juízo, e negar o direito de defesa ao 'pobre'" [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1487772 SE 2014/0269721-5. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 12 jun. 2019, grifo nosso).

Nesse prumo, salienta-se que o entendimento supramencionado vem servindo de parâmetro para as demais instâncias, haja vista que deixa nítida a importância de viabilizar o acesso à justiça, o direito ao devido processo legal, contraditório e a ampla defesa da parte executada.

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento proveniente do Tribunal de Justiça do Paraná, em sede de análise de um mandado de segurança impetrado pela parte executada. Salienta-se que a decisão proferida pelo STJ foi citada pelo TJPR, haja vista que

a parte executada comprovou que não detinha patrimônio para fins de garantia do crédito exequendo:

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUTADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO PARA GARANTIA DO JUÍZO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE, A FIM DE GARANTIR O EFETIVO ACESSO À JURISDIÇÃO.**

a) Os embargos são o meio de defesa do executado contra a cobrança da dívida tributária ou não tributária da Fazenda Pública, mas que "não serão admissíveis antes de garantida a execução" (art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80).

b) A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda a todos os cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, CF/88), tendo o STJ, por isso, mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito Mandado de Segurança nº 0046140-13.2019.8.16.0000 executado para o recebimento dos embargos à execução fiscal (REsp 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos)

c) Assim, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocadamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo, tal como na hipótese dos autos.

d) O fato do executado ser beneficiário da gratuidade da Justiça não autoriza, só por isso, a interposição de embargos à execução sem a garantia do Juízo.

**e) Segundo o STJ: "a controvérsia deve ser resolvida não sob esse ângulo (do executado ser beneficiário, ou não, da justiça gratuita), mas sim, pelo lado da sua hipossuficiência, pois, adotando-se tese contrária, "tal implicaria em garantir o direito de defesa ao "rico", que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao "pobre" (REsp nº 1.487.772/SE, DJe 12/06/19).**

**f) Evidenciado, no caso, a inexistência de patrimônio, o Impetrante faz jus à dispensa da garantia Mandado de Segurança nº 0046140-13.2019.8.16.0000 do Juízo para o recebimento dos embargos à execução, impondo-se o restabelecimento da decisão “a quo” que assim havia decidido. SEGURANÇA CONCEDIDA** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. MS: 00461401320198160000 PR 0046140-13.2019.8.16.0000. Relator: Desembargador Leonel Cunha. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 20 fev. 2020, grifo nosso).

Desse modo, conforme analisado, ressalta-se que em decorrência do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise do Recurso Especial n.º 1.487.772/SE, os tribunais de instâncias inferiores passaram a adotar um entendimento semelhante, haja vista que pretendiam igualar os entendimentos jurisprudenciais relativos a essa temática. Diante disso, muitos tribunais mantêm a possibilidade de dispensa da garantia do juízo, para fins de oposição de embargos à execução fiscal. Tal entendimento centra-se, sobretudo, nos casos em que os jurisdicionados são beneficiários da gratuidade de justiça e conseguem comprovar a ausência de patrimônio suficiente para arcar com a dívida fiscal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1487772 SE 2014/0269721-5. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 12 jun. 2019).

Nesse mesmo contexto, observa-se as ponderações realizadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de análise de um recurso de apelação:

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. ART. 16, § 1º, DA LEI Nº 6.830/80. HIPOSSUFICIENTE. PROVA DA INEXISTÊNCIA DE BENS. RECEBIMENTO. EXCEPCIONALIDADE.

**Não obstante a inaplicabilidade do art. 914 do CPC/2015 à hipótese de execução fiscal, dada a aplicação apenas subsidiária das normas processuais gerais sobre as demandas executórias, excepcionalmente – e mediante prova cabal da inexistência de bens – é admitido o recebimento dos embargos, mesmo sem o oferecimento de garantia, para que não se obstaculize o acesso ao Judiciário, a teor do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.** (BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC: 50165143820174047100 RS 5016514 – 38.2017.4.04.7100. Relator: Maria de Fátima Freitas Labarrère. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 12 mar. 2020, grifo nosso).



Nesse esteio, consoante Carrazza (2013), trata-se de casos em que a lei específica (Lei nº 6.830/80) mostra-se inconstitucional, violando preceitos, direitos, princípios e valores fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito.

Ademais, pode-se compreender que as instâncias primárias vêm, em sua maioria, acompanhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, que, diante da oposição de embargos à execução fiscal, mister que se olhe a situação patrimonial da parte executada e leve-se em consideração o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

#### **4.1 A reforma prevista no novo Código de Processo Civil**

É sabido que, consoante Ferreira (2011), a Magna Carta de 1988 possui supremacia em relação à legislação ordinária e infraconstitucional. Nesse sentido, ressalta-se que o diploma constitucional “é a pedra angular em que se assenta o edifício do moderno direito político” (FERREIRA, 2011, p. 467).

Ao levar em consideração que o novo Código de Processo Civil traz em seu bojo uma abordagem acerca do processo de execução e sobre a oposição de embargos à execução, mister que se trate sobre essa celeuma. Nesse esteio, em uma análise conjunta ao conteúdo preceituado pela Lei de Execução Fiscal, tem-se que em decorrência de tratar-se de lei especial, observa-se que o novo CPC pode ser aplicado de forma subsidiária, de modo que se garanta o preenchimento de lacunas que venham a surgir (NUNES, 2016).

Segundo o entendimento de Nunes (2016), diferentemente do CPC, a LEF, em todos esses anos de existência, sofreu raríssimas modificações e, especificamente em relação à necessidade de garantia do juízo, para fins de oposição de embargos à execução fiscal, em nada foi alterada. Ademais, devido ao silêncio do legislador ordinário, muitos já recorriam ao conteúdo previsto no CPC de 1973, em relação à matéria de oposição de embargos, mesmo que de modo subsidiário e complementar (SABBAG, 2020).

Atualmente, observa-se que se encontra em vigência o conteúdo previsto no artigo 914 do novo CPC, onde ressalta-se a possibilidade de oposição de embargos à execução, independentemente de garantia do juízo, em prol da efetividade dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa: “Artigo 914- O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução, por meio de embargos” (BRASIL, 2015).

Contudo, embora se trate de um importante dispositivo processual, salienta-se que o conteúdo previsto no artigo 914 do novo CPC é aplicado nos casos em que há uma

execução de título extrajudicial em detrimento da Fazenda Pública. Já para os casos em que a parte executada seja um particular, tal possibilidade já se mostra inviável:

Isso significa que, na hipótese de execução por título extrajudicial, contra a Fazenda Pública (súmula 279 do STJ), poderá esta opor embargos independente de garantia do juízo. Porém, se o particular for o executado por aquela, somente poderá opor se garantir o juízo afigurando-se inconstitucional tal exigência, conquanto devam ser aplicados os mesmos direitos às partes, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) (FARENZENA, 2023, online).

Observa-se, nesse prumo, que embora o novo CPC apresente a possibilidade de opor embargos à execução sem a necessidade de apresentar uma garantia do juízo, tal prerrogativa é inerente apenas ao ente público. Tal questão mostra-se nitidamente inconstitucional, violando direitos, princípios e valores contidos na Magna Carta de 1988: “Não é razoável que somente nas demandas propostas pela Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80) exista a possibilidade de apresentação de embargos pelo devedor sem garantia do juízo, uma vez que tal privilégio-prerrogativa da Fazenda viola a igualdade” (FARENZENA, 2023, online).

Em caráter complementar ao exposto, enfatizam Tófoli e Pria (2023) acerca desses critérios de inconstitucionalidade previstos na legislação específica:

É essencial ter em mente que, ao autorizar ao devedor tributário a possibilidade de instrumentalizar sua defesa à pretensão executiva por meio da oposição de Embargos à Execução Fiscal, mediante garantia parcial, a manifestação jurisprudencial tutela direito constitucional de elevado conteúdo axiológico diretamente relacionado às noções de ampla defesa e contraditório, entendimento esse que merece ser replicado nas instâncias ordinárias a fim de manter a esperada unicidade interpretativa e isonomia de tratamento, valores esses tidos como verdadeira base de sustentação do microssistema de normas processuais, especialmente, pelo modelo constitucional de processo (TÓFOLI; PRIA, 2023, online).

Portanto, conforme o entendimento de Tófoli e Pria (2023), embora o CPC apresente a dispensabilidade da garantia do juízo, em sede de oposição de embargos à execução fiscal, tal benesse é destinada apenas ao ente público. De todo modo, observa-se que os jurisdicionados, os particulares, são ignorados em seus direitos mais precípuos, ou seja,

aqueles previstos na Magna Carta de 1988, relativos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

## 5 CONCLUSÃO

Tendo como subsídio todos os elementos conceituais e jurídicos abordados, compreende-se que a Lei nº 6.830/80 constitui-se como um importante mecanismo legal em prol da regulação e compreensão do trâmite de uma ação de execução fiscal. Nesse esteio, ressalta-se que a mencionada lei específica sofreu pouquíssimas alterações ao longo dos anos, sendo anterior até mesmo à Magna Carta de 1988.

É sabido que, com o advento da modernidade, surgem novos diplomas legais, que abrangem direitos, princípios, garantias e valores fundamentais. Tais direitos e princípios são garantidos, sobretudo pela Magna Carta de 1988.

Conforme visto, muitas vezes o Estado, para fins de custeio de serviços públicos, institui tributos, taxas e outros impostos e esses, por sua vez, são repassados aos cidadãos. Contudo, observa-se que em muitos casos, os cidadãos não conseguem arcar com tal custeio, vindo a responder judicialmente, por intermédio de uma ação de execução fiscal.

Assim como o Estado possui a prerrogativa para executar judicialmente os cidadãos, estes, por sua vez, possuem o direito de se defenderem, por intermédio da oposição de embargos à execução fiscal.

Apesar de terem o mencionado direito, observa-se que a Lei de Execução Fiscal estipula que, para fins de oposição dos embargos à execução fiscal, é necessário que o executado preste uma garantia do juízo, consoante disposto no artigo 16, § 1º da Lei de Execução Fiscal.

Embora tal obrigatoriedade esteja contida em lei específica, muitos doutrinadores, juristas e estudiosos passaram a questioná-la, sobretudo por uma nítida violação ao devido processo legal, contraditório e à ampla defesa. Em outras palavras, há um prejuízo ao direito de defesa do executado que, muitas vezes, não consegue arcar com essa garantia e, concomitantemente, não poderá apresentar as provas e argumentos para que a execução se encerre.

Conforme visto, apesar de existirem argumentos em prol da necessidade de apresentação da garantia do juízo pela parte executada, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Recurso Especial nº 1.487.772/SE, ponderou pela dispensa da garantia do juízo pela parte executada que preencha os requisitos necessários (incapacidade de custeio

da garantia de juízo e por ser beneficiária da gratuidade de justiça). Dessa forma, coaduna-se com o posicionamento de que o artigo 16, §1º da Lei de Execução Fiscal nitidamente atua na contramão dos princípios, direitos e valores fundamentais contidos na Magna Carta de 1988, sobretudo em relação ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do executado.

Faz-se necessário, portanto, que o magistrado analise cada caso de forma individual e pormenorizada. Caso a parte executada comprove que não possui patrimônio e que possui gratuidade de justiça, será necessária a dispensa da garantia de juízo prevista na Lei de Execução Fiscal, em consonância com regras constitucionais e com premissas existentes no ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberty. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. **Execução Fiscal**. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 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: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) > Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de setembro de 1980. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm) > Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl: 14239 RS**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 05 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1487772 SE 2014/0269721-5**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 12 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **MS: 00461401320198160000 PR 0046140-13.2019.8.16.0000**. Relator: Desembargador Leonel Cunha. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **AC: 50165143820174047100 RS 5016514 – 38.2017.4.04.7100**. Relator: Maria de Fátima Freitas Labarrére. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 12 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 222.206/SP**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Diário Judiciário: 30 mar. 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CASTELLI, Henrique. **A necessidade de garantia do juízo para a oposição dos embargos à execução fiscal**. 2017. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-necessidade-de-garantia-do-juizo-para-a-oposicao-dos-embargos-a-execucao-fiscal/452943563> > Acesso em: 15 out. 2023.

CONRADO CÉSAR, Paulo. **Processo Tributário Analítico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm) > Acesso em: 11 out. 2023.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

FARENZENA, Cláudio. **Garantia do juízo para opor embargos à execução é inconstitucional**. 2023. Disponível em: < <https://advambiental.com.br/artigo/garantia-do-juizo-para-opor-embargos-a-execucao-e-inconstitucional/> > Acesso em: 13 out. 2023.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: RT, 2011.

JANCZESKI, Célio Armando. **Processo Tributário Administrativo e Judicial na teoria e na prática**. 2. ed. Florianópolis, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e**

**Judicial)**: Atualizado com o CPC/15, comparativamente com o CPC/73. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAIS, Roberto Rodrigues de. **Execução Fiscal e a defesa dos executados**.

Disponível em:

[http://www.valorjuridico.com.br/tematica/execucao\\_fiscal\\_defesa\\_executados.htm](http://www.valorjuridico.com.br/tematica/execucao_fiscal_defesa_executados.htm) Acesso em 14 out. 2023.

NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 10.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

NUNES, Allan Titonelli. **A repercussão do Novo CPC na Lei de Execução Fiscal**. Campo Grande: Contemplar, 2016.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula vinculante nº 21**. 2007. Disponível em: <  
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1255> >  
Acesso em: 12 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula vinculante nº 28**. 2018. Disponível em:  
<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1278> >  
Acesso em: 12 out. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TÓFOLI, Marina Júlia; PRIA, Rodrigo Dalla. **Ilegalidade da exigência de garantia integral em embargos à execução fiscal**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-05/processo-tributario-exigencia-garantia-integral-embargos-execucao-fiscal> >  
Acesso em: 12 out. 2023.

ZAPATERO, José Alexandre. **Teoria e Prática de Direito Tributário e Execução Fiscal**. 3 ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

## A EXCEPCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO FEDERAL

**RENATA CORRÊA DA SILVA:** pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, e pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Advogada, OAB/SP nº 309.249. Pouso Alegre/MG

**Resumo:** O trabalho estuda o instituto da intervenção federal. Aborda o seu conceito, os princípios basilares que regem o instituto, seus requisitos e as hipóteses de cabimento. Por meio do contexto histórico e da análise das intervenções federais decretadas nos Estados do Rio de Janeiro, de Roraima e o Distrito Federal, com reforço nas decisões jurisprudenciais, pretende-se reforçar a excepcionalidade da intervenção.

**Palavras-chave:** estado de síncope, intervenção federal, excepcionalidade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Princípios que permeiam o instituto da intervenção federal; 4. Sistema constitucional de crises; 5. Intervenção federal: hipóteses autorizadoras; 6. As intervenções federais no Brasil: o caso do Rio de Janeiro, de Roraima e do Distrito Federal. 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

Como primado do princípio da concordância prática, também conhecido como princípio da justiça, o constituinte brasileiro garantiu a devida separação entre os poderes (art. 2º, da Constituição Federal), cláusula pétrea, com previsão no artigo 60, § 4º, inciso III, da CR/88, no entanto, em respeito aos valores fundantes que enuncia, excepcionou em seu próprio texto mecanismos de intervenções excepcionais.

Dentro deste contexto, estuda-se o instituto da intervenção federal regulamentada no artigo 34 e seguintes da Constituição Federal de 1988 (CR/88).

Aborda-se o conceito da intervenção federal, destrinchando os seus requisitos e hipóteses de cabimento, analisando-os, com apontamentos da doutrina e decisões proferidas pelas Cortes Superiores.

A relevância do instituto da intervenção federal foi ampliada pelas recentes intervenções decretadas nos Estados do Rio de Janeiro e Roraima, e no Distrito Federal.



O presente artigo visa apontar as excepcionalidades que permeiam o instituto da intervenção federal e trazer a aplicabilidade do instituto.

## **2. Conceito.**

O instituto político e jurídico-constitucional da intervenção federal pode ser compreendido como uma garantia da integridade e do equilíbrio da Federação.

Conforme preconiza o art. 18, “caput”, da CR/88, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil é composta pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, todos são autônomos. A autonomia é manifestada pelas capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e auto legislação.

Diante de situações de anormalidade, permite-se, de forma excepcional, a intervenção de um ente federado superior em outro ente federado, afastando-se, portanto, a máxima de que nenhum ente federado deverá intervir em qualquer outro.

Para Flávio Martins *“a intervenção é a retirada da autonomia do ente federativo”*<sup>56</sup>. Importante registrar que esta supressão é temporária, excepcional, visando atender a situações de anormalidades, sempre do ente mais amplo para o ente menos amplo.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero:

(...) embora a intervenção implique sempre maior ou menor ingerência no ente federativo que a sofre, ela ocorre para preservar o interesse maior do Estado Federal e, por via de consequência, dos demais entes federativos.

Assim, é possível afirmar que o instituto da intervenção cumpre função essencial à própria preservação do Estado Federal, assumindo, portanto, a condição de defesa do interesse nacional e instrumento de garantia mútua de todos os integrantes da Federação.<sup>57</sup>

---

56 MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional / Flávio Martins. - 6. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2022. P. 1983.

57 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1314.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero ainda esclarecem sobre a natureza dúplice da intervenção:

A natureza da intervenção é dúplice, pois embora se cuide de um ato (e processo) essencialmente político – tese esgrimida por respeitável doutrina –, as suas hipóteses de cabimento (portanto, o seu próprio fundamento e razão de ser) e o seu procedimento, bem como as respectivas consequências, são objeto de regulação jurídico-constitucional, inclusive desafiando controle jurisdicional, de tal sorte que a natureza política convive com a natureza de um ato jurídico<sup>58</sup>.

Em linhas gerais, a intervenção é uma medida de natureza política, jurídico-constitucional, de cunho excepcional, prevista taxativamente na Constituição Federal de 1988, consistente na incursão de um ente superior em assuntos de um ente inferior, segundo a qual afasta-se a autonomia federativa, restringindo-a temporariamente, com o objetivo de preservar o pacto federativo – o equilíbrio e a estabilidade – para fazer cumprir os demais princípios e regras constitucionais.

### **3.Princípios que permeiam o instituto da intervenção federal**

Conforme as lições do professor Bernardo Gonçalves Fernandes, entre os princípios basilares que regem o instituto da intervenção federal, figuram o princípio da excepcionalidade, o princípio da taxatividade e o princípio da temporalidade.

O princípio da excepcionalidade indica que a intervenção federal sempre será medida excepcional, uma vez que a regra no federalismo é a autonomia do ente.

Sem dúvida, a intervenção federal é a antítese da autonomia. Nesse sentido, a intervenção é uma ingerência na autonomia visando ao reestabelecimento do equilíbrio que foi desvirtuado e, por isso, só pode ser medida excepcional (e dotada da necessidade). O art. 34, caput, da CR/88, deixa essa assertiva clara quando afirma que a União não intervirá nos Estados nem no DF, senão excepcionalmente<sup>59</sup>.

O princípio da taxatividade indica que as hipóteses de intervenção estão previstas em rol fechado (*numerus clausus*) na Constituição.

---

58 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Ob. Cit. p. 1315.

59 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p.1125.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou que a Constituição Estadual não pode disciplinar sobre intervenção estadual de forma diferente das regras previstas na Constituição Federal, reforçando a taxatividade do rol do art. 35 da CR/88. Trata-se de entendimento pacífico do STF:

É inconstitucional — por violação aos princípios da simetria e da autonomia dos entes federados — norma de Constituição estadual que prevê hipótese de intervenção do estado no município fora das que são taxativamente elencadas no art. 35 da Constituição Federal.

STF. Plenário. ADI 6619/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/10/2022 (Info 1073).

A Constituição Estadual não pode trazer hipóteses de intervenção estadual diferentes daquelas que são previstas no art. 35 da Constituição Federal.

As hipóteses de intervenção estadual previstas no art. 35 da CF/88 são taxativas.

STF. Plenário. ADI 2917, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/03/2020.

Viola a Constituição Federal a previsão contida na Constituição Estadual atribuindo aos Tribunais de Contas a competência para requerer ou decretar intervenção em Município.

Essa previsão não encontra amparo nos arts. 34 e 36 da CF/88.

STF. Plenário. ADI 3029, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/03/2020.

É inconstitucional a atribuição conferida, pela Constituição do Pará, art. 85, I, ao Tribunal de Contas dos

Municípios, para requerer ao Governador do Estado a intervenção em Município. Caso em que o Tribunal de Contas age como auxiliar do Legislativo Municipal, a este cabendo formular a representação, se não rejeitar, por decisão de dois terços dos seus membros, o parecer prévio emitido pelo Tribunal (CF, art. 31 31, § 2º 2º).

STF. Plenário. ADI 2.631, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 29/8/2002.

O princípio da temporalidade, por sua vez, adverte que a intervenção terá sempre prazo determinado, rememorando que a regra da Federação é a autonomia dos entes federados.

Como alerta Bernardo Gonçalves, *"a ingerência buscará o reestabelecimento do equilíbrio. Portanto, no decreto de intervenção deve constar o seu prazo determinado"*<sup>60</sup>.

#### **4. Sistema constitucional de crises.**

A intervenção federal está inserida no âmbito do denominado "sistema constitucional de crises" brasileiro, ou seja, aos estados de exceção, nos quais estão inseridos o Estado de Defesa (art. 136, da CR/88) e o Estado de Sítio (art. 137, da CR/88).

O ponto crucial que diferencia a intervenção federal dos demais sistemas de crises (Estado de Defesa e de Exceção), é o fato de que na intervenção há apenas o afastamento temporário da autonomia do Estado, para dar tratamento pontual à instabilidade manifesta, fundada nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição, sem a possibilidade de supressão de direitos fundamentais do cidadão (como o direito de ir e vir, de prestar, de se reunir, a exigência de mandado judicial para a busca e apreensão em domicílio, a prisão apenas sob circunstâncias legais e o devido processo legal), entre outros.

Assim, diversamente dos Estados de Defesa e de Sítio, *" não haverá desestruturação do restante da máquina político-administrativa do ente federativo, a ação é específica, planejada a partir do Decreto Presidencial e por tempo certo."*<sup>61</sup>

Nesse sentido, Pedro Lenza:

Diferente da decretação do estado de defesa e do estado de sítio, que expressamente admitem a possibilidade de imposição de medidas coercitivas, inclusive restrições a direitos e garantias (cf. arts. 136, § 1.º, I e II, e 139, I-VII), a Constituição não estabelece nenhuma possibilidade de restrição a direitos na hipótese de decretação de

<sup>60</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Ob. Cit. p.1126/1127.

<sup>61</sup> SILVA, Cecília de Almeida. INTERVENÇÃO FEDERAL E SEUS CONTORNOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. Os desafios da Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

[https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Dir-UNIGRANRIO\\_v.8\\_n.2.04.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-UNIGRANRIO_v.8_n.2.04.pdf)

intervenção federal. Nesse sentido, diante da excepcionalidade da medida, a interpretação deverá ser restritiva e, portanto, não se admitirá, em hipótese alguma, mitigação de direitos fundamentais.

Repudiamos qualquer medida que tenha se imaginado no caso do Rio de Janeiro, conforme noticiado pela imprensa, de se expedirem “mandados coletivos de busca, apreensão e captura”, ou, conforme se expressou em outro momento, “mandados com múltiplos alvos”, destacando-se, nesse sentido, tanto a Nota Técnica Conjunta do MPF — PGR-00072549/20158 (20.02.2018), como a Nota Pública expedida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos — ANADEP (21.02.2018), ambas enaltecendo a necessidade de serem observadas as garantias fundamentais da presunção de inocência, do devido processo legal, da inviolabilidade do domicílio e da intimidade, do dever de motivar as decisões judiciais e, naturalmente, a regra legal contida no art. 243, do CPP.<sup>62</sup>

A Constituição de 1988 vedou a reforma constitucional “na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa” (art. 60, §1º).

Acerca dos limites circunstanciais ao poder de reforma, que têm por escopo impedir mudanças constitucionais em contextos de grave crise institucional, lembram Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Na história constitucional brasileira, muitas reformas foram promovidas nesses períodos de crise: a única emenda à Constituição de 1891 foi aprovada em 1926, quando vigia o estado de sítio no país; as reformas realizadas na Constituição de 1937 foram promovidas sob estado de emergência, com o Congresso fechado; a Emenda Constitucional nº 1/69 – para nós, uma nova Constituição -, e também as Emendas nº 7 e nº 8/77 – conhecidas como o “Pacote de abril” do governo Geisel -, foram impostas pelo Executivo, com o Congresso mais uma vez fechado, com base nos poderes concedidos pelo AI-5.

Apesar disso, algumas constituições brasileiras anteriores previram limites circunstanciais para reformas: as constituições de 1934 (art.

---

62 Direito Constitucional / Pedro Lenza; organizado por Pedro Lenza. – 27. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. P; 754

178, § 4º), 1946 (art. 50, § 2º), 1967 (art. 50, § 2º) e 1969 (art. 47, § 2º) vedaram-nas na vigência do estado de sítio.

Outros sistemas constitucionais também instituíram limites circunstanciais ao poder de reforma. A Constituição portuguesa, por exemplo, veda o seu exercício durante o estado de sítio ou de exceção (art. 289), e a espanhola o proíbe em tempos de guerra, estado de alarme, de exceção e de sítio (art. 169). Na França, interditou-se a mudança da Constituição quando "ameaçada a integridade do território" (art. 89), e, na Bélgica, as reformas foram vedadas nos períodos de guerra, ou em que haja impedimento para livre reunião das câmaras (art. 196), além de terem sido substancialmente limitadas nos momentos de regência (art. 197)<sup>63</sup>.

Os autores ainda pontuam:

Além de todo o complexo de limitações de ordem formal, já apresentadas, o constituinte de 1988 vedou a realização de emendas à Constituição durante intervenção federal nos Estados-membros da Federação, bem como na vigência dos estados de defesa ou de sítio (art. 60, § 1.º), **o que se justifica principalmente pelo fato de que nestas situações anômalas, caracterizadas por um maior ou menor grau de intranquilidade institucional, poderia ficar perturbada a livre manifestação dos órgãos incumbidos da reforma e, em decorrência, a própria legitimidade das alterações**<sup>64</sup>.

## 5. Intervenção federal: hipóteses autorizadoras

As hipóteses de intervenção federal, leia-se, realizada pela União nos Estados e no Distrito Federal, estão previstas no art. 34 da CR/88, e da intervenção da União nos Municípios localizados em território federal estão listadas no art. 35, da CR/88.

Conforme dispõe a Constituição Federal:

---

63 SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 291.

64 SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ob. Cit. p. 291.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Reconhecendo a ampliação do instituto por ora tratado pela Carta Política, registram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

No que diz com a evolução constitucional brasileira, ao passo que no sistema constitucional anterior a Intervenção era limitada aos Estados membros, ou seja, a uma intervenção federal nos Estados-membros, com a CF o instituto foi ampliado, seja para permitir a intervenção federal no Distrito Federal, mas também por força da inserção do Município no esquema federativo, para assegurar a intervenção dos Estados-membros nos Municípios (e mesmo da União nos Municípios), tudo conforme regulado nos arts. 34 a 36 da CF.<sup>65</sup>

Segundo José Afonso da Silva, em síntese, as finalidades da intervenção federal são quatro, quais sejam: a) a defesa do Estado, quando é autorizada para manter a integridade nacional e repelir invasão estrangeira – inciso I e II do art. 34, da CR/88; b) a defesa do princípio federativo, que visa impedir a invasão de uma unidade federativa em outra, pôr fim a grave comprometimento da ordem pública e garantir o exercício dos poderes nos entes da federação – incisos II, III e IV, do art. 34, da CR/88; c) a defesa das finanças estaduais, quando um estado suspende o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos (inciso V, do art. 34, da CR/88); e d) a defesa da ordem constitucional, quando ocorre

---

65 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1314/1315.



para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial e para garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis (incisos VI e VII, do art. 34, da CR/88).<sup>66</sup>

Há três espécies de intervenção federal, quais sejam: a) a espontânea, que ocorre por decretação do Presidente da República, de ofício, sem provocação, diante da ocorrência das hipóteses dos incisos I, II, III e V, do art. 34, da CF (caso da intervenção do Rio de Janeiro); b) por solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, para garantir o livre exercício de seus Poderes. Deverá haver solicitação do poder coagido ao Presidente da República. Note-se que mesmo diante da solicitação, a decretação da intervenção é de discricionariedade do Presidente (art. 36, I, "1ª parte", da CR/88; ou c) requisitada.

A intervenção por requisição pode ocorrer: a) em caso de descumprimento de ordem ou decisão judicial que esteja sendo desrespeitada, dependerá de requisição ao Presidente da República feita pelos Tribunais Superiores (leia-se do STF, do STJ ou do TSE), conforme art. 34, inciso VI, da CR/88; b) em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis ou de recusa ao cumprimento de lei federal, a requisição dependerá de provimento (leia-se, decisão julgando procedente), pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III, da CR/88). Nesta hipótese, a intervenção será ato vinculado a sentenças em ações específicas, de competência originária do STF, pela intercessão de uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva, razão pela qual o Presidente da República será obrigado a acatar a requisição, pois o seu não atendimento configura crime de responsabilidade.

A ação interventiva é restrita às questões de grave ofensa aos princípios sensíveis elencados no inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal, bem como no caso de recusa à execução de lei federal (inciso VI, "primeira parte", do art. 36, da CF).

Importante instrumento da "*check and balances*", a intervenção mostra-se também eficaz no âmbito estadual (art. 35 da CF), de grande relevo para o Poder Judiciário em situações de afrontas ao descumprimento de suas decisões.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a favor de intervenção motivada pelo descumprimento reiterado de uma decisão no sentido de determinar a desocupação de acampamentos irregulares. Mas dentro da mesma matéria, a Corte também entendeu incabível a intervenção em face de longo período de descumprimento de decisão judicial, ponderando pela manutenção da situação consolidada.

---

<sup>66</sup> AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 418.

A excepcionalidade e a gravidade que circundam a intervenção federal, bem como a complexidade que emana do cumprimento da ordem de desocupação, sobrepõem-se ao interesse particular dos proprietários do imóvel.

Na hipótese em análise, não há como reconhecer tenha o ente estatal se mantido inerte, em afronta à decisão judicial, não havendo que se falar em recusa ilícita, a ponto de justificar a intervenção, porquanto a situação fática comprovada nos autos revela questão de cunho social e coletivo, desbordando da esfera individual da parte autora.

STJ. Corte Especial. IF 113-PR, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 06/04/2022 (Info 732).

Obs: existem decisões mais antigas deferindo a intervenção: STJ. Corte Especial. IF 115/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 21/6/2017.

Impende consignar que a intervenção não é um mecanismo apenas do Executivo, conforme já demonstrado, é facultada aos Poderes Legislativo e Executivo, sujeita obrigatoriamente à análise do Congresso Nacional (ou Assembleia Legislativa no âmbito estadual). Dispensando-se esta atuação no caso do parágrafo 3º do art. 36, da CF.

A decretação da intervenção federal, portanto, é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, inciso X, da CR/88), cujos pressupostos formais encontram-se delineados no art. 36, da CR/88.

Como regra, o Presidente da República deverá previamente ouvir o Conselho da República e o Conselho da Defesa Nacional, órgãos de assessoramento da Chefia do Executivo (arts. 90, I, e 91 §1º, da CR/88). Aqui, convém registrar que a matéria ainda é passível de análise pelo STF, conforme Pedro Lenza:

No caso do Rio de Janeiro, houve judicialização da matéria, que, contudo, não foi apreciada: a) MS 35.537 (impetrado em 19.02.2018 por parlamentar, atacava a tramitação do projeto de decreto legislativo tendo em vista o encaminhamento da mensagem do Presidente da República n. 80/2018. Com a sua aprovação, houve a perda superveniente do objeto do mandado de segurança); b) ADI 5.915 (ajuizada em 14.03.2018, em 28.02.2019, tendo por objeto o decreto interventivo, foi julgada prejudicada, por perda

superveniente do objeto, já que a intervenção no Estado do Rio de Janeiro atingiu o seu termo em 31.12.2018)<sup>67</sup>.

A doutrina sustenta o afastamento da regra da oitiva prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, em situações excepcionalíssimas, de extrema urgência, diante de justificativas próprias e decorrentes de circunstâncias específicas dos fatos. Conforme Pedro Lenza, além do Rio de Janeiro, a decretação da intervenção federal no Distrito Federal em 2023 também se implementou sem a prévia oitiva (Decreto n. 11.377/2023).<sup>68</sup>

O Decreto Interventivo precisa especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução, facultando ainda, a nomeação de interventor, que estará à frente da execução dos trabalhos e, portanto, suas atribuições dependerão do ato interventivo e de suas instruções (art. 36 § 1º, da CF).

O controle político do decreto interventivo será realizado pelo Congresso Nacional, em 24 h, a ser convocado extraordinariamente, se necessário (art. 36 §§ 1º a 3º, da CF), sendo de competência exclusiva do Legislativo Federal, aprovar, mediante decreto legislativo, ou rejeitar a intervenção (CF, art. 49, IV), salvo a exceção da ação interventiva.

## **6.As intervenções federais no Brasil: o caso do Rio de Janeiro, de Roraima e do Distrito Federal.**

Durante a vigência da Constituição Federal de 1988, tivemos três situações de efetiva decretação de intervenção federal, implementadas pelo Decreto nº 9.288/2018 no Estado do Rio de Janeiro, pelo Decreto n.º 9.602/2018 no Estado de Roraima e pelo Decreto n.º 11.377/2023 no caso do Distrito Federal, consoante a doutrina de Pedro Lenza<sup>69</sup>.

Pela primeira vez desde a Constituição, o Brasil presenciou a decretação da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, fruto do grave contexto de ausência de segurança, Presidente da República, no exercício de suas atribuições constitucionais que lhe confere o art. 84, X, CF/88, decretou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública (art. 34, III, CF/88 e Decreto n. 9.288/2018).

---

67 LENZA, Pedro. Ob. Cit. p. 741.

68 LENZA, Pedro. Ob. Cit. p. 741/742.

69 Ob. Cit. p. 744/752

No caso, o Presidente da República atendeu aos ditames do parágrafo 1º do artigo 36 da Constituição e, ainda, nomeou o interventor e estipulou as suas funções, retirando as funções privativas do governador do Estado (art. 144, § 6º, da CR) e transferindo momentaneamente ao interventor.

Decreto Presidencial, assinado em 16 de fevereiro de 2018, estabeleceu Intervenção Federal até 31 de dezembro de 2018, tendo como objetivo o de *“pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro”*, (CF, 33, III).

O segundo caso de efetiva decretação de intervenção federal na vigência da CR/88, foi a intervenção federal no Estado de Roraima - Decreto n. 9.602, de 08.12.2018 – em razão da grave crise na segurança pública e no sistema carcerário, acrescentando-se o enorme risco de rebeliões, além da política de acolhida humanitária a imigrantes venezuelanos, Presidente da República, Michel Temer, com a aquiescência da Governadora, decretou a *“intervenção federal no Estado de Roraima até 31.12.2018, para, nos termos do art. 34, caput, inciso III, da Constituição, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”*.

A intervenção no Estado de Roraima foi total, substituindo-se a Governadora pelo interventor, que assumiu todas as suas atribuições, diferentemente do que ocorreu no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, nos quais as intervenções foram parciais (segurança pública).

A intervenção no Distrito Federal, por sua vez, aprovada pelo Decreto n.º 11.377, de 08.01.2023, foi o terceiro caso de efetiva decretação de intervenção federal na vigência da Constituição.

Conforme Pedro Lenza, os atos antidemocráticos praticados no dia 8 de janeiro de 2023 sofreram medidas de reação e contenção, dentre as quais a decretação de intervenção federal no Distrito Federal até 31 de janeiro de 2023, limitada à área de segurança pública, com objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública no Distrito Federal, marcado por atos de violência e invasão de prédios públicos (art. 34, III, da CR/88). Assim como ocorreu no Rio de Janeiro, a decretação da intervenção se deu sem a prévia oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional).<sup>70</sup>

## **7. Conclusão**

---

<sup>70</sup> LENZA, Pedro. Ob. Cit. p. 753

A intervenção federal, no contexto dos estados de exceção, deve ser interpretada de forma restritiva, com coerência aos consectários legais previstos pela Constituição Federal.

A garantia da estabilidade e autonomia dos entes federados somente poderá ceder espaço à intervenção desde que excepcionalmente.

Instrumento excepcional e de relevo constitucional, a intervenção federal merece ser estudada com cautela, frente à proibição de intervenção de um poder sobre o outro, mas pode auferir benefícios.

Diante das três recentes decretações de intervenções federais nos Estados do Rio de Janeiro, de Roraima e o Distrito Federal, demonstrou-se a atualidade do tema e a necessidade de remetermos à excepcionalidade desse instituto.

## **8. Referências bibliográficas**

BRASIL. Planalto. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Planalto. DECRETO Nº 9.288, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018. Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9288.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9288.htm)

BRASIL, Planalto. DECRETO Nº 9.602, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2018. Decreta intervenção federal no Estado de Roraima com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9602.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9602.htm)

BRASIL, Planalto. DECRETO Nº 11.377, DE 8 DE JANEIRO DE 2023. Decreta intervenção federal no Distrito Federal com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública, nos termos em que especifica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/decreto/D11377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11377.htm)

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, DANIEL. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional / Flávio Martins. - 6. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2022.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional / Pedro Lenza; organizado por Pedro Lenza. – 27. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 291.

## **DIREITO À DESCONEXÃO: ESTUDO DA REGULAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO.**

**LUIZA CORREIA DE SOUZA:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Belo Horizonte<sup>71</sup>.

FÁBIO GUIMARÃES

NATALIA MARRA

(orientadores)

**RESUMO:** O principal objetivo do presente trabalho consiste em realizar uma análise aprofundada do direito à desconexão, compreendendo sua origem, seus impactos e as reflexões pertinentes à vida dos trabalhadores, bem como examinar como essa regulação tem sido aplicada nos dias atuais. Nesse sentido, busca-se examinar o surgimento do direito à desconexão e suas bases jurídicas, investigando as principais legislações e normativas que abordam esse tema. Além disso, serão abordados os impactos da falta de desconexão na saúde mental e física dos trabalhadores, destacando-se os desafios enfrentados no ambiente de trabalho contemporâneo, marcado pela hiperconexão e pela constante disponibilidade. Serão levantadas reflexões acerca das demandas e pressões enfrentadas pelos trabalhadores no contexto atual, ressaltando a importância de estabelecer limites entre o trabalho e a vida pessoal, bem como garantir momentos adequados de descanso e desconexão. Será analisado também como essa regulação tem sido aplicada e acolhida nos dias atuais, considerando as decisões judiciais, e a conscientização da sociedade em relação ao direito à desconexão.

**Palavras-chave:** Direito de Desconexão. Direito ao Descanso. Hiperconexão. Trabalho.

**ABSTRACT:** The main objective of this work is to carry out an in-depth analysis of the right to disconnection, understanding its origin, its impacts and reflections relevant to the lives of workers, as well as examining how this regulation has been applied today. In this sense, we seek to examine the emergence of the right to disconnection and its legal bases, investigating the main laws and regulations that address this issue. In addition, the impacts of the lack of disconnection on the mental and physical health of workers will be addressed, highlighting the challenges faced in the contemporary work environment, marked by hyperconnection and constant availability. Reflections will be raised on the demands and

---

<sup>71</sup> E-mail: luizacorreia217@gmail.com

pressures faced by workers in the current context, emphasizing the importance of establishing boundaries between work and personal life, as well as ensuring adequate moments of rest and disconnection. It will also be analyzed how this regulation has been applied and accepted nowadays, considering court decisions, and society's awareness of the right to disconnection.

**Keywords:** Right to Disconnect. Right to Rest. Hyperconnection. Work.

## 1. INTRODUÇÃO

A regulação do direito ao descanso é um tema de extrema relevância no contexto contemporâneo, especialmente diante dos impactos da falta de desconexão na saúde mental e física dos indivíduos. Com o avanço da tecnologia e a adoção massiva do trabalho remoto durante o período da pandemia de COVID-19, a fronteira entre o trabalho e a vida pessoal tem se tornado cada vez mais tênue.

A ausência de momentos de desconexão adequados tem acarretado uma série de consequências negativas para os trabalhadores. A constante disponibilidade, a pressão para estar sempre conectado e a sobrecarga de informações têm levado a altos níveis de estresse, exaustão e esgotamento, impactando tanto a saúde mental quanto a física dos indivíduos.

Nesse sentido, é imprescindível compreender os desafios e demandas enfrentados pelos trabalhadores no período pós-pandemia, quando a hiperconexão e a necessidade de estar constantemente disponível se tornaram ainda mais presentes. A busca por uma regulação efetiva do direito ao descanso se mostra fundamental para proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, garantindo-lhes momentos de desconexão necessários para a recuperação física e mental.

Assim, torna-se necessário refletir sobre os aspectos jurídicos e sociais que envolvem a regulação do direito ao descanso, considerando os impactos da falta de desconexão na saúde e a importância de estabelecer mecanismos legais que assegurem o equilíbrio entre a vida profissional e pessoal, visando promover um ambiente de trabalho saudável e sustentável.

Concluindo, o presente trabalho visa contribuir para a compreensão do direito à desconexão por meio de uma abordagem fundamentada e crítica. Seus desdobramentos e sua aplicação prática nos dias atuais, fomentando o debate em torno desse importante tema e visando à proteção da saúde e do bem-estar dos trabalhadores em um contexto cada vez mais conectado e exigente.



## 2. ESTUDO DA REGULAÇÃO DO DIREITO AO DESCANSO

As tecnologias contemporâneas têm alterado significativamente a natureza do trabalho, transcendendo as restrições tradicionais de jornada e afetando os períodos de descanso dos trabalhadores. Em vez de oferecerem intervalos regulares e oportunidades de repouso, essas tecnologias estendem os dias de trabalho, eliminam as interrupções e impõem uma carga de trabalho mais intensa do que nunca antes experimentada. Esse fenômeno tem um impacto contundente nos períodos destinados à recuperação dos trabalhadores, prejudicando sua capacidade de se restabelecerem de jornadas laborais exaustivas. Além disso, a pandemia da Covid-19 tem acelerado essas transformações, impulsionando mudanças profundas na forma como o trabalho é realizado.

Cronologicamente, a França foi pioneira ao aprovar, em 2016, a Lei da Desconexão, que concedeu aos funcionários o direito de não responder a mensagens eletrônicas, e-mails ou outros tipos de comunicação veiculados por meios telemáticos. Através da Loi Travail, lei que reformou a legislação trabalhista francesa, o parágrafo 7º do artigo L.2242-17 do Código do Trabalho foi introduzido, estabelecendo, pela primeira vez, o direito à desconexão de forma abrangente. Essa lei delimita os limites da conectividade ao trabalho, exigindo que as empresas possuam "sistemas para regular o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de garantir o respeito ao descanso, à vida pessoal e familiar do empregado" (BEGA 2020, p.71).

Na França o direito à desconexão foi oficializado mediante a Lei nº 2016-1088, artigo 55 de 8 de agosto de 2016, ele versa sobre questões laborais, modernização do diálogo social e resguardo do percurso profissional, também conhecida como Loi El Khomri ou Loi travail. Esta normativa entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2017. Atualmente, a prerrogativa à desconexão encontra-se estabelecida no artigo L. 2242-17, 7º do Código do Trabalho, o qual estipula que as negociações anuais relativas à igualdade profissional entre mulheres e homens, assim como à qualidade de vida no trabalho, abordarão as modalidades para a plena efetivação, por parte do empregado, de seu direito à desconexão, bem como a implementação, por parte da empresa, de dispositivos reguladores da utilização de ferramentas digitais. Tais medidas visam assegurar o cumprimento dos períodos de repouso e férias, bem como promover o equilíbrio entre vida pessoal e familiar.

É inegável que o trabalho desempenha um papel fundamental na vida das pessoas, sendo uma fonte de subsistência e realização pessoal. No entanto, a excessiva carga de trabalho e a falta de tempo para o descanso podem ter consequências negativas

para a saúde física, mental e emocional dos indivíduos. Por esse motivo, é essencial que haja uma regulação adequada para garantir o direito ao descanso.

A determinação da jornada de trabalho é um componente essencial na normatização do direito ao repouso. Esta define o limite máximo de horas que um trabalhador pode dedicar à atividade laboral, com o propósito de prevenir a exaustão física e mental. Em muitos países ao redor do mundo, a jornada de trabalho é frequentemente sujeita a regulamentação por meio de legislação. Estas leis têm como objetivo estabelecer diretrizes para o número máximo de horas que um empregado pode ser convocado a trabalhar durante um período específico, geralmente ao longo de uma semana. Ademais, tais normativas frequentemente contemplam questões como horas extras, períodos de descanso e folgas.

As leis trabalhistas podem variar consideravelmente de um país para outro e, em alguns casos, até mesmo dentro de diferentes jurisdições dentro do mesmo país. Essas leis são geralmente criadas para proteger os direitos dos trabalhadores, garantindo condições de trabalho justas, promovendo a saúde e segurança no trabalho e equilibrando a relação entre empregadores e empregados.

## **2.1 Normatização do direito ao descanso no Brasil.**

No Brasil o Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 (CLT) dispõem em seu artigo 58ª seguinte redação sobre a jornada de trabalho.

Art 58- A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

A Constituição Federal complementa a afirmação anterior e estabelecer que

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

[...]

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar a existência de leis que estabelecem o direito dos trabalhadores ao descanso, bem como ao intervalo interjornada, quando se excede a carga horária de 6 horas. Porém, é necessário observar que essas leis não são detalhadas de forma específica no que diz respeito ao direito à desconexão.

De fato, diferentemente do Brasil, alguns países, como a França e a União Europeia, já têm legislações específicas que abordam o direito à desconexão. Essas legislações refletem uma preocupação crescente em relação aos impactos negativos da constante conectividade no trabalho sobre a saúde e o bem-estar dos trabalhadores.

No entanto, é importante ressaltar que a jurisprudência brasileira tem se posicionado favoravelmente ao reconhecimento desse direito, com decisões judiciais que reconhecem a necessidade de respeitar os períodos de descanso e intimidade dos trabalhadores, mesmo fora do horário de trabalho regular. Conforme evidenciado na jurisprudência a seguir,

DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA ILEGAL. ABUSO DO PODER DIRETIVO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO DANO IMATERIAL. O direito à desconexão do trabalho é de natureza fundamental, patrocinado, ao lado das normas constitucionais e infraconstitucionais de controle de jornada, pelas internacionais de garantia dos direitos humanos, eis que a constante disponibilização para o labor implica malferimento dos direitos ao lazer, ao convívio social e familiar e à educação. Comprovada nos autos a extrapolação habitual dos limites constitucionais e legais da duração do trabalho (artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal e artigo 59, caput, da CLT), bem como o desrespeito ao descanso semanal do empregado (artigo 1º, Lei 605/1949), com comprometimento da sua integridade física e emocional, conclui-se que a ré agiu de forma abusiva, extrapolando os limites do poder diretivo, devendo responder, assim, pela reparação de ordem moral. Indenização devida. Recurso a que se dá provimento no particular. (TRT-2 XXXXX20145020614 SP, Relator:

MARCOS NEVES FAVA, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 05/02/2015) BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. XXXXX20145020614 SP, Relator Marcos Neves Fava, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação 05/02/2015.

Conforme mencionado anteriormente, embora não exista uma legislação específica que aborde o assunto, os tribunais têm demonstrado uma tendência favorável em suas decisões. A jurisprudência apresentada anteriormente ilustra que o tribunal foi favorável à trabalhadora, reconhecendo o seu direito à indenização devido à violação do direito à desconexão.

Diante disso, após a análise do conceito de direito à desconexão por meio da regulação do direito ao descanso, constatamos sua origem e observamos como esse direito tem sido aplicado no Brasil, mesmo na ausência de uma legislação específica. É pertinente observar o impacto negativo que a falta de desconexão dos trabalhadores pode acarretar.

### **3. IMPACTOS DA FALTA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO.**

A constante conectividade com o trabalho, principalmente por meio de dispositivos eletrônicos, como smartphones e computadores tem levado a uma invasão do tempo pessoal dos trabalhadores. A ausência de períodos adequados de desconexão pode resultar em consequências adversas para a saúde física e mental dos indivíduos, bem como para o equilíbrio entre o trabalho e a vida pessoal.

Os trabalhadores tem enfrentado dificuldades para dedicar tempo à família, aos hobbies, ao lazer e ao autocuidado, impactando negativamente os relacionamentos pessoais, a satisfação geral e a qualidade de vida dessas pessoas.

Cardoso expõe com precisão o cenário em que os trabalhadores se encontram atualmente ao dizer que

Não é difícil entender por que os trabalhadores dizem que continuam a trabalhar no tempo livre, que continuam preocupados com o trabalho, que se sentem cansados e sem tempo para a família. Sem contar o fato de perderem, cada vez mais, a possibilidade de programar seus tempos de não trabalho. (CARDOSO 2016, p. 70).

A sobrecarga laboral e a persistente conexão digital suscitam uma gama de emoções e sentimentos adversos nos indivíduos, que experimentam uma sensação de sobrecarregamento, temor diante da possibilidade de não atender a todas as demandas,

frustração diante de eventuais falhas, ansiedade frente às numerosas exigências e cobranças. Tal excesso de carga laboral induz uma percepção de impotência perante um ritmo acelerado e uma crescente carga de trabalho.

A falta de desconexão contribui para a deterioração das relações interpessoais e da cultura organizacional. Quando os trabalhadores estão constantemente conectados, sem tempo para se desconectar e recarregar ocorre uma diminuição da motivação, do engajamento e da coesão dentro da equipe de trabalho. A falta de limites claros entre o trabalho e a vida pessoal levam a sentimentos de sobrecarga e insatisfação, resultando em um ambiente de trabalho desgastante e desfavorável. Francis Jaurèguiberry aborda a questão do uso excessivo dos meios de trabalho, destacando que “Desconectar significa não estar sempre acessível, não ser controlado à distância durante o tempo de descanso e recuperação (JAURÉGUIBERRY, 2007)”.

É notório, que com o uso excessivo dos meios de trabalho as interrupções constantes no tempo de lazer e momentos familiares, geram uma sensação de invasão no espaço pessoal, tornando difícil separar o tempo dedicado ao trabalho do tempo dedicado à família.

Esses impactos podem resultar em sentimentos de frustração, ressentimento e alienação por parte dos membros da família, podendo afetar a harmonia e o bem-estar familiar como um todo.

### **3.1 Impactos da tecnologia na saúde mental e física dos trabalhadores**

A tecnologia desempenha um papel fundamental no ambiente de trabalho moderno, proporcionando maior conectividade, eficiência e flexibilidade. No entanto, o uso excessivo e inadequado da tecnologia pode ter impactos significativos na saúde mental e física dos trabalhadores.

Em um momento global de aumento dos índices de casos relativos aos transtornos mentais manifestados entre os trabalhadores, pensar na saúde mental no contexto da relação de trabalho é imprescindível, principalmente porque, inobstante suas causas possam também estar associadas a fatores extralaborais, inafastável a premissa ordinária segundo a qual parte importante do tempo diário da pessoa humana se faz envolvida com o labor (PEREIRA, 2019, p. 100).

Em termos de saúde mental, o constante acesso às tecnologias de comunicação podem levar a uma sensação de estar sempre "conectado" ao trabalho, resultando em um aumento do estresse e da pressão para estar disponível a qualquer momento. A sobrecarga de informações, a necessidade de responder imediatamente a mensagens e e-mails e a dificuldade em desconectar-se do trabalho resultam em um esgotamento mental, ansiedade e falta de concentração.

[...] o trabalho em excesso prejudica a saúde mental, gerando, dentre outras doenças, a síndrome de fadiga crônica, relacionada ao estresse, depressão e outros distúrbios psiquiátricos. Além disso, tal excesso impede o descanso necessário ao corpo, que deve valer-se dos intervalos intrajornada e interjornada para uma recuperação adequada, que são suprimidos ou reduzidos ilegalmente diante do trabalho em demasia. Tal preocupação é crescente, já que os trabalhadores brasileiros estão trabalhando e adoecendo cada vez mais. (KLIPPEL, 2016, p.55).

Adicionalmente, a prolongada exposição às telas de computador, smartphones e outros dispositivos eletrônicos pode desencadear uma série de complicações físicas. A manutenção de posturas inadequadas durante o uso dessas tecnologias está associada a desconfortos musculares, fadiga ocular acentuada, dores de cabeça recorrentes e distúrbios do sono. Este último aspecto é particularmente atribuído à emissão de luz azul por esses dispositivos, a qual tem o potencial de interferir nos ritmos circadianos naturais, prejudicando a qualidade do sono e afetando a regulação dos ciclos de vigília e repouso. Assim, o cuidado com a postura e a gestão adequada do tempo de exposição a esses dispositivos são essenciais para mitigar os impactos adversos à saúde física e ao bem-estar geral.

Ao considerarmos e enfrentarmos os efeitos da tecnologia na saúde mental e física dos trabalhadores, é imperativo analisarmos uma consequência potencialmente mais grave decorrente do crescente fenômeno da hiperconexão, caracterizada pelo constante e excessivo uso de dispositivos digitais e plataformas de comunicação, tem se tornado uma ocorrência cada vez mais comum no ambiente profissional.

### **3.2 Síndrome de Burnout**

A Síndrome de Burnout, também conhecida como síndrome do esgotamento profissional, é um estado de exaustão física, emocional e mental que ocorre devido à exposição prolongada a situações de estresse relacionadas ao trabalho.

A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresse provocados por condições de trabalho desgastantes. (VARELA, 2011, p. 01).

A Síndrome de Burnout, infelizmente, tornou-se uma presença significativa no atual cenário profissional, demandando abordagens colaborativas para o seu enfrentamento. Suas raízes são variadas, abrangendo desde a sobrecarga laboral e pressões incessantes até a hiperconexão digital, ambientes de trabalho desfavoráveis, conflitos interpessoais e desequilíbrio prejudicial entre a esfera profissional e a vida pessoal. Diante desse panorama complexo, é imperativo adotar medidas integradas que considerem a interação desses diversos elementos, promovendo ambientes laborais mais saudáveis e sustentáveis.

[...] A síndrome se manifesta especialmente em pessoas cuja profissão exige envolvimento interpessoal direto e intenso. Sua principal característica é o estado de tensão emocional e estresse crônicos provocado por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas desgastantes e prolongadas. (VARELA, 2011, p. 01).

Nesse contexto, o direito à desconexão surge como uma medida de prevenção e combate à Síndrome de Burnout. Trata-se do direito do trabalhador de se desligar do trabalho durante períodos de descanso e fora do horário de expediente, sem sofrer pressões ou demandas laborais. O objetivo é garantir que os profissionais tenham tempo adequado para descansar, recuperar-se mental e emocionalmente, e dedicar-se às atividades pessoais e familiares.

Os efeitos do stress excessivo refletem-se também, de modo geral, na sociedade. Uma sociedade saudável e desenvolvida requer a somatória das habilidades dos seus cidadãos. Se o stress está muito alto no país, ou na comunidade, os adultos podem se tornar frágeis, sem resistência aos embates e dificuldades da vida. (LIPP E MALAGRIS 2001 p. 475-489).

Em resumo, o direito à desconexão desempenha um papel relevante na prevenção da Síndrome de Burnout. É fundamental que os trabalhadores tenham a oportunidade de se desconectar do trabalho, recuperar-se e dedicar tempo às suas vidas pessoais. A conscientização sobre esse direito, aliada a políticas organizacionais e a uma eventual regulamentação legal específica, contribui para a promoção de ambientes de trabalho saudáveis e para o bem-estar dos profissionais.

O Ministério da Saúde lista os principais sintomas que podem indicar a Síndrome de Burnout são eles, cansaço excessivo, físico e mental, dor de cabeça frequente, alterações no apetite, insônia, dificuldades de concentração, sentimentos de fracasso e insegurança, negatividade constante, sentimentos de derrota, desesperança e incompetência, alterações repentinas de humor, isolamento, fadiga, pressão alta, dores musculares, problemas gastrointestinais e alteração nos batimentos cardíacos. Os sintomas geralmente começam de maneira sutil, mas têm uma tendência a se agravar com o tempo. É comum as pessoas pensarem que são apenas problemas temporários. No entanto, para prevenir complicações mais sérias associadas à Síndrome de Burnout, é crucial buscar apoio profissional ao primeiro sinal de qualquer desconforto. O que parece ser algo passageiro pode ser o ponto inicial dessa síndrome, e agir precocemente faz toda a diferença.

O ciclo vicioso de trabalho excessivo foi agravado com a era digital trazida pela pandemia COVID-19. É pertinente analisar como a falta de desconexão afetou os trabalhadores diante desse cenário de crise sanitária.

#### **4. DESCONEXÃO PÓS PANDEMIA.**

A era digital e a hiperconexão têm transformado significativamente a forma como vivemos e trabalhamos. Com o avanço das tecnologias e a ampla disponibilidade de dispositivos eletrônicos e conexões de internet, estamos cada vez mais conectados e interligados em um mundo digital.

A hiperconexão, caracterizada pela constante disponibilidade e acesso instantâneo a informações, comunicação e ferramentas de trabalho, trouxe inúmeras facilidades e benefícios para a sociedade. No entanto, também trouxe desafios e impactos em diversos aspectos de nossas vidas, incluindo o ambiente de trabalho.

No contexto profissional, a hiperconexão tem levado a uma crescente expectativa de disponibilidade e resposta imediata, independentemente do horário ou local. Os profissionais muitas vezes se veem pressionados a estar sempre online, a responder e-mails e mensagens fora do horário de trabalho, a participar de videoconferências e a acompanhar as demandas de forma constante, impossibilitando o empregado de gozar do seu direito a desconexão.

No âmbito da legislação brasileira referente à pandemia de COVID-19, há uma série de normas que estabelecem medidas e diretrizes para lidar com a emergência de saúde pública decorrente do vírus. Um exemplo importante é a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que aborda especificamente as ações a serem adotadas nesse contexto.



Neste contexto legal, as autoridades competentes estão facultadas a implementar, dentro dos limites de suas atribuições, diversas medidas, incluindo aquelas relacionadas ao isolamento e quarentena. Este cenário implica em modificações na dinâmica laboral, demandando que tanto o colaborador quanto o empregador se adequem e adotem as medidas pertinentes.

No que se refere ao teletrabalho também conhecido como home office durante a pandemia COVID-19, a Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021, estabelece diretrizes e regulamentações específicas para viabilizar o trabalho remoto durante a pandemia, com o objetivo de assegurar a continuidade das atividades laborais em um formato adaptado às restrições impostas pela situação de emergência.

Art. 2º Para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) e a preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, entre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

[...]

Art. 3º O empregador poderá, a seu critério, durante o prazo previsto no art. 1º, alterar o regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, além de 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.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, hipótese em que se aplica o disposto no inciso III **caput** do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio 1943.

No entanto, mesmo diante dessas medidas regulatórias, alguns desafios se apresentam no que diz respeito à desconexão adequada. O trabalho remoto, em particular, pode dificultar a regulação apropriada do descanso. A constante disponibilidade de e-mails e outras ferramentas de trabalho, acessíveis a qualquer momento, torna o processo de desconectar-se um desafio. A sensação de estar sempre disponível e a tentação de atender demandas a qualquer hora do dia podem ter um impacto negativo na qualidade de vida e na saúde dos trabalhadores.

O Ministro Claudio Mascarenhas Brandao do Tribunal Superior do Trabalho declarou que " O avanço tecnológico e o aprimoramento das ferramentas de comunicação devem servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador".

Berman também faz uma crítica pertinente ao panorama contemporâneo, afirmando que a tecnologia moderna promove um "namoro acrítico com as máquinas, acompanhado de um distanciamento profundo do povo" (BERMAN, 2007 p. 37). Essa reflexão destaca a importância de encontrar um equilíbrio entre a utilização das tecnologias e a necessidade de desconexão para preservar o bem-estar e a saúde dos indivíduos.

Em consonância com as reflexões de Berman, Melo complementa o debate sobre a desconexão no contexto contemporâneo. Segundo Melo, a sociedade atual tem sido marcada por uma intensificação das demandas e uma constante pressão por produtividade, o que gera um ambiente propício ao esgotamento e ao desequilíbrio entre trabalho e vida pessoal.

[...] fora do horário de expediente, não realize nenhuma atividade relacionada ao trabalho, como atender a chamadas telefônicas ou prestar esclarecimentos por aplicativos de mensagens instantâneas e correio eletrônico. (MELO; RODRIGUES, 2018).

Em suma, tanto Berman quanto Melo apontam a importância de repensar a relação entre trabalho, tecnologia e bem-estar no mundo contemporâneo. A desconexão assume um papel central nesse debate, demandando ações tanto individuais quanto coletivas para promover um equilíbrio saudável entre as demandas profissionais e a vida pessoal, visando à preservação da saúde mental e ao aumento da qualidade de vida dos trabalhadores.

Diante do atual contexto de pandemia causada pela COVID-19, é pertinente abordar um caso paradigmático que foi objeto de pronunciamento por parte do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse cenário, o referido órgão judicial emitiu uma interpretação

alinhada aos direitos fundamentais sociais do trabalhador. Os trechos da Ementa<sup>1</sup> que se seguem elucidam a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito deste importante tema.

[...]

A precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária. A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de smartphone, notebook ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa ao direito à desconexão. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso. Com efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa. Para Jorge Luiz Souto Maior, 'quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia (...), mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo'. (AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 27/10/2017).

Diante desse contexto e com o propósito de normatizar a temática relativa ao direito à desconexão, o Senador Fabiano Contarato propôs o Projeto de Lei 4.044/2020. Este projeto visa alterar o § 2º do art. 244, bem como adicionar o § 7º ao art. 59, além de introduzir os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Tais modificações têm por objetivo estabelecer disposições específicas acerca do direito do trabalhador à desconexão do seu labor, conferindo, assim, maior clareza e respaldo jurídico a esta importante dimensão das relações trabalhistas.

O Projeto de Lei em questão preconiza que o Poder Legislativo detém a prerrogativa de ampliar suas ações com o propósito de atualizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e mitigar possíveis abusos decorrentes do avanço tecnológico. Em um marco inicial, no ano de 2011, o Poder Legislativo empreendeu uma medida inaugural ao acrescentar o parágrafo único ao art. 6º da CLT, equiparando os meios informatizados de comando aos meios diretos de comando. Entretanto, constata-se que a mencionada disposição legal revela-se insuficiente para coibir abusos perpetrados pelos empregadores.

Neste Projeto de Lei, propõe-se a modificação do art. 244, § 2º, da CLT, com o intuito de consagrar em legislação o teor da Súmula 428 do TST, que atualizou o conceito de sobreaviso em conformidade com os avanços tecnológicos.

O sobreaviso configura-se quando há um acordo prévio entre empregador e empregado para que este último permaneça à disposição a qualquer momento. Preservamos o disposto na CLT, estabelecendo que o sobreaviso não pode exceder vinte e quatro horas, e que a remuneração devida será de 1/3 do salário-hora normal para cada hora de sobreaviso acordada.

Adicionalmente, nas horas de descanso em que não houve acordo prévio de sobreaviso, propõe-se a inclusão do novo art. 72-A na CLT, proibindo expressamente que o empregador acione o empregado por meio telemático. As exceções delineadas coincidem com aquelas previstas no art. 61 da CLT, e eventual infração sujeitar-se-á às disposições relativas às horas extraordinárias.

No art. 133-A, apresentam-se obrigações mais rigorosas durante o período de férias, compreendendo a retenção dos dispositivos portáteis de trabalho pelo empregador, a exclusão do empregado de grupos de trabalho de serviços de mensageria (WhatsApp, Telegram, etc.) e a exclusão de aplicativos exclusivos do trabalho (correio eletrônico, etc.). Tais medidas visam prevenir o contato do empregador com o trabalhador durante o desfrute de suas férias.

Para concluir, é imperativo ressaltar a importância, relevância e utilidade intrínseca do Projeto de Lei em questão. Sua promulgação representará uma salvaguarda fundamental para os trabalhadores brasileiros no cenário tecnológico contemporâneo, caracterizado por sua singularidade e novidade. Ao abordar e regular aspectos pertinentes a essa nova realidade, o referido projeto desempenha um papel crucial na preservação dos direitos e na adaptação necessária dos trabalhadores às transformações inerentes ao avanço tecnológico.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Após a elaboração do presente trabalho, tornou-se evidente que a sociedade está imersa em um ciclo vicioso de trabalho excessivo. Embora a opinião dos tribunais e dos doutrinadores seja favorável aos trabalhadores, garantindo-lhes o direito à desconexão, é imperativo estabelecer uma legislação específica que regulamente de maneira precisa e abrangente essa questão.

A ausência de normas específicas podem gerar lacunas e dificultar a plena efetivação do direito à desconexão, bem como expor os trabalhadores a riscos de sobrecarga, esgotamento e prejuízos à sua saúde e bem-estar.

Portanto, é necessário que as autoridades competentes promovam a elaboração e implementação de uma legislação adequada, capaz de estabelecer diretrizes claras e garantir a efetiva proteção do direito à desconexão dos trabalhadores, considerando as particularidades da era digital e as demandas contemporâneas do mercado de trabalho.

## **6. REFERENCIAS.**

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade/Marshall Berman; tradução Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL.[Constituição(1988)].**Constituição da República Federativa do Brasil**:SitePlanalto.

BRASIL.[Decreto-lei °5.452, de 1 de maio 1943] **Aprova a consolidação das leis do trabalho**:SitePlanalto.

BRASIL.[Decreto-lei °13.979, de 6 de fevereiro 2020] **Medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus**:SitePlanalto.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 abr. 2021. SitePlanalto.Acesso em 10 mai. 2023.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. XXXXX20145020614 SP, Relator Marcos Neves Fava, 14ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação 05/02/2015. Disponível em:<https://jurisprudencia.trt.sp.br/>. Acesso em 17 set. 2023.

BRASIL.**Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de Instrumento nº AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator Ministro

Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em 10 mai. 2023.

CARDOSO, A. C. M. Direito e dever à desconexão: disputas pelos tempos de trabalho e não trabalho, Rev UFMG, Jan/Dez 2016, vol.23.

C PEREIRA, Andre Souza. **Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador**: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígida a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais. – São Paulo: LTr, 2019.

Jauréguiberry, Francis. Lestéléphonesportables, outils du dédoublement et de la densification du temps : undiagnosticconfirmé. Tic&société, association ARTIC, 2007, 1 (1), p.79-103. Disponível em: [ff10.4000/ticetsociete.281ff.ffhalshs-00823878f](https://www.artic.org/ff10.4000/ticetsociete.281ff.ffhalshs-00823878f).

KLIPPEL, Bruno. **Jornada de trabalho e direitos fundamentais**. – São Paulo: LTr, 2016.

LIPP, M. E. N. MALAGRIS, L. E. N. Manejo do estresse. In: B. Rangé (org.). 1995. O stress emocional e seu tratamento. In b.Range (Ed.). Terapias Cognitivo-comportamentais: um diálogo com a Psiquiatria. São Paulo. ArtMed. pp.475-489. 2001.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

PASTORE, Eduardo. A ultraconexão se coíbe com a mudança de comportamento. Conjur.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev08/eduardo-pastore-ultraconexao-direito-desconexao>. Acesso em 10 mai. 2023.

SENADO FEDERAL - PROJETO DE LEI N° 4044, DE 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br>. Acesso em 20 de setembro 2023.

SINDROME DE BURNOUT. Ministerio da Saude/Gov. Disponível: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout#:~:text=S%C3%ADndrome%20de%20Burnout%20ou%20S%C3%ADndrome,justamente%20o%20excesso%20de%20trabalho>. Acesso em 12 mai. 2023.

VARELA, Drauzio. Síndrome de de Burnout – Ministerio da Saúde. 2011, p.1. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout#:~:text=S%C3%ADndrome%20de%20Burnout%20ou%20S%C3%ADndrome,justamente%20o%20excesso%20de%20trabalho>. Acesso em 20 de setembro 2023.

## **A RESPONSABILIDADE JURÍDICA AMBIENTAL E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL À JUSTIÇA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE**

**SÉRGIO VINÍCIUS CALVES:**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos<sup>72</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a matéria relacionada à responsabilidade jurídica ambiental, com ênfase à atuação da Defensoria Pública na preservação dos direitos ambientais. A finalidade do artigo é observar como é realizada a tutela do direito difuso ao meio ambiente pela Defensoria Pública, bem como demonstrar a importância na proteção do direito ambiental. O artigo inicia tratando da possibilidade de atuação da Defensoria Pública, seja em juízo ou extrajudicialmente, destacando a base legislativa, doutrinária e jurisprudencial ao exercício dessa atividade, seja em face do Poder Público ou de particulares, desenvolve a maneira como é realizada essa atuação, seja através da tutela judicial ou extrajudicial, e expõe como o meio ambiente ecologicamente equilibrado é a base de sustentação da dignidade humana e de toda a sociedade, para a possibilidade de vida atual e futura.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Responsabilidade Jurídica Ambiental. Direito Ambiental. Direitos difusos.

### **1. INTRODUÇÃO**

A tutela do meio ambiente consiste numa obrigação moral, política e jurídica de todos, relacionada à defesa dos direitos fundamentais inter-relacionados ao meio ambiente e à preservação do futuro da humanidade. A responsabilidade jurídica ambiental, com suas consequências políticas e socioeconômicas, possui elevado destaque no meio jurídico, necessitando de atuação eficaz do Poder Público e das instituições responsáveis pela proteção dos interesses daqueles que, muitas vezes, não têm voz para reivindicar seus direitos, como é o caso da Defensoria Pública.

A Responsabilidade Jurídica Ambiental é interdisciplinar e dinâmica, com a finalidade de preservar as interações entre a sociedade, o Estado e o meio ambiente, para mitigar os danos ambientais e restaurar os ecossistemas. Por isso, a Defensoria Pública,

---

<sup>72</sup> E-mail: [sergiovalves@gmail.com](mailto:sergiovalves@gmail.com)

instituição essencial à justiça e à cidadania, possui fundamental importância, como porta-voz dos vulneráveis – pessoas mais afetadas pelos danos ambientais.

O presente artigo se propõe a vislumbrar a atuação da Defensoria Pública no contexto da Responsabilidade Jurídica Ambiental, tratando do seu papel na tutela dos direitos ambientais e na garantia de acesso à justiça. Observa-se a função institucional da Defensoria Pública na proteção dos direitos difusos, como é o caso do direito ao Meio Ambiente, promovendo a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos vulneráveis, como através da admissibilidade de todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela desses direitos, seja em face do Poder Público ou de particulares.

## **2. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE E AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

De acordo com o que dispõe o art. 225, caput, da Constituição do Brasil, todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando-se de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A partir desta disposição constitucional, a doutrina considera o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental heterotópico, ou seja, aqueles estipulados fora do art. 5º ao 17 da Constituição Federal de 1988, mas dentro do texto constitucional, por estarem relacionados aos princípios adotados pela Constituição, como através da relação entre a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) preservada a partir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>73</sup>

Por oportuno, insta salientar que os direitos fundamentais possuem por característica a interdependência. De acordo com André Carvalho Ramos:

Trata-se do reconhecimento de que todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana, interagindo para a satisfação das necessidades especiais do indivíduo, o que exige, novamente, a atenção integral a todos os direitos humanos, sem exclusão. O conteúdo de um direito pode se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros.<sup>74</sup>

---

73 NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. Rev. Ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301.

74 CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016, p. 97.



Neste sentido, é imprescindível para a vida e a saúde (art. 5º e 6º, CF/88) do indivíduo, como direitos fundamentais individuais de primeira dimensão, a preservação do direito ambiental como direito difuso fundamental de terceira dimensão.

Além da interdependência, os direitos fundamentais também são indivisíveis e unos, de modo que todos os direitos humanos (ou fundamentais, sinônimos, portanto) possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna.

Já no que diz respeito à atuação da Defensoria Pública e suas funções institucionais – dentre outras – incumbe à Defensoria Pública: (i) a solução extrajudicial dos litígios; (ii) a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (iii) promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, quando o resultado da demanda puder beneficiar pessoas hipossuficientes; (iv) promoção mais ampla dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, incisos II, III, VII e X e XI, da Lei Complementar 80/94).

Ainda, de acordo com a Lei 11.448/2007, que realizou a inclusão do inciso II no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), expressamente a Defensoria Pública é legitimada para a propositura de Ação Civil Pública, como para as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, sacramentando a legitimidade institucional para a tutela ambiental. (art. 1º, I, LACP).

Em âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça também salientou a legitimidade da Defensoria Pública prevista na Lei de Ação Civil Pública (LACP), derivada da sua disposição constitucional, de acordo com os arts 5º, LXXIV e 134. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE. 1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. Este Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação

cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. 3. Recursos especiais não providos.<sup>75</sup>

Ainda, deve-se destacar a Emenda Constitucional 80/94, que expressamente reiterou a tutela coletiva da Defensoria Pública no caput do art. 134 da CF/88, assim dispondo:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Por fim, no que diz respeito a eventual restrição à hipossuficiência econômica dos indivíduos como pressuposto da atuação coletiva da Defensoria Pública, dispõe a doutrina de Franklyn Roger:

A tutela coletiva não pode ser restrita à hipossuficiência econômica dos indivíduos como pressuposto para a atuação da Defensoria Pública. Sabe-se que as funções institucionais da Defensoria Pública podem ou não estar relacionadas às condições econômicas dos assistidos (...) Nesse passo, a defesa dos interesses difusos e coletivos enquadra-se como verdadeira função atípica da Defensoria Pública, em razão da desvinculação econômica dos beneficiários.<sup>76</sup>

### **3. A RESPONSABILIDADE JURÍDICA AMBIENTAL E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

A Responsabilidade Jurídica Ambiental consiste nas obrigações de reparação por danos ambientais decorrentes de ações ou omissões que violem normas de direito ambiental. Abrange tanto a responsabilidade civil, com finalidade à compensação dos

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 912.849/RS**, Relator Min. José Delgado, julgado em 26 fev. 2008.

<sup>76</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 430.

danos ocasionados, bem como a responsabilidade administrativa e penal, que busca sanções contra os responsáveis, através dos princípios do poluidor-pagador, da responsabilidade e do equilíbrio ambiental. Todavia, a efetividade da responsabilidade jurídica ambiental demanda diversas dificuldades, como vejamos:

1. Prova do evento danoso: Demonstrar o nexo de causalidade entre a ação do particular e o Poder Público e os danos ambientais pode ser extremamente difícil. Os danos ambientais muitas vezes resultam de ações cumulativas no tempo.

2. Recursos Financeiros: Aos indivíduos ou comunidades que não têm os meios para arcar com as despesas legais necessárias, a responsabilidade jurídica ambiental pode ser obstada. Para tanto, a Defensoria Pública e a gratuidade de justiça podem romper esse obstáculo.

3. Falta de Conscientização: A falta de consciência sobre as questões ambientais e o conhecimento de direitos das comunidades afetadas pode perpetuar as violações ambientais, dificultando a busca pelo acesso à justiça.

4. Morosidade do Sistema Judicial: Pela demora nos processos judiciais, a busca pela reparação dos direitos violados pode ser desincentivada, bem como até mesmo não alcançada.

5. Complexidade Técnica: As violações aos direitos ambientais envolvem conhecimentos interdisciplinares, como estudos de especialistas em áreas como a física, geologia ou a química, por exemplo.

6. Pressões Econômicas: Eventualmente, a responsabilidade jurídica ambiental encontra resistência pela economia local, gerando resistência por parte de comunidades que dependem de indústrias poluentes.

Nesse contexto, a Defensoria Pública desempenha fundamental importância. No que diz respeito à responsabilidade jurídica ambiental, a atuação da Defensoria Pública pode se dar de diversas formas:

1. Assistência Jurídica para Comunidades Vulneráveis: Na maioria das vezes, comunidades carentes e minorias étnicas são desproporcionalmente afetadas por danos ambientais. A Defensoria Pública, pela sua função de fiscal dos vulneráveis (custos vulnerabilis), deve tutelar os direitos dessas comunidades, a partir da representação nos processos judiciais e administrativos relacionados aos danos ambientais que as afetam.

2. Ações Cíveis Públicas Ambientais: A Defensoria Pública é legitimada para a tutela coletiva ambiental, com a finalidade de responsabilização dos poluidores e degradadores do meio ambiente, pleiteando a reparação dos danos e a prevenção. Além da tutela coletiva para a reparação e/ou prevenção, cabe o exercício de tutela cautelar, com a finalidade imediata de conservar ou assegurar o direito ao meio ambiente, prevenindo o dano ou garantindo o resultado útil do processo.

3. Mediação e Resolução de Conflitos: Trata-se de função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos, em razão da celeridade e efetividade desta forma de atuação. Por exemplo, é possível para a Defensoria Pública tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título extrajudicial (art. 5º, §6º, LACP).

4. Educação e Conscientização: De acordo com as suas funções institucionais, a Defensoria Pública deve promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos (ou fundamentais), da cidadania e do ordenamento jurídico. Por isso, com base no princípio da precaução e da prevenção, o conhecimento sobre o direito ambiental e as ações que podem prevenir, mitigar e reparar danos ambientais devem ser difundidas, atingindo o maior número de pessoas e promovendo a consciência de toda a sociedade.

Com base no exposto, a atuação da Defensoria Pública na responsabilidade jurídica ambiental é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais, e que aqueles que causam danos ao meio ambiente sejam responsabilizados. A Defensoria Pública é instituição permanente, e deve atuar como expressão e instrumento do regime democrático, orientando juridicamente e promovendo os direitos humanos, no que se faz imprescindível a tutela ambiental, de modo que sem o acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é impossível promover qualquer outro direito humano.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A responsabilidade jurídica ambiental é fundamental na proteção do meio ambiente e na garantia dos direitos fundamentais da humanidade. Deve-se buscar a responsabilização daqueles que causam danos ambientais, o que pode ser extremamente complexo e enfrentar diversos desafios, de natureza financeira, jurídica, social e política. Deve-se prestigiar o exercício da Defensoria Pública como um meio à justiça ambiental e a proteção dos interesses dos vulneráveis, como a instituição constitucionalmente incumbida desta tarefa.

Ao longo do artigo, exploramos o exercício da Defensoria Pública na tutela ambiental, salientando sua função na defesa de comunidades vulneráveis, na promoção de ações civis públicas ambientais, na resolução de conflitos e na educação da sociedade. Não se trata apenas da responsabilização judicial dos causadores de danos ambientais, mas também visa a precaução e prevenção desses danos e a promoção de uma consciência ambiental à sustentabilidade humana.

A degradação ambiental e as mudanças climáticas ameaçam todos os demais direitos humanos, e a responsabilidade jurídica ambiental e a atuação da Defensoria Pública são essenciais para a proteção da dignidade humana como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Governos, instituições jurídicas e a sociedade devem reconhecer a importância desse objetivo e cooperarem para a garantia que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja protegido. O meio ambiente é a base da vida e sustento da civilização.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 912.849/RS**, Relator Min. José Delgado, julgado em 26 fev. 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016, p. 97.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 430.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. Rev. Ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301.

## **A CRISE DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA COMO CONDIÇÃO PARA O SURGIMENTO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA.**

**JEFF DAVID MAC DONALD DA SILVEIRA CARNEIRO:**

Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Nilton Lins. Pós-graduado em Direito civil e processual civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.<sup>77</sup>

**OSMAN NASSER ANTUNES AGUIAR<sup>78</sup>**

(coautor)

**RESUMO:** O artigo em questão encontra-se estruturado em três capítulos e tem como objetivo abordar o surgimento da Sociologia do Direito enquanto ciência e ramo especializado da Sociologia Geral, seu conceito, objeto, evolução histórica e a visão do Direito sob a ótica dos precursores. O primeiro capítulo – A evolução histórica da Sociologia do Direito – relata a construção da Sociologia Jurídica como ciência propriamente dita, citando, preliminarmente, alguns artigos e debates acadêmicos que, embora envolvessem o futuro objeto da Sociologia Jurídica, ainda não eram tratados sob tal ótica, mas sim, sob o olhar de outras ciências. Analisa, ademais, a influência da Escola da Exegese que surgira na Revolução Francesa, os pensamentos dos precursores da Sociologia Geral, demonstrando a fonte da visão normativista e substantivista que prenominava na fase embrionária da ciência Sociologia Jurídica. Aborda, ainda, o trabalho desenvolvido por alguns precursores, tais como, Karl Marx e Émile Durkheim no campo da Sociologia Jurídica, seus pontos de convergência e de divergência. O segundo capítulo – As condições teóricas e sociais para o surgimento da Sociologia do Direito enquanto ciência - faz um paralelo entre as décadas que sucederam o período Pós-Segunda Guerra Mundial, quais sejam, as décadas de 50, 60 e 70, demonstrando que o momento econômico favorável presente nas décadas 50 e 60 serviu para proporcionar o ambiente ideal tanto para o surgimento de algumas condições teóricas como para as conjunturas

---

<sup>77</sup>Ex-advogado. Delegado de Polícia de Carreira do estado do Amazonas, Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Amazonas- SINDEPO/AM. Diretor da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BR. E-mail: jeff.david.macdonald@gmail.com

<sup>78</sup> Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior Batista do Amazonas (2013). Ex-integrante das Forças Armadas Brasileira, no posto de Tenente da Aeronáutica. Delegado de Polícia de Carreira do Estado do Amazonas. [osman\\_nasser@hotmail.com](mailto:osman_nasser@hotmail.com)

sociais. Acerca de cada condição específica, o presente estudo inicia tratando do “Desenvolvimento da Sociologia das Organizações”, o qual, partindo da formação do pensamento social crítico de Max Weber, pesquisa as estruturas e a forma das organizações, além do conjunto das interações ocorridas em seu núcleo e do impacto delas no comportamento social dos indivíduos. A segunda condição teórica, denominada “Desenvolvimento da Ciência Política” trata do interesse nos tribunais como instituição de poder, as orientações políticas seguidas por seus membros e como suas decisões são influenciadas por tais convicções, bem como influenciam a sociedade. A terceira condição teórica, qual seja, o “Desenvolvimento da Antropologia do Direito ou Etnologia Jurídica”, versa sobre a evolução do seu objeto, porquanto, *a priori*, tinha como escopo o estudo das sociedades simples coloniais e, com a evolução dessas para países, teve que migrar seu foco para outras questões, até centralizar no exame das sociedades capitalistas, na observação das normas, processos e instituições como fontes estruturadoras dos comportamentos sociais, adquirindo, por fim, uma conotação criminal com os estudos de Cesare Lombroso. Sob o prisma das condições sociais, tem-se as “lutas sociais protagonizadas por grupos sociais de minorias” em busca de direitos sociais, que, impulsionados pelos ditames da antecessora Revolução Francesa, ampliaram o mosaico dos direitos conquistados e, conseqüentemente, desencadearam a segunda condição social denominada “A Crise da Administração da Justiça”. O terceiro capítulo - A Crise da Administração da Justiça - trata detidamente sobre a segunda condição social que contribuiu para o surgimento da Sociologia do Direito, traçando um paralelo evolutivo desde 1960, tendo em vista, sobretudo, as conseqüências advindas das conquistas adquiridas pela primeira condição social, quais sejam, as lutas sociais, até seu apogeu que ocorreu em 1970, quando a crise se tornou flagrantemente exposta com a recessão mundial instalada à época. Nesse aspecto, o estudo se debruça sobre a origem, apogeu e as conseqüências da referida recessão.

**Palavras-chave:** Sociologia do Direito. Ciência autônoma. Condições fáticas e teóricas. Crise da administração da justiça.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tecerá uma digressão histórica acerca da origem da Sociologia Jurídica enquanto ciência, cujo início remonta ao contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, face ao surgimento de algumas condições teóricas e sociais eclodidas naquele momento histórico, impulsionadas pelo movimento de lutas sociais difundido pela Revolução Francesa de 1789.

De fato, dentre as condições sociais que contribuíram para o surgimento da Sociologia Jurídica, destaca-se a crise na administração da justiça que eclodira na década de 1960, revelando a incapacidade do poder Judiciário ante a sua falta de estrutura para atender às demandas jurídicas de todos os cidadãos que buscavam satisfazer suas pretensões pela via judicial. Tal inaptidão restou potencializada pela recessão mundial que assolou todo o planeta na década de 1970, desencadeada pela recém criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo - OPEP.

Ao final do presente trabalho demonstrar-se-á como tais fatores contribuíram de forma decisiva para o surgimento e desenvolvimento da Sociologia Jurídica, nos exatos moldes científicos atualmente preconizados nos bancos acadêmicos das faculdades de Direito do Brasil e do mundo.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIOLOGIA DO DIREITO**

De início, cumpre estabelecer a diferenciação da Sociologia Geral e da Sociologia Jurídica, podendo-se compreender a Sociologia Geral como o estudo científico da organização e do funcionamento das sociedades humanas, das relações sociais e das instituições. A origem da Sociologia Geral enquanto ciência remonta a Émile Durkheim, o qual, baseando-se nos estudos de Augusto Comte, desenvolveu um método de análise preciso e rigoroso apto a qualificá-la como ciência.

A Sociologia Jurídica, por sua vez, é definida como um ramo especializado da Sociologia Geral e possui como objeto de análise a influência que o direito exerce na sociedade e a que esta exerce sobre o direito, bem como quais tipos de regras regulam uma sociedade.

Embora a origem científica da Sociologia Jurídica remonte ao período Pós-Segunda Guerra Mundial, a verdade é que a Sociologia, em sua essência, já existe há muito tempo, senão vejamos.

No século V a.c, Heródoto dedicou grande parte dos seus estudos a detalhar o cotidiano dos povos e seus respectivos costumes. No segundo quartel do século XIX, em 1838, Auguste Comte debruçou-se sobre o tema e desenvolveu o conceito de sociologia quando ministrava seu curso de Filosofia positiva. Além do mais, houve grande produção científica orientada sob o prisma da sociologia do direito antes de seu surgimento como ciência, fato que se torna notório nas pesquisas realizadas pelos precursores da sociologia, pois seu alvo, o Direito, já era objeto secular de estudo de outras ciências, tais como a Filosofia e a História do Direito.



Partindo desta premissa, conforme citado acima, antes mesmo do surgimento da Sociologia do Direito como ciência, houve grandes debates sob uma perspectiva da Sociologia Jurídica, podendo ser citado o catedraticamente travado entre Savigny e Bentham, cuja questão central girava em definir se o Direito deveria assumir uma postura mais passiva, limitando-se a acompanhar e a incorporar os valores sociais e as condutas diuturnamente ocorridas no seio da sociedade, ou se deveria ter um papel mais ativo, promovendo e influenciando os padrões e as condutas sociais.

Outro debate interessante sob a ótica embrionária da Sociologia do Direito polarizava a questão entre saber se o Direito indicava os padrões da solidariedade social, realizando integração social e o bem comum, tal como preconizado por Émile Durkheim, ou se o Direito era um instrumento de dominação econômica e social utilizado pela classe dominante sobre a classe dominada na eterna luta dos interesses de classe, ideia disseminada por Karl Marx.

Desta forma, é possível observar resquícios da Sociologia do Direito antes mesmo do seu surgimento enquanto ciência, face a existência de discussões informais e artigos científicos originados com fulcro em outros ramos das ciências.

Noutro giro, debruçando-se sobre os estudos realizados pelos precursores da sociologia durante o século XIX, é possível observar que, durante o período inicial, prevalecia uma visão normativista e substantivista do direito, em detrimento de uma visão institucional e processual da matéria, visão esta talvez influenciada pelos preceitos estabelecidos pela Escola da Exegese, e soberanamente difundidos pela Revolução Francesa, que ocorrera em 1789, final do século XVIII.

De fato, os ensinamentos da Escola da Exegese vigoraram na França Napoleônica até meados dos anos 1880, cerca de 10 (dez) anos após o início da segunda República Francesa, razão pela qual a visão normativista e substantivista do Direito predominou nos pensadores do primeiro quartel do século XIX.

Como exemplo, cita-se Eugen Ehrlich, jurista e sociólogo idealizador do “Direito Vivo” e da criação judiciária do direito e, para alguns, pai da Sociologia do Direito. Sua produção científica mais famosa, “O direito Vivo” estatua um contraponto com o direito posto defendido por Hans Kelsen, pois, segundo os estudos de Ehrlich, na grande maioria das vezes, a “lei viva” e não positivada (costumes) tinha o papel de prevenir, reger e resolver as relações e conflitos sociais emergentes de uma sociedade.

Outra eminente obra de Ehrlich - “A Criação Judiciária do Direito”, realiza um paralelo entre a normatividade do direito, a qual surge de uma norma exangue criada pelo

Legislativo e que possui legitimidade democrática formal, em contraponto à força emanada de decisões proferidas pelo Judiciário no caso concreto, a chamada jurisprudência.

O referido debate criou as circunstâncias necessárias para o posterior surgimento de uma Sociologia com enfoque nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais, como se verá mais a frente quando serão detidamente examinadas as condições teóricas do surgimento da Sociologia do Direito.

Aspecto interessante a ressaltar são as semelhanças existentes entre a teoria da “criação judiciária do direito” e o contemporâneo “ativismo judicial”, segundo o pensamento de Dirley da Cunha Júnior, *in verbis*:

Desse modo, diferentemente do Judiciário “invisível”, “nulo” e “inanimado”, tal como concebido pela clássica teoria da separação dos Poderes, devemos necessariamente reconhecer a extraordinária grandeza e vigor do “atual” e “renovado” Poder Judiciário, como garantia do Estado Constitucional Democrático, pois um sistema equilibrado de controles recíprocos depende, como garantia democrática da liberdade, da coexistência de um legislativo forte como um executivo forte e um judiciário forte, ‘no qual o crescimento do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes’. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em separação, mas sim em equilíbrio entre os Poderes (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 170).

Ademais, ainda no início do século XIX destacam-se os estudos de Max Weber, jurista, economista e sociólogo que, ciente da posição de destaque que o Direito possuía no seio da sociedade e, sob uma ótica do Direito Zetéica (como os súditos observavam o Direito), centralizou sua análise em três pilares, a saber: as pessoas encarregadas de aplicar as normas jurídicas; as profissões jurídicas e o sistema burocrático.

Segundo os ensinamentos do referido autor, a sociedade capitalista racional possuía uma característica basilar, qual seja, a centralização do monopólio estatal conduzida por funcionários públicos que, por sua vez, seguiam procedimentos criados segundo uma “racionalidade formal” e definidos em normas abstratas a serem aplicadas no caso concreto, em um “tipo ideal de burocracia”. Para Weber, a “racionalização da vida social” manifesta-se como a constante imposição de regras sociais ou estatais para a regulação da vida social, a exemplo dos códigos, leis ou mesmo a regulação de uma fila de banco, de

tal sorte que toda sociedade encontra-se em um processo constante de racionalização, conforme se torna mais complexa e objetiva.

De tudo aqui falado, constata-se que, embora haja uma diversificação intelectual entre os pensadores pioneiros, o ponto em comum que os une é a visão normativista e substantivista do direito, a qual influenciou decisivamente na definição do objeto da Sociologia do Direito no período Pós-Segunda Guerra Mundial.

Destacam-se as considerações emanadas de Boaventura de Souza Santos, que, traçando um paralelo, ressalta como a dicotomia entre o Direito formal, presente nos códigos e leis, e o Direito eficaz, aplicado no seio da sociedade, influenciaram diretamente na definição do objeto de estudo da Sociologia do Direito, senão vejamos:

Esta tradição intelectual diversificada mas em que domina a visão normativista e substantivista do direito teve uma influência decisiva na constituição do objecto da sociologia do direito no pós-guerra. Dentre os grandes temas deste período refiro dois a título de exemplo: a discrepância entre o direito formal mente vigente e o direito social mente eficaz, a célebre *dicotomia law in books/law in action* da sociologia jurídica americana; as relações entre o direito e o desenvolvimento socioeconômico e mais especificamente o papel do direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais. Em qualquer destes temas, bastante distintos, um centrado preferentemente nas preocupações sociais dos países desenvolvidos e o outro nas dos países em desenvolvimento, são nítidos o privilegiamento das questões normativas e substantivas do direito e a relativa negligência das questões processuais, institucionais e organizacionais (SOUSA SANTOS, 1986, p. 14).

Corroborando com tal afirmação, destaca-se a célebre dicotomia da sociologia americana "*law in books/law in action*" originária do artigo de 1910 elaborado por Roscoe Pound, então reitor de *Harvard Law School*. O referido autor sintetiza com maestria em apenas uma frase a necessidade de se verificar não apenas o direito como sistema regulador, mas sim, como esse sistema regulador afeta a vida das pessoas, dos súditos.

## **2. AS CONDIÇÕES TEÓRICAS E AS CONDIÇÕES SOCIAIS PARA O SURGIMENTO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO.**

A conjuntura intelectual delineada linhas acima não perdurou por muito tempo, visto que, ao cabo da década de 50 e despertar dos anos 60, o cenário instalado no período

Pós-Segunda Guerra Mundial desencadeou no surgimento de algumas condições teóricas e conjunturas sociais que alteraram a perspectiva que outrora a Sociologia detinha sobre o Direito.

## 2.1 Das condições teóricas

Dentre as novas condições teóricas destacam-se o “Desenvolvimento da Sociologia das Organizações”, o “Desenvolvimento da Ciência Política” e o “Desenvolvimento da Antropologia do Direito ou Etnologia Jurídica”. Noutro giro, é possível ressaltar como condições sociais as “Lutas sociais protagonizadas por grupos sociais” e a “Crise da administração da justiça”.

Quanto ao primeiro pressuposto teórico, isto é, o “Desenvolvimento da Sociologia das Organizações”, a evolução histórica revela que tal circunstância evoluiu para tornar-se um ramo especializado da Sociologia, a qual possui como maior expoente o teórico Max Weber. A “Sociologia das Organizações” possui como objeto central dos seus estudos a pesquisa das estruturas e a forma das organizações, bem como o conjunto das interações ocorridas em seu núcleo e o impacto delas no comportamento social dos indivíduos. Neste contexto, a institucionalização de uma organização é um processo que reflete sua história em particular, as pessoas que nela trabalharam, os diversos interesses consagrados (vested interests) dos grupos que a constituem e a maneira como se adaptou ao seu ambiente. (Selznick, 1972).

De fato, as organizações influem diretamente na vida e formação da pessoa e da sociedade, visto que “afetam fortemente cada aspecto da existência humana – nascimento, crescimento, desenvolvimento, educação, trabalho, relacionamento social, saúde, e até mesmo a morte” (SILVA, 2013, p. 43).

Tal afirmação é corroborada por Richard Daft:

É difícil enxergar as organizações. Podemos ver os sinais externos, como altos edifícios, uma estação de computador ou um funcionário educado, mas a organização como um todo é vaga e abstrata e pode estar espalhada em diversas localidades, até mesmo ao redor do mundo. Sabemos que as organizações estão ali porque elas afetam a todos, todos os dias. Na verdade, elas são tão comuns que as tomamos por algo que sempre esteve ali. Mal percebemos que nascemos num hospital, somos registrados em um cartório, estudamos em escolas e universidades, crescemos com alimentos produzidos em fazendas corporativas, somos assistidos por médicos integrantes de uma equipe, compramos uma casa construída por

uma construtora e vendida por imobiliária, pegamos dinheiro emprestado de um banco, recorremos à polícia e aos bombeiros quando estamos com problemas, usamos empresas de transportes para fazer mudança de casa, recebemos benefícios de órgãos do governo. A maioria de nós passa muitas horas trabalhando numa organização de um tipo ou de outro. (DAFT, 2014, p. 12)

No que tange à segunda condição teórica, “o Desenvolvimento da Ciência Política” e seu consequente interesse pelos tribunais como instância de poder decisivo e político, a mesma se ateve à análise dos membros do poder Judiciário, especificamente das orientações políticas seguidas pelos juízes e, conseqüentemente, como tal decisão influencia e é influenciada pela ideologia política na qual o magistrado fora imbuído durante sua formação pessoal e acadêmica. Em outras palavras, disserta acerca da forma pela qual as orientações políticas do magistrado interferem em suas decisões e como estas refletem na sociedade.

Quanto ao terceiro requisito teórico - “O Desenvolvimento da Antropologia do Direito ou da Etnologia Jurídica”, observa-se que, por muito tempo, a Antropologia Jurídica concentrou seus estudos na pesquisa das sociedades coloniais, preponderantemente sobre as constituídas na África e na América do Sul. Ocorre que, com o passar do tempo, tais colônias adquiriram suas independências, tornando-se países, cenário que findou forçando a Antropologia jurídica a progressivamente migrar seus estudos para outro campo, qual seja, o exame das sociedades capitalistas, especificamente na observação das normas, processos e instituições e eficácia estruturadora dos comportamentos sociais. Outrossim, não se olvida que, posteriormente, tal disciplina adquiriu uma conotação criminológica, face aos estudos desenvolvidos por Nina Rodrigues e Cesare Lombroso.

## **2.2. Das condições sociais**

Ao lado das condições teóricas, mas não menos importantes, é necessário destacar a contribuição das condições sociais para o surgimento da Sociologia do Direito, servindo, ainda, como orientação para a pesquisa nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais. Ressalte-se, inegavelmente, que embora fosse possível elencar a cooperação de incontáveis circunstâncias sociais, tendo em vista a magnitude de possibilidades no mundo dos fatos, é possível realçar duas principais delas.

A primeira condição social a ser destacada são as “Lutas sociais protagonizadas por grupos sociais de minorias”. O panorama indica que os grupos sociais de minorias, quais sejam, negros, estudantes e a pequena burguesia, até aquele momento sem qualquer

tradição no campo das ações coletivas, estavam em busca de direitos relacionados com as mais diversas áreas sociais, tais como, segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente, qualidade de vida, entre outros.

Os referidos direitos sociais emanam do cenário delineado após a Revolução Francesa que, a despeito de serem consagrados na teoria, face ao fracasso prático do princípio da igualdade formal, ainda necessitavam ser implementados efetivamente, por meio de lutas sociais, protestos, ações judiciais, dentre outras.

De fato, a igualdade legal ou formal de todos perante a lei passou a ser confrontada com a igualdade material ou a desigualdade fática, perante a lei. Tal contraposição, como não poderia deixar de ser, tornou-se um oceano de questões para estudos, teses, lutas e discussões sobre a dicotomia existente no acesso à justiça no âmbito dos diferentes estratos sociais.

Em outras palavras, percebeu-se que o direito a um direito conquistado por meio da edição de uma norma pelo Poder Legislativo não significava o usufruto deste no mundo dos fatos, mas apenas o início de uma luta para sua implementação, luta esta que receberia o nome de lide e deveria ser travada, principalmente, em outro poder, o Judiciário.

### **3. A CRISE NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTICA**

A partir da década de 60, processos, tribunais e assuntos relacionados entram no enfoque da Sociologia, em razão da denominada “Crise na Administração da Justiça”, ocasionada principalmente pela primeira condição social citada alhures. As “Lutas sociais” potencializaram a mutação do Estado liberal para o Estado assistencial, providencial ou *Welfare State*, cuja importância exige comentários específicos.

O *Welfare State* ou Estado de bem-estar social, cuja origem remonta a década de 1880 sob a chancela do alemão Otto Von Bismarck “O chanceler de ferro”, caracteriza-se por ser uma forma de organização política mais intervencionista, na qual o Estado assume o papel de promover o bem-estar social e econômico dos cidadãos.

Nesse contexto, além de proporcionar saúde, segurança, moradia e educação, também controla a economia por meio de políticas estatais sustentadas por um sistema inflado de enorme carga tributária e fiscal. Tal modelo fora seguido por vários Estados, cada qual adaptando a sua realidade, a exemplo do modelo “democrata” que possui uma carga tributária maior e, em contrapartida, garante benefícios universais. Cita-se, ainda, o modelo liberal criado pelos EUA, o *new deal* que, arrecadando menos tributos, proporciona apenas os serviços mínimos a garantir a dignidade da pessoa humana.

Fato é que, com o tempo, tal modelo mostrou-se oneroso demais para os cofres públicos, levando muitos países a reverem seus conceitos para balancear as contas com os anseios sociais mínimos, o que posteriormente ficou conhecido como Estado Neoliberal. Confira-se:

O crescimento do Estado social ou Estado do bem-estar-social reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de Direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. (SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18).

Interessante destacar um fato ocorrido na Inglaterra na década de 1980 que ilustra, de um lado, a força que os movimentos de classe tinham, e do outro a intervenção estatal que era praticada à época. Vejamos:

O papel do governo britânico na greve dos mineiros de 1984 oferece um exemplo muito claro de como o Estado pode interferir a favor do capital. Contrariamente às regras elementares da boa prática nos negócios elogiadas pelo ex-presidente da General Motors, o Estado capitalista na Grã-Bretanha planejou sua ação antitrabalhista na forma de uma “acumulação cuidadosamente controlada e coordenada de estoques excessivos” com o objetivo mal disfarçado de provocar e levar os mineiros a uma greve em que — dado o total de recursos à disposição do Estado — eles nunca poderiam vencer (...) as autoridades do Estado, com total cooperação do Judiciário, também intervieram de todas as formas na disputa, negando aos grevistas suas legítimas reivindicações e privando o Sindicato

Nacional de Mineiros de todos seus recursos. Além disso, o Estado gastou quantias maciças durante todo o ano que durou a luta — algo estimado em torno de 5 ou 6 bilhões de libras esterlinas [de 20 anos atrás] — para derrotar a greve. E, o que talvez seja o mais importante, ao mobilizar as forças do capital internacional bem como as ligações internacionais do Estado britânico (inclusive sua capacidade de assegurar o fornecimento de carvão à Polônia), a confrontação foi organizada de forma a pôr um fim ao “sindicalismo intransigente” em geral, e não simplesmente a uma disputa industrial particular. Chamar os mineiros de “inimigo interno” e vangloriar-se de “despedi-los” atendeu ao objetivo de intimidação ao sindicalismo radical e geral, sempre que aparecesse com reivindicações não-integráveis. (MESZÁROS, I. O poder da ideologia. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004).

Sob o enfoque da crise da administração da justiça, tem-se, resumidamente, que as lutas conquistaram direitos individuais e sociais e o Estado assistencial estabeleceu tais direitos como normas programáticas a serem cumpridas pelo Estado, no intuito de reduzir as desigualdades sociais e em busca da igualdade material.

Contudo, os direitos são fartos e os recursos finitos, o que gerou um passivo enorme de não prestação ou de prestação ineficiente dos mesmos.

Aliado a este fenômeno social, ocorria outro que era desencadeado pela classe trabalhadora, outrora relegados ao esquecimento por não possuir direitos e nem representatividade parlamentar e, diante do novo quadro fático caracterizado pela implementação da igualdade e da dignidade da pessoa humana, integrava-se à sociedade de forma mais ativa. No entanto, tal situação gerou mais conflitos, sejam sociais, trabalhistas, de segurança social, de habitação ou comercial, dentre outros.

No mesmo cenário, ocorria a integração da mulher no mercado de trabalho que, tendo em mãos o capital pago em contrapartida do seu esforço, também conquistava seu espaço na sociedade e dentro da família, o que, por via de consequência, gerava mais conflitos sociais e familiares, refletindo no direito de família e sucessões.

Todos estes eventos e outros aqui não citados contribuíram para uma avalanche de litigiosidade que o Poder Judiciário e todo o aparato necessário para sua movimentação, tais como, Advogados, Juristas, Faculdades, Promotores, etc, não estava preparado para abarcar.



Assim, recursos e investimentos deveriam ser canalizados para esta demanda social com instalações de Tribunais, contratação de juizes e demais servidores, bem como a criação de faculdades para formar juristas.

Ocorre que a conjuntura mundial de expansão econômica estava arrefecendo e o início da década de 1970 foi marcado por uma recessão decorrente da escassez de petróleo no mercado mundial, época em que ocorriam guerras no Oriente Médio e conflitos entre os países árabes e Israel. Além disso, havia o embate entre EUA e a recém-criada Organização dos Países Exportadores de Petróleo - OPEP.

Neste contexto, a recessão mundial que caracterizou a década de 1970 drenou os recursos públicos dos Estados e, conseqüentemente, gerou a incapacidade destes em manter as medidas assistencialistas e os compromissos assumidos com as classes sociais menos favorecidas economicamente, bem como refletiu na incapacidade Estatal de aplicar recursos públicos na ampliação dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, na ampliação estrutural da Justiça, na organização dos tribunais, na contratação de magistrados e demais servidores da justiça. Logo, a "Crise na Administração da Justiça" agravou-se ainda mais.

Outrossim, devido a ampla divulgação da citada crise realizada pelos meios de comunicações sociais, houve a exposição da vulnerabilidade política que existia nas elites dirigentes do Estado e, conseqüentemente, a abertura de amplo campo de estudo para a Sociologia que, nesta ocasião, poderia tratar de temas ligados ao estudo sociológico da administração da justiça, da organização dos tribunais, das motivações das sentenças, da ideologia política e das profissões ligadas aos mais variados setores conexos à administração da justiça.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo o exposto, verifica-se que, embora não seja possível atribuir a origem da Sociologia do Direito a apenas um único fator, social ou teórico, é notória a contribuição dos eventos destacados no presente trabalho, com ênfase na "Crise da Administração da Justiça", a qual expôs as mazelas mais profundas do Judiciário outrora relegadas ao esquecimento social. De fato, tal crise, embora tenha tido origem muito mais antiga, atingiu seu apogeu na década de 1970, e desde então só se agravou face à complexação das sociedades contemporâneas produtoras de conflitos sociais e conseqüentemente, de lides judiciais que somente o Estado é capaz de dirimir.

Neste ponto, destaca-se a relação simbiótica da "Crise da Administração da Justiça" com a Sociologia do Direito, visto que embora àquela tenha se destacado como um fator social para o surgimento da Sociologia Jurídica, esta última, por sua vez, auxiliou com seus

estudos e pesquisas na diminuição da crise judiciária. Isso porque, além de expor as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, também se dedicou a descobrir as origens de tais dificuldades.

Assim, atualmente, embora seja consabido que o caminho para a solução da crise seja árduo, o trabalho da Sociologia do Direito erigiu um “norte” a ser seguido, tais como a ampliação estrutural do Poder Judiciário, a formação e qualificação de profissionais da área jurídica, a criação de núcleos itinerantes de atendimento ao cidadão, a criação de centros de composição e a implementação de alguns institutos como o da Justiça Multiportas, na intenção de buscar meios jurisdicionais e não jurisdicionais na solução de conflitos.

### **Referências**

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAFT, Richard L. Organizações: teoria e projetos. 11. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MESZÁROS, I. O poder da ideologia. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder*. reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18.

SILVA, Reinaldo Oliveira da. Teorias da administração. 3. ed. São Paulo: Pearson, 2013.

SELZNICK, Philipe. A liderança na administração: uma interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, 21, 11-37, 1986.

## ALIENAÇÃO PARENTAL: LIMITES E DIREITOS

**THIAGO DARSETTI BARBOSA:**  
graduando em Direito pelo Centro  
Universitário Una/Linha verde, do Grupo  
Ânima Educação<sup>79</sup>

**VICTORIA NATHIELE SANTOS LIMA<sup>80</sup>**

(coautora)

NATALIA CARDOSO MARRA

(orientadora)

**RESUMO:** No Brasil existem famílias que vivem o pesadelo de perder o menor para o alienador. No presente estudo, demonstrar que uma simples e pequena atitude, muitas vezes impensada, resulta em prejuízos mentais e intrínsecos na vida de quem sofre essa violência. É de extrema importância reforçar a importância das investigações aprofundada nos casos. Em um viés mais moderno, sob os estudos feitos em direito de família a partir de 2010, com criação da Lei nº 12.318/2010. Entretanto, os direitos dos menores estão previstos em todo o ordenamento jurídico e sua importância do zelo. Essa pesquisa terá um mero feito cronológico sobre as mudanças e efeitos da lei de alienação parental no Brasil aos longos dos anos e as consequências em termos de direito de família.

**Palavras – chave:** Família. Direitos. Menores de idade. Crime. Alienação Parental. Abuso.

**ABSTRACT:** In Brazil, there are families who live the nightmare of losing their child to the alienator. In the present study, to demonstrate that a simple and small attitude, often thoughtless, results in mental and intrinsic damage in the lives of those who suffer this violence. It is extremely important to reinforce the importance of in-depth investigations in cases. In a more modern bias, under the studies made in family law from 2010, with the creation of Law nº 12.318/2010. However, the rights of minors are provided for throughout the legal system and their importance of zeal. This research will have a mere chronological effect on the changes and effects of the parental alienation law in Brazil over the years and the consequences in terms of family law.

---

<sup>79</sup> E-mail: [thiogodarsetti77@gmail.com](mailto:thiogodarsetti77@gmail.com)

<sup>80</sup> graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una/Linha verde, do Grupo Ânima Educação

**Keywords:** Family. Rights. Minors. Parental Alienation. Crime. Abuse.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca investigar e compreender a alienação parental sob diferentes perspectivas, com o objetivo de analisar suas causas, impactos e possíveis estratégias de prevenção e intervenção. É essencial destacar que a discussão sobre alienação parental ganhou relevância nas últimas décadas, à medida que se reconheceu a necessidade de proteger os direitos das crianças e promover relações familiares saudáveis e equilibradas.

Em uma revisão abrangente da literatura existente em pesquisas acadêmicas, estudos de casos e contribuições de especialistas da área. Através dessa revisão, busca-se identificar as principais características da alienação parental, suas implicações para as crianças envolvidas e a forma como pode afetar seu desenvolvimento emocional e social.

Além disso, serão examinadas as possíveis causas e fatores de risco associados à ocorrência da alienação parental, incluindo conflitos conjugais, disputas de custódia, falta de comunicação e ressentimento entre os genitores. Serão abordadas também as consequências jurídicas e psicossociais desse fenômeno, bem como os desafios enfrentados pelos profissionais envolvidos na resolução de casos de alienação parental.

No primeiro capítulo, explica-se o conceito de alienação parental, diferenciando explicando quais situações devem ser passíveis de responsabilidade civil e como podemos identificar uma situação de alienação no convívio familiar e afetivo.

Já no segundo capítulo, discute-se a consequência de responsabilizar civilmente ou não por abandono afetivo o genitor que, assim como a criança ou adolescente também foi vítima de atos de alienação parental, ou seja, ambos sofreram danos de ordem moral.

No terceiro capítulo, são abordados os crimes e responsabilidade civil dos genitores e familiares, assim como procura demonstrar a responsabilidade exclusiva do alienante em casos de conflitos decorrentes de alienação parental, uma vez que o mesmo que deu causa ao afastamento do filho com o genitor alienado e responder criminalmente pelos seus atos.

Portanto este trabalho buscará aprofundar a compreensão das questões legais relacionadas à alienação parental, explorando a legislação, os direitos das partes, as responsabilidades das autoridades judiciais, as consequências para aqueles que a praticam e as melhores condutas ao combate à alienação parental, contribuindo para uma compreensão mais profunda desse desafio complexo e sensível do sistema jurídico e familiar contemporâneo.

## 1. ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO

O conceito de alienação parental foi pioneiramente estudado por um médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, chamado Richard Gardner, em 1998.

Segundo Gardner (1998, p, 85):

A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, por influência do outro genitor com quem a criança mantém um vínculo de dependência afetiva e estabelece um pacto de lealdade inconsciente no caso de a síndrome de alienação parental SAP se instalar, a convivência com o genitor alienado ficará ameaçada a ser destruída ou em casos mais graves será destruída a convivência da criança com o alienado.

A Lei nº 12.318 / 2010 define a alienação parental em seu artigo 2º, sendo uma situação em que um dos genitores ou responsáveis por uma criança procura deliberadamente alienar, afastar ou manipular a mente da criança para que ela desenvolva uma aversão injustificada em relação ao outro genitor ou responsável.

Esse fenômeno ocorre geralmente em contextos de separações ou divórcios conflituosos e pode resultar em sérios impactos negativos no bem-estar emocional e psicológico da criança, bem como em seus relacionamentos familiares. O objetivo é desqualificar o genitor alvo e minar seu relacionamento com a criança.

É importante ressaltar a identificação desses atos tão recorrentes, para que providências sejam tomadas e asseguradas para proteção integral da criança, com absoluta prioridade, conforme exposto no texto constitucional, em seu art. 227 CF/88.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A criança que ama o seu genitor é induzida ao afastamento dele, isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Ficando privado do contato com o genitor alienado, a criança acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verídico tudo que lhe é comunicado.

Nem sempre é possível discernir que está ocorrendo a manipulação, fazendo com que aquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A visão dela torna-se a realidade para o filho, que experimenta representações fictícias de uma existência que não corresponde à verdade.. Implantam-se, assim, falsas memórias.

A prática da Lei tem demonstrado realidades jurídicas que exigem novas reflexões e um reordenamento legal que otimize o enfrentamento, como, por exemplo, em relação à guarda compartilhada, o novo instituto jurídico da (Lei nº 11.698/2008) recentemente dinamizado na Lei nº 13.058, de dezembro de 2014, que se apresenta como um importante instrumento que desdobra à prática de alienação.

Grande aumento em divórcios e o conseqüente aumento das disputas pela guarda dos filhos demonstram a ocorrência dos atos de Alienação Parental com maior frequência. A convivência da família piorou a ponto de começar um movimento por parte daqueles que até então viviam uma situação de razoabilidade na convivência parental para um

afastamento, dentro da perspectiva do responsável pela guarda, existe a ideia de que quanto mais intenso o conflito, menor deve ser o tempo de convivência. A desqualificação, a irresponsabilidade afetiva na conduta entre os genitores na presença do menor, bem como omitir informações pessoais sobre a criança (escolares, médicas, moradia), entre outros artifícios caracterizam o ato da alienação parental.

E essa convivência familiar que independente de sua constituição e formação, deve ser protegida pelo Estado, é a base sustentadora da sociedade, e assim, o caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, garante a mesma: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" . Com isso, Dias (2007, p. 41), com base em Mônica Guazzelli, esclarece que:

A família instituição foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Nessa abordagem, destaca-se a necessidade de reconhecer essas práticas frequentes, a fim de tomar medidas e garantir a proteção completa da criança, com prioridade absoluta. Portanto, a importância de preservar a ligação na formação das relações emocionais da criança afetada por conflitos familiares.

### **1.1. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Síndrome de Alienação Parental é um termo que foi proposto por Richard Gardner na década de 80, para descrever um conjunto de sintomas comportamentais e emocionais que ocorrem em crianças quando são submetidas a situações de alienação parental.

A SAP ocorre quando um dos genitores, após uma separação ou divórcio, tenta alienar ou manipular a criança para que ela rejeite o outro genitor de maneira injustificada. Segundo o autor, a síndrome surge a partir de programação ou lavagem cerebral feita por um dos genitores (GARDNER, 2001).

Segundo Trindade (2010, p. 22/23):

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é caracterizada pelo comportamento do genitor alienante, que busca denegrir o outro genitor, geralmente o detentor da guarda da criança na maioria dos casos, criando falsas memórias e situações irreais para perturbar a percepção da criança em relação ao ex-cônjuge. Isso leva a criança a não distinguir mais a verdade da mentira.

Importante notar que a SAP não se limita ao genitor alienante, conforme a Lei de Alienação Parental nº 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A SAP é um tema debatido nos campos médico, psicológico e jurídico, principalmente em situações de disputa de custódia durante separações litigiosas. A SAP não é uma doença mental, mas uma situação que ocorre em contextos de litígio pela guarda de crianças.

Conforme Souza (2006), quando um dos cônjuges destrói a imagem do outro na mente da criança, esta passa a ver o genitor alienado como inimigo, resultando em danos psicológicos. A criança desenvolve uma dependência excessiva pelo guardião alienante e sentimentos negativos em relação ao outro pai, muitas vezes recusando-se a estar com ele.



Baseando nas observações da psicóloga clínica Denise Maria Perissini da Silva, (2012):

[...] a alienação parental (AP), é uma patologia psíquica gravíssima que acomete o genitor que deseja destruir o vínculo da criança com o outro, e a manipula afetivamente para atender motivos escusos. Quando a própria criança incorpora o discurso do alienador e passa, ela mesma, a contribuir com as campanhas de vivificação do pai/mãe-alvo, instaura-se a síndrome de alienação parental (SAP).

A SAP é um tema controverso no contexto jurídico e psicológico. Alguns especialistas argumentam que a SAP não deve ser usada como diagnóstico, enquanto outros a veem como uma ferramenta importante para abordar situações de alienação parental.

A utilização da SAP como evidência em disputas de custódia em tribunais também é controversa. Alguns acreditam que a SAP pode ser usada de forma inadequada para desqualificar o genitor custodial e prejudicar as decisões judiciais.

Da mesma maneira, a falta de critérios diagnósticos precisos para a SAP levanta questões sobre como identificá-la. Diferentes profissionais podem avaliar o mesmo caso de maneira diferente.

Em resumo, a Síndrome de Alienação Parental é um tópico complexo e questionável, que suscita debate em várias áreas, incluindo psicologia, direito e ética. A maneira como a SAP é identificada, tratada e usada em contextos judiciais é objeto de controvérsia e requer uma consideração cuidadosa de todas as partes envolvidas. O foco principal deve ser o bem-estar da criança envolvida.

## **2. CONSEQUÊNCIAS E RESPONSABILIDADE CIVIL**

A Alienação Parental pode ter várias consequências tanto para as crianças envolvidas quanto para os pais que praticam a alienação e também para o relacionamento dos pais. Além disso, em muitas jurisdições, os pais que praticam alienação parental podem enfrentar a responsabilidade civil e até mesmo penal por suas ações.

As crianças expostas à alienação parental podem sofrer danos emocionais significativos. Elas podem sentir confusão, ansiedade, depressão, raiva, culpa e tristeza

devido ao conflito entre os pais e a pressão para escolher um lado. Pode também haver um déficit na capacidade das crianças de estabelecerem relacionamentos saudáveis no futuro, já que podem desenvolver desconfiança em relação aos outros, medo de abandono e dificuldade em confiar.

Acerca disso, a alienação parental pode levar as crianças a vivenciarem níveis significativamente mais elevados de ansiedade e depressão (WARSHAK, 2015). A constante desvalorização de um dos pais pode resultar em baixa autoestima (BRUCH, 2001). O risco de desenvolverem problemas de saúde mental, como transtorno de estresse pós-traumático (BERNERT, 2010) também é corriqueiro. Consequentemente, o desempenho escolar é bastante prejudicado (FIDLER, BALA, & SAINI, 2007), logo, as crianças podem exibir comportamentos desafiadores, como agressão, desobediência e isolamento social (BRUCH, 2001), visto que, a AP pode prejudicar o desenvolvimento saudável das habilidades de gestão emocional das crianças (BALA, 2013). Contudo, os efeitos negativos da alienação parental podem afetar o desenvolvimento social, emocional e cognitivo das crianças (WARSHAK, 2015). Sob tal ótica, são por sua vez as maiores e mais recorrentes consequências presentes nas vidas dessas crianças, uma vez que, alienação parental é um problema sério e que seus males podem ser duradouros.

Do ponto de vista da psicologia, bem como é citado no "Parental Alienation: The Impact on Men's Mental Health", "A alienação parental é um fenômeno que pode causar danos profundos à saúde mental de homens, afetando sua autoestima, bem-estar emocional e relacionamentos". Desse modo, pais que são alvo de alienação parental frequentemente experimentam altos níveis de estresse e ansiedade devido à hostilidade e ao conflito envolvendo seus filhos (KOPETSKI, 1998); angústia psicológica, podendo levar a problemas de saúde mental, como ansiedade, depressão e baixa autoestima; isolamento social, à medida que os pais enfrentam dificuldade em manter relacionamentos com amigos e familiares devido à situação; impacto na coparentalidade, a cooperação entre os pais pode ser prejudicada, o que pode afetar adversamente a capacidade de criar o filho em conjunto de maneira saudável.

Em casos graves de alienação parental, alguns pais podem desenvolver sintomas de depressão devido à perda do relacionamento com os filhos e ao isolamento social resultante (WARSHAK, 2010). Da mesma forma, podem enfrentar desafios significativos em sua saúde mental, especialmente quando a alienação continua ao longo do tempo (WOODALL, 2013). O afastamento dos filhos pode levar à sensação de isolamento social e solidão, o que, por sua vez, pode contribuir para problemas de saúde mental (BALA, 2013). Outrossim, o estresse crônico resultante da alienação parental pode ter impactos adversos na saúde física dos pais, incluindo problemas cardiovasculares e distúrbios do sono (KOPETSKI, 1998).

Todavia, perante todas essas consequências físicas e psicológicas, não pouco importantes, existem as consequências legais. A responsabilidade civil no contexto da alienação parental é um tema complexo e crucial, pois visa proteger não apenas os interesses dos pais envolvidos, mas, acima de tudo, o bem-estar emocional e psicológico das crianças.

A responsabilidade civil desempenha um papel crucial na proteção do bem-estar das crianças em casos de AP. A legislação brasileira, como a Lei nº 12.318/2010, estabelece bases sólidas para considerar as consequências emocionais e psicológicas nas crianças e a responsabilização do genitor alienador. A proteção das crianças deve ser prioridade em casos de alienação parental, e a responsabilidade civil é uma ferramenta valiosa para garantir que os danos sejam reparados e que o relacionamento com ambos os genitores seja preservado.

A responsabilidade civil é essencial para proteger o bem-estar das crianças. Quando um genitor age de forma a prejudicar o relacionamento da criança com o outro genitor, isso constitui um ato ilícito que pode resultar em danos emocionais e psicológicos. Responsabilizar legalmente o genitor alienador é um passo importante para garantir que as crianças sejam protegidas de danos a longo prazo (ALVES, 2021).

De acordo com o Dr. Richard Warshak, psicólogo clínico e autor renomado na área de alienação parental:

A responsabilidade civil no contexto da alienação parental deve considerar não apenas a reparação do dano emocional nas crianças, mas também o impacto a longo prazo em seus relacionamentos futuros e bem-estar mental. É uma questão de justiça para as vítimas inocentes.

A legislação precisa reconhecer a responsabilidade civil dos alienadores não apenas como um ato contra o outro genitor, mas como uma violência direta contra a criança. A proteção das crianças deve ser a principal prioridade (Dra. Amy J. L. Baker, pesquisadora e autora de diversos livros sobre alienação parental).

Além das consequências legais, o genitor alienador pode ser processado civilmente pelo genitor prejudicado, que pode buscar uma indenização por danos morais decorrentes da alienação parental.

No Brasil, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de responsabilização civil do genitor alienador. Um exemplo disso pode ser encontrado no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.698.814/SP, em que se decidiu que "o ato ilícito praticado pelo alienante, bem como o dano e o nexo causal, que é imprescindível em sede de responsabilidade civil, estão comprovados" [TJ-SP, 2017].

A advogada especializada em Direito de Família e Sucessões, Renata Vilhena Silva, em artigo intitulado "Responsabilidade Civil na Alienação Parental", destaca que "a responsabilidade civil do genitor alienador pode ser analisada à luz do artigo 927 do Código Civil, que dispõe sobre a obrigação de reparar o dano. A partir disso, pode ser requerida uma indenização por danos morais" [SILVA, 2018].

O jurista Pablo Stolze Gagliano, em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho, no livro "Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil", explora a responsabilidade civil na alienação parental, afirmando que "é inegável que o genitor alienante que, agindo com culpa, acarreta dano à personalidade do filho, deve ser responsabilizado. Há de se entender que, além das consequências jurídicas do ato ilícito, o dano moral não é um mero aborrecimento da vida cotidiana, mas sim uma dor moral" [GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018].

A possibilidade de danos morais serem reconhecidos perante a justiça em casos de alienação parental é fundamentada em diversos fatores, como jurisprudência, doutrina jurídica e entendimentos consolidados. Abaixo, é descrito como é possível haver danos morais em casos de alienação parental:

**Ato Ilícito e Dano:** O ato ilícito é uma referência geral a ações proibidas por lei que causam dano a terceiros. O Código Civil Brasileiro, especialmente no artigo 186, estabelece a necessidade de reparação de danos quando alguém causar prejuízo injusto a outra pessoa. Para que uma ação judicial por danos morais em casos de alienação parental seja viável, é necessário comprovar que houve um ato ilícito por parte do genitor alienador, causando danos psicológicos, emocionais ou sociais ao genitor alienado e, muitas vezes, à própria criança envolvida.

**Responsabilidade Civil:** A responsabilidade civil é um princípio do direito civil e está fundamentada no Código Civil Brasileiro, notadamente nos artigos 927 e seguintes, que estabelecem a responsabilidade por atos ilícitos. A responsabilidade civil do genitor alienador é a base para a ação por danos morais. Isso significa que o genitor que praticou a alienação deve ser responsabilizado pelo dano moral causado.

**Nexo Causal:** O nexo causal é um conceito fundamental em ações de responsabilidade civil e está implícito nos artigos do Código Civil que tratam da matéria. A

relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano é essencial para a responsabilização. É essencial estabelecer um nexó causal entre o ato ilícito (alienação parental) e o dano sofrido. Isso significa que o dano deve ser uma consequência direta do comportamento do genitor alienador.

**Prova dos Danos Morais:** Embora não mencionado diretamente, a necessidade de apresentar provas dos danos morais está alinhada com o sistema jurídico, que exige a comprovação de danos para a concessão de indenizações, como previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Na ação judicial, é necessário apresentar provas dos danos morais, como relatórios psicológicos, testemunhos de profissionais da área, registros de comportamentos alienantes e suas consequências. Essas provas ajudarão a demonstrar a extensão dos danos.

**Precedentes Jurídicos:** Os precedentes jurídicos são decisões judiciais anteriores que estabelecem jurisprudência. Embora não mencionem artigos específicos, eles fazem parte do sistema jurídico brasileiro e influenciam as decisões judiciais futuras. A jurisprudência brasileira tem reconhecido a possibilidade de danos morais em casos de alienação parental. Decisões judiciais anteriores em que foram concedidas indenizações por danos morais em casos semelhantes servem como precedentes para novas ações.

**Legislação Aplicável:** A referência à legislação brasileira, incluindo o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, indica que essas leis são relevantes para o contexto de ações por danos morais em casos de alienação parental. A legislação brasileira, incluindo o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, fornece respaldo legal para a busca de indenização por danos morais em casos de alienação parental.

**Atenção ao Melhor Interesse da Criança:** Embora não mencionem artigos específicos, as decisões judiciais sempre consideram o melhor interesse da criança, como um princípio orientador amplamente reconhecido pelo sistema legal, especialmente no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. As decisões judiciais sempre consideram o melhor interesse da criança. Se a alienação parental causar danos à criança, o juiz pode conceder indenização por danos morais ao genitor alienado como forma de proteger o bem-estar da criança.

Em resumo, a possibilidade de danos morais em casos de alienação parental está fundamentada na legislação, na jurisprudência e em princípios do Direito de Família, sempre com o objetivo de proteger o bem-estar da criança e dos genitores envolvidos.

### **3. CRIME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

O crime de alienação parental se refere a uma série de comportamentos prejudiciais realizados por um genitor com o intuito de afastar ou alienar a criança ou adolescente do outro genitor. Em muitos países, incluindo o Brasil, esse comportamento é tratado com seriedade e é considerado crime.

No Brasil, a Lei nº 12.318/2010 define a alienação parental como "a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este." A mesma lei estabelece que a alienação parental é passível de punição.

Nas disputas judiciais envolvendo criança e adolescente, vítimas de alienação parental, quando efetivamente comprovado nos autos, a aplicação da lei, com todas as possibilidades de evitar e afastar prejudicialmente e impiedosa conduta do genitor alienador vem sendo reconhecida e aplicada pelos Tribunais, sempre visando a garantia dos interesses dos menores, notadamente os de estarem em um ambiente familiar com amor e limites necessários ao saudável crescimento.

A sanção mais grave imposta aos pais e familiares é a perda e suspensão da guarda sobre a criança ou parente alienado. Temos no Código Civil os artigos 1.637 e 1.638, onde encontra-se a hipótese de perda do poder familiar, caso coloque em risco o menor, exemplos comuns são os casos psicológicos, físicos e verbais, seja do pai, mãe ou familiar se comprovados.

### **3.1. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS**

A regulamentação de visitas é uma medida frequentemente utilizada para lidar com casos de alienação parental. Essa regulamentação visa garantir que o genitor alienado tenha oportunidade de manter um relacionamento saudável com a criança, mesmo diante dos esforços de alienação por parte do genitor alienador.

A regulamentação de visitas, prevista na Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, art. 6º, pode ser estabelecida pelo sistema judiciário e geralmente envolve os seguintes elementos:

**Horários e dias de visitação:** O tribunal determinará os horários específicos e os dias em que o genitor alienado terá o direito de visitar a criança. Isso é feito para garantir uma rotina previsível e estável para a criança.

**Local de visitação:** O tribunal também pode especificar o local onde as visitas devem ocorrer. Isso pode ser na casa do genitor alienado, em um local neutro ou em uma instituição designada para visitas supervisionadas, dependendo das circunstâncias.

**Supervisão de visitas:** Em casos mais graves de alienação parental, o tribunal pode ordenar que as visitas sejam supervisionadas por um terceiro, como um profissional da área da saúde mental ou um monitor de visitas. A supervisão visa garantir que o ambiente seja seguro e que o genitor alienador não interfira nas visitas de maneira negativa.

**Comunicação entre os genitores:** O tribunal pode exigir que os genitores comuniquem-se de maneira civilizada e respeitosa para discutir questões relacionadas à criança, como horários de visitação, atividades escolares e questões médicas.

**Proibições ou restrições específicas:** O tribunal pode impor proibições ou restrições específicas, como a proibição de falar mal do outro genitor na frente da criança, proibir viagens internacionais sem autorização, entre outras, a fim de evitar a continuação da alienação.

É importante ressaltar que a regulamentação de visitas visa proteger o bem-estar da criança e garantir que ela tenha um relacionamento saudável com ambos os genitores. As decisões sobre a regulamentação de visitas são tomadas com base no melhor interesse da criança e podem variar de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

### 3.2. MULTAS E SANÇÕES LEGAIS

As multas e sanções legais têm o propósito de coagir o genitor alienador a cessar o comportamento alienante e garantir o cumprimento das ordens judiciais.

As multas e sanções legais previstas na Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, em seu art. 6º, III, podem ser aplicadas da seguinte maneira:

**Ordens judiciais específicas:** O tribunal pode emitir ordens judiciais detalhadas que proíbem o genitor alienador de continuar com o comportamento prejudicial. Essas ordens podem incluir a proibição de fazer comentários negativos sobre o outro genitor na frente da criança, a obrigação de cumprir as visitas e a proibição de impedir o contato entre a criança e o genitor alienado.

**Desacato à ordem judicial:** Se o genitor alienador violar repetidamente ordens judiciais, o tribunal pode considerar essa conduta como desacato à ordem judicial. Isso

pode resultar em multas e outras sanções legais, como a possibilidade de prisão por desobediência contumaz às ordens do tribunal.

**Intervenção do sistema de justiça:** O sistema de justiça pode monitorar de perto a situação e intervir sempre que ocorrerem violações das ordens judiciais. Isso pode resultar em penalidades financeiras, como multas, destinadas a punir o genitor alienador e desencorajar o comportamento alienante.

**Modificação da guarda:** Em situações graves de alienação parental, o tribunal pode considerar a modificação da guarda da criança, transferindo a guarda do genitor alienador para o genitor alienado. Isso é uma sanção significativa e serve como um meio de proteger o bem-estar da criança.

**Medidas coercitivas:** O tribunal pode impor medidas coercitivas, como multas diárias, até que o genitor alienador cumpra as ordens judiciais ou modifique seu comportamento.

É importante lembrar que o foco principal do sistema legal em casos de alienação parental é sempre o melhor interesse da criança. As multas e sanções legais são utilizadas como último recurso para garantir que o relacionamento da criança com ambos os genitores seja protegido e que ela cresça em um ambiente saudável. Essas medidas são aplicadas com cautela, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Além disso, a cooperação dos genitores e a busca de soluções que beneficiem a criança são sempre incentivadas antes de recorrer a medidas punitivas.

### **3.3. OBRIGATORIEDADE DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO**

Essa medida visa ajudar o genitor alienador a compreender e modificar seu comportamento, bem como a promover o bem-estar da criança. Na Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, está prescrita em seu art. 6º, IV . Os meios utilizados são:

**Identificação da alienação parental:** Primeiramente, o sistema judiciário deve reconhecer que está ocorrendo alienação parental. Isso pode ser evidenciado por meio de relatórios de profissionais da área de saúde mental, depoimentos das partes envolvidas, testemunhas, entre outras provas.

**Ação judicial:** Com base nas evidências de alienação parental, o genitor prejudicado ou o tribunal pode entrar com uma ação judicial solicitando a intervenção do sistema judiciário para proteger o relacionamento da criança com o genitor alienado.

**Avaliação psicológica:** Em muitos casos, o tribunal pode ordenar uma avaliação psicológica da família, na qual um profissional de saúde mental avalia a dinâmica familiar



e determina se a alienação parental está ocorrendo. Isso ajuda a embasar as decisões judiciais.

**Ordem para tratamento psicológico:** Se a avaliação psicológica confirmar a alienação parental, o tribunal pode ordenar que o genitor alienador participe de tratamento psicológico. Essa ordem pode incluir a obrigatoriedade de frequentar sessões de terapia individual, terapia familiar ou programas de intervenção específicos.

**Acompanhamento e relatórios de progresso:** Durante o tratamento psicológico, o genitor alienador é geralmente obrigado a fornecer relatórios de progresso ao tribunal, que podem incluir relatórios de terapeutas e profissionais de saúde mental. Esses relatórios são usados para avaliar o comprometimento do genitor em modificar seu comportamento.

**Reavaliação judicial:** Após um período determinado de tratamento psicológico, o tribunal pode reavaliar a situação para determinar se houve progresso e se o genitor alienador está disposto a cooperar na promoção do relacionamento saudável da criança com o outro genitor.

**Sanções legais:** Se o genitor alienador não cumprir as ordens do tribunal para participar do tratamento psicológico ou não demonstrar progresso, podem ser impostas sanções legais, como multas ou até mesmo modificações na guarda da criança.

É importante observar que a obrigatoriedade de tratamento psicológico em casos de alienação parental tem como objetivo principal ajudar o genitor alienador a mudar seu comportamento em benefício da criança. O tratamento psicológico pode fornecer apoio e orientação para que o genitor compreenda o impacto de suas ações na criança e trabalhe na reconstrução do relacionamento saudável entre a criança e o genitor alienado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, este estudo busca contribuir para a conscientização sobre a alienação parental, oferecendo subsídios teóricos e práticos para profissionais da área jurídica, psicológica e assistencial, além de fornecer informações importantes para pais e familiares que estejam enfrentando situações de alienação parental.

Espera-se, assim, que esta pesquisa possa colaborar para a implementação de estratégias eficazes de prevenção a intervenção, conscientizar na busca de equipe e intermediadores multiprofissionais visando proteger o bem estar das crianças fisicamente e psicologicamente, promovendo a construção de relações familiares saudáveis e harmoniosas.

Esta foi a intenção desta análise, que procura oferecer novas perspectivas para estimular o debate sobre a alienação parental e a maneira como deve ser abordada pelas instituições do Sistema de Justiça. Essas entidades não podem deixar de realizar a imprescindível avaliação biopsicossocial das partes envolvidas, a fim de aplicar corretamente os dispositivos da legislação específica.

## REFERÊNCIAS

A Síndrome da Alienação Parental nos casos de Divórcio com filhos, <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/>, 2022. Disponível em: < [https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-sindrome-alienacao-parental-nos-casos-divorcio-com-filhos.htm#indice\\_4](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-sindrome-alienacao-parental-nos-casos-divorcio-com-filhos.htm#indice_4) >. Acesso em: 10/10/2023.

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coord.). Família e Jurisdição II. IBDFAM. Ed. Belo Horizonte, Del Rey: 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei n. 12.310, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12318.htm). Acesso em: 12 de out. de 2023.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção e Guarda. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/home.dept>. Acesso em: 20 de out. de 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed. Revista Atualizada e Ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2007. São Paulo. Acesso em: 04 out.2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Acesso 10 nov 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EDWARD KRUK, Ph.D. The Impact of Parental Alienation on Children. [www.psychologytoday.com](http://www.psychologytoday.com), 2023. Disponível em: <

<https://www.psychologytoday.com/intl/blog/co-parenting-after-divorce/201304/the-impact-parental-alienation-children> >. Acesso em: 14/10/23.

GARDNER, Richard A. M.D. O DSM-IV tem o equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP). Disponível em: [www.alienação-parental.com.br](http://www.alienação-parental.com.br). Acesso em 20 jul.2013. 95.

GUARDA COMPARTILHADA – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, <https://www.tjdft.jus.br/>, 2022. Disponível em: < Guarda compartilhada – melhor interesse da criança >. Acesso em: 05/10/2023.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 2ª Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Analicia. Síndrome de Alienação Parental: análise de um tema em evidência. 2023. Disponível em: < [https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/15439/1/Dissert\\_Analicia%20Martins%20de%20Sousa.pdf](https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/15439/1/Dissert_Analicia%20Martins%20de%20Sousa.pdf) >. Acesso em: 08/10/23.

MOTTA, Maria Antonieta pisano. Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos/Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados – Porto Alegre. Equilíbrio, 2008.p.36. Acesso 01 de setembro.2023.

PAULO, Analdino Rodrigues, (Coord). Síndrome da Alienação Parental e A Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. IBDFAM. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito de Famílias. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRINDADE, Jorge. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Síndrome da Alienação Parental. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.22/23.

VANDERLEI, Katarine Toso. ELEMENTOS BÁSICOS PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL, 2023. Disponível em: < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltcllefindmkaj/http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2426/1950 >. Acesso em: 06/10/23.

WARSHAK, Richard A. Ten Parental Alienation Fallacies That Compromise Decisions In Court and in Therapy, 2023. Disponível em: < https://www.alienazione.genitoriale.com/wp-content/uploads/2015/07/Warshak-2015x.pdf >. Acesso em: 05/10/23.

## **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA COMO FORMA DE DESAFOGAR O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**VAGNER LOPES DOS SANTOS:**

graduando em Direito pelo Centro Universitário de JALES (UNIJALES)<sup>81</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade mostrar as atribuições do delegado de polícia face ao ordenamento jurídico brasileiro para justificar a aplicação do princípio da insignificância e a sua finalidade, demonstrando os principais requisitos que autorizam a sua aplicação. O presente tema é de suma importância, tendo em vista que o grande acúmulo de processos desnecessários torna o sistema judicial lento e extremamente oneroso ao estado. Com a aplicação deste princípio pela autoridade policial na fase pré-processual funcionaria como um filtro, levando a apreciação judicial somente daqueles processos de maiores relevâncias jurídicas de forma a atender aos anseios da sociedade com uma solução rápida e precisa de uma demanda judicial. O princípio da insignificância não se limita a verificar se a conduta se enquadra em um tipo penal, ainda deve ser relevante ao direito, isso é, ser danosa aos direitos protegidos pela norma. Em outras palavras, o princípio da insignificância não considera crime a conduta que não cause um dano significativo à sociedade. Por isso, quando se trata de um caso concreto, cabe ao delegado de polícia realizar uma análise jurídica onde há tipicidade formal, porém, desprovido de tipicidade material, não necessitando utilizar do Estado para casos que podem ser resolvidos pela própria autoridade policial, de modo rápido e eficiente, em vez de lavrar auto de prisão em flagrante e encaminhar para a fila do sistema judiciário.

**Palavras-chave:** Código Penal. Delegado. Insignificância. Tipicidade. Crime.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to show the duties of the police chief in relation to the Brazilian legal system to justify the application of the principle of insignificance and also its purpose, demonstrating the main requirements that authorize its application. This topic is extremely important, given that the large accumulation of unnecessary processes makes the judicial system slow and extremely burdensome for the state. With the application of this principle by the police authority in the pre-procedural phase, it would function as a filter, leading to judicial assessment only of those processes with the greatest legal relevance in order to meet society's desires with a quick and accurate solution to a judicial demand. Furthermore, the principle of insignificance deals with the analysis of

---

81 E-mail: vagner\_fast@hotmail.com

criminal conduct in terms of typicality, specifically if it was materially relevant to Criminal Law, that is, the principle discussed here does not analyze criminal conduct only by its formal fit to a criminal type, but also analyzes the relevance of the injury caused to the protected legal asset. Therefore, when it comes to a specific case, it is up to the police chief to carry out a legal analysis where there is formal typicality, however, devoid of material typicality, not needing to use the State for cases that can be resolved by the police authority itself, so quickly and efficiently, instead of issuing a report of arrest in the act and sending it to the judicial system.

**Keywords:** Criminal Code. Delegate. Insignificance. Typicality. Crime.

## 1 INTRODUÇÃO

A priori, a fim de que haja uma base teórica sólida, será analisado e apresentado não somente o princípio da insignificância, mas também, outros conceitos basilares do Direito Penal, no que diz respeito ao crime e, especialmente a noção da tipicidade, mormente o importante conhecimento do que é a tipicidade material.

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, surgiu na década de 1970, a partir do entendimento do doutrinador alemão Claus Roxin. (Bitencourt, 2014, p. 60).

O doutrinador alemão Claus Roxin defende que a tipicidade material é um elemento indispensável para a configuração de um crime. Segundo seu entendimento, para que sua conduta enquadre-se como crime, sua conduta deve efetivamente causar um dano ou expor a perigo um bem jurídico tutelado.

Conforme Rogério Greco, o princípio da insignificância atua na exclusão da tipicidade, no caso a material, sendo ela um dos elementos do crime, se analisar pelo conceito analítico do crime idealizado por Welzel. (Greco, 2015, p. 113).

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci, a tipicidade é o encaixe do fato tido como típico a um tipo penal estabelecido em uma determinada norma, assim, segundo ele seria uma união entre os tipos concretos e abstratos, subsunção do fato acontecido no mundo real com algo abstrato do mundo jurídico (Nucci, 2014, p. 174).

O assunto em discussão é de extrema importante, já que em respeito ao consagrado princípio da fragmentariedade, o direito penal somente deve-se preocupar com efetiva lesão ou, ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma

Logo, conforme este entendimento, não se pode punir da mesma forma e com o mesmo grau de reprovabilidade alguém que furtou um pacote de biscoito de uma grande

rede de supermercado porque estava com fome, daquele que furtou o cofre desta mesma empresa.

É evidente que, no primeiro caso, a lesão ao patrimônio da vítima seria insignificante para justificar a intervenção do Estado, pois o valor do bem subtraído não seria suficiente para causar prejuízo relevante ao bem jurídico tutelado, bem diferente da situação descrita no segundo caso.

Formado esse pilar teórico, será trazido à tona o debate acerca da aplicação do princípio da insignificância, especialmente sobre a legitimidade do delegado de polícia para fazê-lo, por meio de uma pesquisa descritiva e exploratória através consulta a fontes bibliográfica, fontes primárias e secundárias com ênfase em doutrinas, as leis, e os instrumentos normativos, bem como nas jurisprudências e outras fontes relacionadas com o tema.

## **2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL**

### **2.1 Conceito**

O Princípio da insignificância ou bagatela se aplica em casos de mínima ofensividade, ou seja, é utilizado quando é possível comprovar a ausência de periculosidade social, em casos que o bem não tenha valor para a vítima, com reduzido grau de reprovabilidade e lesão jurídica. Este princípio não é aplicado em todos os casos, a exemplo, ele não pode ser aplicado em crimes contra a Administração Pública, em casos praticados mediante violência ou em crimes de tráfico de drogas. (Teixeira, 2009).

O crime de bagatela é aquele onde a conduta do agente é desprovida de interesse do estado de agir, de acionar a máquina pública para algo que não lesionou de modo efetivo o direito de terceiro, logo, haveria a exclusão da tipicidade material do fato frente a desproporção entre lesão causada e o mal que a intervenção do estado ocasionará de forma injusta. (Teixeira, 2009).

No Brasil, para a aplicação deste princípio deve-se observar alguns critérios, como local que foi praticado, extensão do dano ao bem jurídico e como o crime se consumo, desta forma, é necessário fazer uma análise global da relação delito, vítima e infrator, onde cada elemento para sua aplicação e o princípio em se não subsiste isoladamente, podendo além do direito penal ser utilizado em outros ramos do direito. (Teixeira, 2009).

## **3 A INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Neste capítulo busca-se trabalhar a aplicabilidade do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista a ausência legislativa, apesar de alguns defenderem sua existência no Código Penal Militar, para a aplicação deste princípio, ele deve incidir em casos concreto e não ser analisados abstratamente. A análise do princípio da insignificância é feita de forma casuística, leva-se em consideração as particularidades de caso a caso. Isso significa que o juiz deve avaliar a amplitude da ofensividade da conduta na situação concreta, de forma a buscar a solução mais adequada.

De forma a estabelecer um padrão de julgamentos e evitar decisões incongruentes diante de casos semelhantes, o STF estabeleceu requisitos objetivos mínimos para o servir com base ao aplicador da lei, são os citados objetivos: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Cumprir destacar a decisão do Ministro Celso de Mello, que, no Habeas Corpus nº 84.412/SP, assim se manifestou:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (HC 84.412- SP, 2ª Turma, DJ de 19.11.2004)

Em determinadas situações, além dos requisitos objetivos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, há ainda circunstâncias relevantes que impedem, em regra, a aplicação deste princípio, tais como antecedentes criminais, presença de reincidência no mesmo crime e habitualidade delitiva, já que o infrator faz do crime, ainda que ínfimo, o seu modo de vida.



Deve-se destacar o entendimento de Andreucci (2014) que defende a aplicação do princípio da bagatela, aqueles delitos sem relevância jurídica, como pequenos furtos que de nenhuma forma lesa o patrimônio de uma grande rede de supermercado, a exemplo, o furto de uma caixa de chocolate. Neste mesmo entendimento esteira, julgou o STJ uma tentativa de furto de seis barras de chocolates:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. RES FURTIVA: 6 BARRAS DE CHOCOLATE AVALIADAS EM R\$ 33,00. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR ATÍPICA A CONDUTA PRATICADA, COM O CONSEQUENTE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. Verificada a excludente de aplicação da pena, por motivo de política criminal, é imprescindível que a sua aplicação se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência total de periculosidade social da ação; (c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.2004). 3. Tem-se que o valor do bem furtado pelo paciente, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância, reconhecendo-se a inexistência do crime de furto pela exclusão da tipicidade material. 4. Ordem concedida para, aplicando o princípio da insignificância, declarar atípica a conduta praticada, com o consequente trancamento da Ação Penal, em que pese parecer ministerial em contrário. (STJ, HC 19.1683 – RJ (2010/0220220-7), Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dj 01/02/2011).

A despeito deste crime, o critério utilizado pelo Tribunal Superior na aplicação do princípio da insignificância foi o valor do bem furtado e os vetores paradigmáticos.

É perfeitamente possível aplicar esse princípio aos delitos praticados quando não há lesão ou perigo de lesão aos bens juridicamente protegidos, porém, no crime de furto, devem estar presentes os requisitos imprescindíveis para afastar a tipicidade material do crime. No julgado a seguir o Supremo Tribunal Federal – STF denegou a ordem de Habeas Corpus para inocentar o réu que havia furtado uma bicicleta e um aparelho celular, pois o STF entendeu que ao caso concreto não estavam presentes os pressupostos necessários para aplicação do princípio da insignificância.

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO DE BICICLETA E APARELHO CELULAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, “devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada” (HC 109.739, de minha relatoria, julgado em 13.12.2011). 4. Furtar uma bicicleta e um aparelho celular, além de não ser minimamente ofensivo, causa efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, circunstâncias suficientes para afastar a incidência do princípio da insignificância, considerando o valor e a importância dos bens furtados para a vítima. 5. Ordem denegada. (STF, HC 112858 MS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJE 18/10/2013).

Depreende-se desse julgado que não é apenas o valor econômico da coisa a ser levada em consideração, mas também os elementos formadores da aplicação do princípio

da insignificância. Logo, quando inexistente os requisitos específicos, não se pode aplicar a insignificância no caso concreto.

O magistrado não pode deixar de aplicar a pena ao agente que furta uma canoa, ferramenta de trabalho de um pescador pobre, porque ela é o único meio de sustento deste, por mais que insignificante seja o grau de lesividade da conduta do agente delituoso e o valor do bem seja inexpressivo.

Essa questão pode ser vista de outro ângulo quando no polo passivo está uma pessoa rica, cujo bem subtraído não vai lhe causar prejuízo material, psicológico ou moral, porem devem estar conjugados os elementos caracterizados da aplicação da insignificância mais o valor econômico do bem subtraído, tal valor, a depender do caso concreto, pode chegar até um salário mínimo.

Logo, se presentes os requisitos objetivos estabelecidos pelo STF, a conduta não possuir grande ofensividade, sem periculosidade, se o grau de reprovabilidade pela sociedade for baixo e a lesão for ínfima a vítima. Cabe aqui salientar que o valor é levado em questão até certo ponto, já que, a exemplo, o furto de um anel sem valor comercial, mas com grande valor afetivo por pertencer à mãe da vítima já falecida, poderia tal princípio não ser reconhecido.

### **3.1 Critérios Objetivos do Princípio Da Insignificância:**

Seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base no Habeas Corpus 94.439/RS, para que seja possível aplicar o princípio em análise, se faz necessário que sejam preenchidos alguns requisitos objetivos, concernente aos fatos, e subjetivos no que se refere ao agente e a vítima.

Relacionado aos requisitos objetivos, observando o HC 94.439/RS do Supremo Tribunal Federal, são eles:

- mínima ofensividade da conduta do agente, logo não pode haver violência nem grave ameaça no crime;
- ausência de periculosidade social da ação;
- reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No que concerne aos critérios subjetivos, deve-se analisar a habitualidade delitiva, a condição, ou não, de militar do agente e a condição aquisitiva da vítima.

No que concerne este princípio aqui estudado, entende Cleber Masson (2017, p. 29-30) que este princípio está atrelado a uma política criminal, deste modo, deve se disponibilizar os meios favoráveis para que o aplicador da lei diante de um caso concreto, decida se oportuna a sua aplicação, se presente as situações e requisitos autorizadores.

Sobre o tema, os Tribunais Superiores entendem que o Princípio da Bagatela se estabelece como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade, ou seja, trata de uma criação doutrinária e jurisprudencial, não tipificado na legislação pátria.

Ademais, vale ressaltar que o Princípio da Insignificância concerne sobre a tipicidade material da conduta, onde caso a conduta não demonstrar “relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”, apesar de haver a adequação formal ao tipo penal, será demonstrado a atipicidade do delito em razão da insignificância.

#### **4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA**

Neste capítulo será dada a importância da aplicabilidade do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia ainda na fase policial, com os fins de resguardar direitos fundamentais já consagrados pela Constituição Federal, respeitando o renomado princípio da dignidade da pessoa humana. Salienta-se a discussão doutrinária acerca da possibilidade da aplicação do princípio de bagatela pela Autoridade Policial, entendendo alguns doutrinadores que essa atribuição é inerente ao magistrado.

Deve-se considerar ao presente capítulo, as atribuições do Delegado de Polícia e sua discricionariedade diante da possível lavratura do auto de prisão em flagrante, fazendo juízo de valor consubstanciado em sua análise técnico-jurídica e seu poder dever de aplicação do princípio da insignificância.

Apesar deste princípio não possuir previsão legal expressa em lei, a doutrina o reconhece como sendo de suma importância, sendo aplicado recorrentemente pelos tribunais superiores em casos que chegam a sua apreciação.

A dúvida reside na possibilidade da autoridade policial, se no caso apresentado na delegacia de sua responsabilidade, presentes as situações autorizadas do princípio da insignificância, deixar de lavrar o auto de flagrante e demais atos de polícia judiciária, a exemplo da peça informativa e investigativa, o inquérito policial.

É sabido que para responder este questionamento, cumpre analisar primeiramente, que o princípio da insignificância é fundamentado em valores de política

criminal e busca uma aplicação restritiva da lei penal, defendendo uma análise da tipicidade material e não apenas forma, ou seja, não basta apenas a mera subsunção do fato à norma penal.

Sobre a possibilidade de a autoridade policial aplicar tal princípio, o STF se manifestou no HC 154.949/MG, deve o delegado de polícia, em respeito ao princípio do estrito cumprimento do dever legal, deverá autuar em flagrante delito os suspeitos que lhes forem apresentados se os requisitos da prisão estiverem presentes e somente posteriormente em um momento oportuno o poder judiciário analisará a possibilidade de cabimento deste princípio.

O entendimento do STF em uma análise lógica e crítica, deveria ser revista, conforme explicita Masson (2015, p.44) que o princípio da insignificância afasta a tipicidade material do fato, o tornando atípico para o poder judiciário, logo, também é atípico para o delegado de polícia.

Diante deste entendimento, o que se extrai dele é que delegado de polícia deve desempenhar um papel que atenda aos princípios da racionalidade e da proporcionalidade do poder punitivo, desta forma, é desejável e natural que ele tenha atribuição para fazer uma análise técnica-jurídica necessária em relação a tipicidade do fato. Se o fato for atípico, não justificaria uma persecução penal e o indivíduo não deveria ser mantido preso em flagrante por um fato insignificante, não bastando ser formalmente típico, é necessário igualmente ser materialmente típico.

Diante deste entendimento, o delegado de polícia, visando resguardar a legalidade e justiça, figurando como primeiro garantidor da lei e a primeira autoridade a ter contato com o fato, ao realizar uma análise técnica-jurídica, já que é bacharel em direito em plenamente capaz, assim como juiz de direito, deixar de realizar atos de polícia judiciária que de outro modo estaria obrigado pelo princípio da obrigatoriedade, como realizar a prisão em flagrante delito, abster de instaurar inquérito policial, fundamentando sua decisão de não o fazer.

A aplicação deste princípio, ainda em sede policial, evitaria a estigmatização do sujeito infrator perante a sociedade, e o desperdício de tempo e recursos públicos com um fato materialmente atípico.

#### **4.1 Funções Constitucionais do Delegado de Polícia**

É prerrogativa do delegado de polícia presidir o inquérito policial, , conforme dispõe o artigo 144, §4 da CF.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – Polícia federal;

II – Polícia rodoviária federal;

III – Polícia ferroviária federal;

IV – Policiais civis;

V – Policiais militares e corpos de bombeiros milites.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (Brasil, 1988, p.1).

Há ainda no ordenamento jurídico brasileiro lei específica versando sobre a competência de investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, a lei 12.830 em seus art. 2º e art 2º § 6 aduz que o delegado de polícia exerce funções de natureza jurídica que são essenciais e exclusivas do estado, bem como possui de forma privativa a capacidade de realizar o indiciamento de um indivíduo mediante a realização da análise técnica-jurídica do fato que lhe é apresentado durante o cumprimento de suas funções de polícia judiciária.

Assim, em uma análise direta destes dispositivos, fica evidente que o papel do delegado de polícia possui natureza pré-processual, e não somente administrativo como muitos acreditam. O delegado de polícia é o primeiro garantidor e guardião da legalidade, dos direitos e das garantias individuais do cidadão, é a primeira autoridade que tem o contato com o fato delituoso e conseqüentemente poderia evitar injustiças e violações das garantias fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e liberdade.

A dúvida reside na faculdade do delegado de polícia não lavrar auto de prisão em flagrante, proceder a instauração do inquérito policial ou deixar de indiciar o investigado com base no princípio da bagatela.

Para responder a esta questão, deve ser ater que este principio deriva das ações de políticas criminais onde se busca evita-se custos ao estado em processos e despesas carcerárias.

Em 2014, no Seminário de Polícia Judiciária foi editada e aprovada diversas súmulas que serviram como base legal e entendimento interno das instituições de Polícia Civil, com destaque para a súmula nº 6 que diz: “É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa”. (Acadepol/RJ, 2014).

A súmula nº 6 serve como referência e orientação para a aplicação do princípio da insignificância no Estado do Paraná, que, embora não possui súmula sobre o tema, os delegados daquele estado utilizam-se dela como alicerce e justificativa para a aplicação do referido princípio.

Logo, com base no entendimento extraído da Súmula nº 6, a autoridade policial diante de uma situação flagrância que estejam presentes os requisitos de admissibilidade da aplicação do princípio da insignificância, é lícito, assim conforme manda a lei, não realizado a prisão em flagrante, indiciando o agente e instaurando inquérito policial, sendo uma exceção ao princípio do estrito cumprimento do dever legal em relação a prisão e demais procedimentos de polícia judiciária.

## **4.4 HIPÓTESES**

### **4.4.1 Prisão em Flagrante**

A prisão em flagrante delito comporta diversas fases, sendo a primeira prisão ou captura do agente, sua condução de forma coercitiva até a delegacia de polícia com a realização de seu interrogatório, com os devidos respeitos as suas garantias constitucionais, seu recolhimento provisório ao cárcere deste estabelecimento e posterior comunicação ao juiz, aguardando o preso para ser submetido a audiência de custódia.

O Delegado de polícia atuaria como um defensor dos direitos individuais das pessoas envolvidas na ocorrência, analisando a situação e fundamentadamente, decidiria sobre a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção.

Durante a exposição da defesa pelo acusado ou seu defensor, se a autoridade policial convencer que ali não há justa causa legal para submeter o preso ao cárcere, o delegado após a elaboração do boletim de ocorrência será o preso posto em liberdade, e o boletim elaborado figurará como uma espécie de *notitia criminis*.

Ao contrário do que se poderia pensar, o flagrante não se limita à relação de imediatismo entre o fato e a captação ou conhecimento. O artigo 302 do Código de Processo Penal contempla outras situações que caracterizam o flagrante, como: flagrante:

**Art. 302.** Considera-se em flagrante delito quem:

**I** - está cometendo a infração penal;

**II** - acaba de cometê-la;

**III** - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

**IV** - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (Brasil, 1941)

Conforme entendimento doutrinário, os incisos I e II do artigo antecedente é descrito como flagrante improprio ou quase flagrante, já o inciso III é denominado flagrante presumido, mas, em se tratando de consequências jurídicas, tais distinções não são relevantes, devendo sua prisão ser comunicada em um prazo de 24 horas ao juízo competente que ao receber a comunicação, deverá em igual prazo proceder a realização de audiência de custódia, podendo ser de forma virtual ou presencial.

Assim, se algum elemento autorizador faltar e o fato torne-se atípico, o delegado não deverá prosseguir com o flagrante e formal indiciamento do acusado que lhe foi apresentado, devendo ele ser posto em liberdade após os trâmites legais de policia judiciária.

#### **4.4.2 Afogamento do Sistema Judiciário Brasileiro**

Dados apresentados no relatório “Justiça em Números” do ano de 2018 (CNJ) apresentou dados alarmantes sobre fatos levados até a apreciação judiciária, para se ter uma ideia, no ano de 2017 em sede de primeiro grau com 94% deles, tramitou-se 80 milhões de processos, sendo 85% dos processos ingressados no sistema judiciário entre o período de 2015 à 2017, com efetivo específico nesta instância correspondente a 84% das áreas do judiciário.

No ano de 2021 (CNJ, 2022), forma julgados pelo poder judiciária a espantosa quantia de 26,9 milhões de processos, correspondendo-os 11,1% dos números de casos julgados se comparados ao ano anterior e neste mesmo período, o ingresso de novos casos



foi de 27,7 milhões que corresponde a uma elevação de 10,4%, mas devido a implementação do sistema eletrônico de processo, 97,2% foram inseridos desta forma.

Já em 2022 (CNJ, 2023), foi estabelecido um recorde de 31,5 milhões de novos processos, ficando evidente que a tendência é somente crescer e sobrecarregar ainda mais o sistema judiciário lento e ineficiente frente nas demandas necessárias que a atual situação nacional exige.

Esta lentidão não está ligada ao baixo rendimento no quesito julgamento dos juízes, pois um juiz brasileiro atualmente tem um rendimento médio de sete sentenças por dia, segundo o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM), cada juiz durante o ano de 2016 produziu uma média de 1.749 sentenças.

Tanto na sociedade brasileira assim como no Judiciário, a falta da procura entre a mediação e o acordo entre as partes causa um grande número de processos e recursos somados a estrutura “ultrapassada” do sistema judiciário que causa um enorme afogamento dos processos.

Principalmente no ramo penal, inúmeros processos são iniciados por crimes onde princípios já adotados por instâncias superiores deveriam sanar praticamente quando se iniciarem, como o Princípio da Intervenção Mínima, o Princípio da Fragmentariedade e o Princípio da insignificância, o direito penal deve se atentar somente a fatos ligados diretamente a condutas que interferem nos valores tutelados pelo Direito Penal.

### **3 CONCLUSÃO**

O princípio da insignificância é um instrumento importantíssimo de política criminal se levar em consideração a lentidão de nosso sistema jurídico e as demandas crescentes de novos processos, e a sua observação e aplicação evita a criminalização de condutas de pequena relevância na seara criminal. Sua aplicação é bem difundida, seja no âmbito do Poder Judiciário, nos Tribunais Superiores e Inferiores.

Respondendo ao questionamento, entende-se que a própria Constituição seria a garantia mais cediça para a aplicabilidade da insignificância pelos delegados de polícia, ainda com o aval dos tribunais, que entendem ser uma corrente doutrinária correta.

É inegável que se ao delegado de polícia somente fosse permitido à subsunção do fato a norma, puramente a análise da tipicidade formal, de fato ocorreria injustiças ao realizar o indiciamento de suspeitos que praticasse um fato penalmente irrelevante, ferindo

assim princípios constitucionais dos direitos e garantias fundamentais, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial é desejável e correta, agindo desta forma, aperfeiçoará o sistema judiciária brasileiro que somente analisará aqueles processos que realmente mereça a atenção estatal, podendo de esta forma dar uma resposta rápida a sociedade e atuar de forma inibitória para o crime.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. Manual de Direito Penal. 10ª. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

ACADEPOL/RJ. Seminário integrado: Polícia judiciária da União e do estado de SP. Adepol RJ, 2014. Disponível em [www.adepolrj.com.br/adepol/noticia\\_dinamica.asp?id=16079](http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079)> Acesso em: 04 set. 2023.

BRASIL. Súmula vinculante nº 11. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, p. 1, 13 ago 2008. Disponível em: . Acesso em: 17 out. 2023.

BANDEIRA, G. P. A polícia Judiciária e o Princípio da Insignificância. Vale de Itajaí: UNIVALI, 2008.

BRASIL. LEI Nº 12.830, DE 20 DE JUNHO DE 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia., 2013. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Disponível em. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm). Acesso em: 17 out. 2023

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Brasília, DF, [2013]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus 175945. Relator: Roberto Barroso, 27 abr. 2020. Brasília: STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 106360.** Relator: Rosa Weber, 04 out. 2012. Brasília: STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur215903/false>. Acesso em: 03 mai. 2023.

CNJ. **Justiça em Números 2022: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021.** 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

CNJ. **Priorização do Primeiro Grau da Justiça.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

CNJ. **Com 31,5 milhões de casos novos, Poder Judiciário registra recorde em 2022.** 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-315-milhoes-de-casos-novos-poder-judiciario-registra-recorde-em-2022/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Vol. I. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 131.

MENEZES, Bruno Seligman de; PAULI, Cristiane Penning. Tipicidade Penal: Do Princípio da Legalidade ao da Insignificância. Revista Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 63. Acesso em: 20 de out. 2023.

MASSON, Cleber, Direito Penal Parte Geral Esquematizado, Vol. 1, 9ª ed., Método, São Paulo, 2015.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – Volume 1 – 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da Insignificância: Interpretação Jurisprudencial. Belo Horizonte: Editora Del Rey: 2000.

STF. **HABEAS CORPUS 118.584 MINAS GERAIS.** 2013. Relatora CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4987809>. Acesso em: 05 nov. 2023.

TEIXEIRA, Mariana. O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 de out. 2023.cleber

## **ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA DO INSTRUMENTO NA PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO**

**KELLY NATASHA SOARES:** Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH).<sup>82</sup>

**BIANCA PAULA FERREIRA DOS SANTOS** <sup>83</sup>

(coautora)

**RESUMO:** Após a entrada em vigor da Lei nº 12.846/13, conhecida também como Lei Anticorrupção, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou um instrumento legislativo que visa a responsabilização de pessoas jurídicas por práticas lesivas à Administração Pública, que prevê multas de até 20% do faturamento bruto anual da empresa, além de um instrumento consensual para o dismantelo de práticas corruptas, o Acordo de Leniência. Embora seja um instrumento inovador no âmbito da Administração Pública, o Acordo de Leniência ainda apresenta desafios na sua interpretação e aplicação. Neste estudo, buscamos apresentar uma breve síntese do contexto histórico da corrupção no Brasil, explorando a origem da Lei Anticorrupção. O objetivo principal é conhecer o Acordo de Leniência buscando analisar minuciosamente seus impactos, desafios e sua eficácia no cenário brasileiro. Para o desenvolvimento do presente estudo, será adotado o método de pesquisa bibliográfica, a fim de aprofundar a compreensão do tema previamente abordado por estudiosos na área, buscando a complementação ideológica do presente trabalho. O estudo focou em analisar com maior ênfase os desafios na interpretação e aplicação dos acordos de leniência, especialmente no que tange à responsabilização da pessoa natural vinculada à prática do ato ilícito junto à pessoa jurídica leniente, uma vez que, os benefícios decorrentes do acordo serão aplicados exclusivamente à pessoa jurídica. Além disso, o artigo buscou abordar a problemática da competência para celebrar acordos de leniência. Após uma análise apurada, conclui-se que o Acordo de Leniência é uma ferramenta valiosa no combate à corrupção, em contrapartida, seu potencial pode ser otimizado por meio de ajustes legislativos.

**Palavras-chave:** acordo de leniência. anticorrupção. eficácia. Lei 12.846/13. Decreto nº 11.129/2022.

---

<sup>82</sup> E-mail: kelly.n.soares10@gmail.com

<sup>83</sup> Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH). E-mail: biancapaula.bp93@gmail.com.

**ABSTRACT:** After the entry into force of Law No. 12,846/13, also known as the Anti-Corruption Law, the Brazilian legal system gained a legislative instrument that aims to hold legal entities responsible for practices harmful to the Public Administration, which provides for fines of up to 20% of the company's annual gross revenue. company and a consensual instrument for dismantling corrupt practices, the Leniency Agreement. Although it is an innovative instrument within the scope of Public Administration, the Leniency Agreement still presents challenges in its interpretation and application. Therefore, it is noticeable that even after a decade of the legislation governing the Leniency Agreement being in force, challenges remain in the interpretation and application of this mechanism. In this study, we seek to present a brief summary of the historical context of corruption in Brazil, exploring the origins of the Anti-Corruption Law. Its main objective is to understand the Leniency Agreement, seeking to thoroughly analyze its impacts, challenges and effectiveness in the Brazilian scenario. For the development of the present study, the bibliographical research method will be adopted, in order to deepen the understanding of the topic previously covered by scholars in the area, seeking the ideological complement of the present work. The study focused on analyzing with greater emphasis the challenges in the interpretation and application of Leniency Agreements, especially with regard to the liability of the natural person linked to the practice of the illicit act with the lenient legal entity, since the benefits arising from the agreement will be applied exclusively to legal entities. Furthermore, the article sought to address the issue of competence to enter into leniency agreements. After a thorough analysis, it is concluded that the Leniency Agreement is a valuable tool in the fight against corruption, on the other hand, its potential can be optimized through legislative adjustments.

**Keywords:** Leniency Agreement. Anti-corruption. Efficiency. Law 12.846/13. Decree 11.129/2022.

## 1 INTRODUÇÃO

A corrupção representa um desafio global que permeia diversas esferas sociais, minando a eficácia dos direitos fundamentais e causando danos irreparáveis à concretização de princípios fundamentais. Verifica-se, pois, que a criação de mecanismos eficazes para combater esse fenômeno é crucial. Em resposta a compromissos internacionais e demandas populares de 2013, o Brasil promulgou a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção empresarial.

Segundo Nucci (2015), essa lei tem como propósito regular a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Durante um longo período, existiu uma notável lacuna normativa

que regulamentasse a sanção aplicável às pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. Anteriormente à sua promulgação, o Brasil enfrentou escândalos de corrupção amplamente divulgados, como a 'Operação Lava Jato', 'Mensalão' e 'Petrolão'. Foi em resposta a esses eventos que a Lei Anticorrupção foi sancionada, visando responsabilizar administrativa e civilmente pessoas jurídicas envolvidas em atos corruptos.

Um elemento inovador introduzido pela legislação foi o Acordo de Leniência, que permite a colaboração na investigação de ilícitos. De acordo com Santos (2015), esses acordos bilaterais entre entidades privadas e a Administração Pública implicam a contribuição dos envolvidos na investigação, em troca da extinção ou redução das sanções aplicáveis. No entanto, a falta de clareza na legislação sobre o Acordo de Leniência impacta diretamente sua aplicação e eficácia.

Este artigo tem como objetivo analisar o Acordo de Leniência sob o viés da Lei nº 12.846/2013. Um problema de pesquisa crucial é entender como os desafios na interpretação e aplicação desses acordos prejudicam sua eficácia no combate à corrupção. Um desses desafios é a competência para celebrar esses acordos, criticada pela amplitude excessiva, conforme Simão e Vianna (2017).

Para atingir esse objetivo, adotaremos uma pesquisa bibliográfica e documental, explorando estudos recentes, artigos, dissertações e legislações pertinentes. Este artigo está organizado em seis partes: a introdução, apresentando objetivos e metodologia; uma seção histórica sobre a corrupção no Brasil; análise da Lei 12.846/13 e sua criação; exploração do Acordo de Leniência, incluindo sua definição, operacionalização, benefícios e desafios; críticas e desafios enfrentados pelo sistema do acordo de leniência brasileiro, como conflitos de competência e questões legislativas; por fim, as considerações finais e referências utilizadas para fundamentar esta pesquisa.

## 2 O HISTÓRICO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

No contexto histórico da corrupção no Brasil, observa-se a presença enraizada desse fenômeno em nossa pátria, cujas as primeiras manifestações remontam ao período colonial, quando o poder era centralizado nas mãos do Rei da Coroa Portuguesa. O rei, centralizador e dirigente, conduzia as operações comerciais do Estado, como se fosse sua empresa, intervindo em tudo, ávido por riquezas e glória (Faoro, 2001). Neste período, ocorriam práticas como o "clientelismo", que envolviam a venda de cargos públicos, em detrimento dos critérios meritocráticos, privilegiando relações de amizade e favorecimento político, além de outros comportamentos que caracterizavam condutas corruptas.

Somente em 1988, mediante a promulgação da Constituição da República, que o legislador constituinte, em seu artigo. 37, inciso II, estabeleceu que "a investidura em cargo

ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (Viol, 2021). Com o passar do tempo, as condutas corruptivas foram sendo aperfeiçoadas, adaptando-se às necessidades e particularidades da época.

Como é cediço, o tema corrupção não se limita exclusivamente ao contexto brasileiro. No entanto, em decorrência dessas raízes culturais profundas, resultante do legado da colonização portuguesa, há, ainda, o exercício de influência significativa no cenário atual, apresentando desafios substanciais à consecução de um Estado de Direito com estruturas eficazes de combate à corrupção. Cremonese (2011) afirma que uma das dificuldades na construção da cidadania no Brasil está relacionada ao “peso do passado”, mais especificamente ao legado do período colonial (1500-1822). Durante esse período, os portugueses estabeleceram um vasto território com unidade territorial, linguística, cultural e religiosa, mas também deixaram um país com alta taxa de analfabetismo, uma sociedade baseada na escravidão, uma economia voltada para monocultura e latifúndios, além de um Estado Absolutista.

Sobre o tema corrupção e suas consequências, pode-se afirmar que:

A corrupção tornou-se um dos principais problemas para a gestão pública e para a democracia, questão essa amplamente reconhecida pela opinião pública no Brasil, tendo em vista que 73% dos brasileiros consideram a corrupção como muito grave e 24% como grave (Avritzer e Filgueira, 2011, p. 7).

De fato, a corrupção se revela prejudicial à democracia e à gestão de recursos públicos, uma vez que suas consequências comprometem os princípios essenciais do sistema democrático, resultando, muitas vezes, na apropriação de recursos financeiros que são imprescindíveis para a manutenção da saúde, da educação, da cultura e da segurança pública.

Nesse mesmo sentido, percebe-se, através da análise do Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional (Transparência Internacional Brasil, 2022), que no ano de 2022, de 180 países, o Brasil ficou na 94ª posição. Não obstante, entre 2012 e 2022, o Brasil perdeu 5 pontos no Índice e caiu 25 posições, saindo da 69ª para a 94ª colocação.

Além disso, no ano de 2015, foi verificado, por meio de uma pesquisa realizada pelo Datafolha, que o fenômeno da corrupção pela primeira vez, desde 1990, foi apontado como o maior problema do país (Datafolha, 2015). Esse resultado pode ser, em parte, reflexo dos acontecimentos de junho de 2013, quando os brasileiros, por estarem fartos da corrupção que se fazia presente, saíram às ruas para reivindicar integridade na Administração Pública. De acordo com Carvalhosa (2014, p. 01) "há uma percepção difusa da sociedade civil de que toda e qualquer autoridade é corrupta". Essa onda de reivindicações foi um dos maiores movimentos populares da história brasileira e ficou conhecida como as 'manifestações de junho de 2013'.

Pode-se dizer que, para combater a corrupção de forma eficaz no país é imperativo desenvolver alternativas, inclusive no que diz respeito ao aprimoramento do sistema jurídico, uma vez que, em muitas situações, ele não se revela eficiente para alcançar seus objetivos. Com esse aprimoramento, há uma ruptura com o tradicional brocardo de que "o Brasil possui leis suficientes; o que falta é sua aplicação" (Queiroz, 2020). Nesse diapasão, dentre as diversas disposições legais que visam combater condutas ímprobas e corruptas, não havia uma legislação que responsabilizasse pessoas jurídicas. Em 2013 foi, portanto, promulgada a Lei nº 12.846/2013, conhecida também como Lei Anticorrupção (LAC), que estabelece a responsabilização de pessoas jurídicas envolvidas em práticas de atos lesivos à Administração Pública, uma das maiores novidades do mandatário legal foi a criação de um instrumento inédito para o ordenamento jurídico brasileiro: o Acordo de Leniência.

### 3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O SURGIMENTO E MOTIVAÇÃO DA LEI Nº 12.846/13 LEI ANTICORRUPÇÃO

Conforme Pimenta (2020, p. 15) "O caso Watergate foi um episódio da política norte-americana que reconfigurou o controle da corrupção no mundo". Pela visão da autora, o escândalo ficou famoso pelo envolvimento do então Presidente Richard Nixon. O caso revelou uma série de abusos da presidência, além de espionagem e intimidações, as investigações do caso apontaram que empresas americanas haviam financiado ilegalmente a reeleição do Presidente.

O registro mais remoto de um instrumento legal de combate a corrupção foi promulgado em 1977, conhecido como *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Mais tarde, em 1997, foi assinada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Pimenta, 2020). Nos claros dizeres da autora, a Convenção enfatiza a responsabilização de pessoas jurídicas, estabelecendo que "cada parte deverá tomar as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários público de acordo com seus princípios jurídicos".



Essa convenção representou um marco, uma vez que introduziu pela primeira vez a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas. Conforme explicado acima é interessante, aliás, destacar que o Brasil ratificou e promulgou esse acordo internacional por meio do Decreto nº 3.678, em 30 de novembro de 2001, seu preâmbulo dispõe "Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997" (Brasil, 2000).

É importante destacar que o Brasil assumiu outros compromissos a nível internacional, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29 de março de 1996, promulgada por meio do Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002 (Brasil, 2002). A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 (Brasil, 2004). Por último, em 2006, através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (Brasil, 2006), foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida também como Convenção de Mérida, essa convenção se destaca como uma das mais relevantes para a criação dos Acordos de Leniência. De acordo com Pimenta (2020, p. 68):

A Convenção de Mérida prevê a adoção de medidas voltadas para que as pessoas que participaram de ilícitos cooperem com a autoridade, com a função de fornecer informações às investigações e para recuperar ativos produtos do delito.

Sobre as convenções acima mencionadas, elucida Pimenta (2020, p. 67) "(...) as próximas convenções ratificadas passam a exigir mais sistematicamente mudanças nos sistemas legais dos países signatários para incluir a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção cometidos em seu benefício". Até o ano de 2013, o Brasil não possuía em seu ordenamento jurídico nenhuma legislação específica para responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de atos corruptos. Diante dessa lacuna legislativa e com o propósito de alinhar-se aos compromissos legais internacionais, o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que teve como objetivo a responsabilização civil e administrativa de pessoa jurídicas, foi submetido a tramitação prioritária e, em 2013, transformou-se na Lei nº 12.846/13.

#### 4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO

O termo "corrupção" deriva do latim *corruptus* que significa deterioração, processo ou efeito de corromper. No entanto, para elucidar este artigo, podemos conceituá-la como sendo um fator sociopolítico e econômico que envolve a prática de atos corruptos, por

agentes públicos, empresas ou indivíduos, que visam lesar à Administração Pública. Klitgaard (1994, p.40) conceitua a corrupção como:

comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.

Segundo Nucci (2015) a corrupção resulta em sérios estragos ao Estado, se caracterizando, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de um pessoal. Nesse sentido, a criação de mecanismos que visam o combate à corrupção é imprescindível, isso porque, a corrupção acarreta consequências prejudiciais para a efetivação de direitos e garantias fundamentais no país.

Nessa linha, em resposta à pressão das manifestações de 2013 que, inicialmente, reivindicavam uma melhor gestão dos recursos públicos, e em cumprimento aos acordos internacionais previamente assumidos pelo Brasil, como a Convenção de Mérida. Em 18 de fevereiro de 2010, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei nº 6.826/2010 que, após um período de discussão de três anos, se transformou na Lei Ordinária nº 12.846/13. É importante mencionar o fato de que o PL 6.826 não é o primeiro projeto de lei a tratar sobre a responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública, tendo como pioneiro no assunto o PL 1.142/2007, apresentado em 23 de maio de 2007.

Com relação ao PL 6.826/2010, é importante mencionar que ele teve sua tramitação acelerada em sua etapa final. Isso se deve, como mencionado anteriormente, à reação popular e em resposta aos compromissos internacionais. Como descrito por Bittencourt (2015), a Lei 12.846/13 denominada como Lei Anticorrupção, foi aprovada pelo Congresso Nacional, em resposta às inúmeras manifestações ocorridas em junho de 2013. Segundo o autor, a legislação trouxe uma mudança de perspectiva no combate à corrupção, ao introduzir o Direito Administrativo Sancionador, visando a responsabilização não apenas das pessoas físicas envolvidas em atos lesivos à administração pública, mas, também, as pessoas jurídicas. Destaca o autor que a legislação está alinhada com a tendência internacional, preenchendo uma lacuna na legislação brasileira, estendendo as sanções por crimes de corrupção cometidos por funcionários às empresas em que trabalham.

Como mencionado anteriormente, é interessante destacar que, embora a Lei Anticorrupção tenha sido aprovada com o propósito de suprir uma lacuna legal visando à responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, sua interpretação requer uma análise cuidadosa, pois, a lei analisada é necessária, mas seus exageros devem ser coibidos (Nucci, 2015).

Sobre a Lei, Bittencourt (2015, p. 15) esclarece que:

Finalmente, após longos anos de trâmite no Congresso Nacional, numa flagrante resposta aos inúmeros protestos de rua ocorridos em junho de 2013, que realçavam a corrupção generalizada em todos os planos federativos, veio à tona a Lei 12.846, de 01.08.2013, já denominada "Lei Anticorrupção", que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao trazer em seu bojo uma mudança de perspectiva no combate à corrupção, porquanto acresce ao Direito Penal e à perseguição à pessoa física, o Direito Administrativo Sancionador, indo ao enalço da pessoa jurídica. Atendendo a uma inclinação internacional, a nova norma preenche uma lacuna existente na legislação brasileira ao alcançar a empresa do corruptor, estendendo as punições dos funcionários envolvidos em crimes de corrupção às empresas nas quais trabalham.

A Lei Anticorrupção inovou o sistema jurídico, trazendo a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por práticas lesivas à Administração Pública, multas de até 20% do faturamento bruto anual da empresa e um instrumento consensual de solução de conflitos, o Acordo de Leniência. Ao longo deste artigo, o objetivo central será direcionado à análise pormenorizada do Acordo de Leniência e suas implicações.

## 5 ACORDOS DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÕES RELEVANTES

O Acordo de Leniência está previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/13, sendo sua regulamentação estabelecida pelo Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022. Conforme preconiza o art. 32 do decreto mencionado, o acordo de leniência pode ser definido como um ato administrativo negocial que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. De acordo com o parágrafo único do artigo 32 e seus incisos, o propósito do acordo de leniência será: o incremento da capacidade investigativa da administração pública; a potencialização da capacidade estatal de recuperação de ativos; e o fomento da cultura de integridade no setor privado (Brasil, 2022).

Conforme explica o Ministério Público Federal (Guia Prático 5 CCR, 2017) "o sentido do instituto do acordo de leniência é impor compromisso e responsabilidade às pessoas jurídicas que voluntariamente se propõem a romper com o envolvimento com a prática ilícita e adotar medidas para manter suas atividades de forma ética e sustentável, em cumprimento à sua função social".

Assim, observar-se, que na Lei nº 12.846, o *caput* do art. 16, juntamente com seus dois incisos, estabelece os requisitos essenciais para a celebração do acordo de leniência, enquanto seu § 1º detalha os critérios a serem atendidos pela pessoa jurídica leniente. Por outro lado, o Decreto nº 11.129/22 introduz novos critérios a serem cumpridos pela pessoa jurídica, em adição aos estabelecidos no §1º da LAC, conforme será visto em momento oportuno. Caso todos os requisitos e critérios sejam integralmente preenchidos, e o acordo seja efetivado, a parte infratora estará isenta das sanções de publicação da decisão extraordinária e suspensão ou interdição parcial de suas atividades (nos casos em que houver processo judicial). Além disso, o valor da multa aplicável será reduzido em até 2/3 (Hartmann, [s.d]).

Como mencionado anteriormente, o acordo de leniência é um instrumento que pretende contribuir no combate das práticas de atos corruptos. Por isso, seu objetivo principal é a restauração da moralidade administrativa, um princípio fundamental para a gestão estatal, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Dessa maneira, o Acordo de Leniência surge como um instrumento necessário na prevenção e no combate da corrupção, considerando que, no âmbito das investigações de práticas corruptas, a Administração Pública se depara frequentemente com dificuldades relacionadas à obtenção de evidências probatórias dessas práticas, ao mesmo tempo em que, por muitas vezes, a restituição ao erário se mostra um processo moroso. Portanto, a colaboração da pessoa jurídica leniente se apresenta como uma facilitadora desse processo, visto que, a empresa envolvida é compelida a contribuir de maneira eficaz, identificando os participantes na infração, quando couber (art. 16, I, da Lei Anticorrupção - LAC), bem como apresentado informações e documentos de forma célere e que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, II, da LAC).

Em síntese, o Acordo de Leniência é uma ferramenta importante na prevenção da corrupção, a qual busca impor compromissos e responsabilidades às empresas dispostas a romper com práticas ilícitas e adotar medidas éticas e sustentáveis.

## 5.1 Questões Conceituais

O termo leniência deriva do latim *lenitate*, que significa mansidão, brandura ou suavidade. Logo, percebe-se, que a terminologia "acordo de leniência" foi escolhida assertivamente, dado que, o instituto prevê que a pessoa jurídica leniente, ao cumprir integralmente todos os requisitos estipulados no §1º do Art. 16 da Lei 12.846/13, assim como os requisitos acrescidos nos incisos VI e VII do Decreto nº 11.129/22, terá sua penalidade atenuada, suavizada, ou seja, ocorrerá a leniência das penas aplicadas àquelas pessoas jurídicas que praticaram algum ato contra à administração pública. Na precisa definição de Marrara (2015, p. 512) "o chamado 'acordo de leniência' designa um ajuste

entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção".

Nesse mesmo viés, pode-se dizer que o acordo de leniência é um ajuste que faz parte do processo administrativo sancionador, envolvendo a celebração entre a autoridade estatal responsável pela imposição de punições e um infrator que deseja colaborar com o Estado, fornecendo informações ou assistência nas investigações, com o objetivo de obter redução ou imunidade das sanções aplicáveis no processo administrativo ou em outras esferas (Di Pietro e Marrara, 2017).

O acordo se apresenta como um mecanismo alternativo à resolução de conflitos, haja vista que é celebrado por consentimento mútuo das partes, sem nenhuma interferência de terceiros, onde, de um lado, temos a Administração Pública e, de outro, a Pessoa Jurídica leniente. Nesse sentido, Simão e Vianna (2017, p.59) "Nessa concepção, pode-se dizer que o acordo de leniência é uma espécie do gênero transação. Pegando-se de empréstimo o conceito trazido pelo Código Civil brasileiro (art. 840), entende-se que transação é o meio pelo qual duas partes previnem ou terminam um litígio, por meio de concessões mútuas".

Nesse contexto, o propósito do acordo de leniência é dismantelar o sistema de corrupção, por meio de um modelo que se vale de mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Conforme afirma Ferraz (2015, p. 40):

O acordo de leniência não só encerra uma situação de litigiosidade entre a Administração e o administrado (fim sempre desejável), como facilita a apuração e a correção de ilícitos ocorridos, ao mesmo tempo em que atua como eloquente fator de prevenção ao cometimento de outros. (...) Ademais disso, além de contribuir fortemente para a restauração do princípio da moralidade, realiza excelsamente as metas do princípio da eficiência.

Por todas essas razões, chega-se à conclusão de que "(...) o elemento fundamental para a celebração do acordo de leniência deve ser sempre a busca pelo aumento da capacidade investigativa do Estado para, desse modo, alcançar maior punição dos atos de corrupção" (Simão e Vianna, 2017, p. 61). Assim, para uma compreensão dos capítulos subsequentes, é preciso que fique nítido que o acordo de leniência se refere a acordos celebrados entre o Poder Público e a pessoa jurídica envolvida em atos contrários à administração pública, nos quais esta se compromete a colaborar na produção de provas e, em contrapartida, à atenuação das sanções a ela aplicadas.

## 5.2 Quanto à origem

O acordo de leniência tem sua origem estadunidense, na década de 1978, pelo Departamento de Justiça, o instituto intitulado como *Corporate Leniency Program* tinha o propósito de buscar a repressão de atos ilícitos anticoncorrenciais, onde qualquer integrante de cartel poderia celebrar acordo com a autoridade antitruste, desde que fosse o primeiro a denunciar o conluio, antes mesmo do início de qualquer investigação. Como benefício, o delator seria agraciado com a concessão de "anistia" penal, o que significa que nenhuma acusação criminal seria permitida contra ele em relação à conduta antitruste praticada, além de ser isento às sanções pecuniárias. Ocorre que a observância das exigências legais para a celebração do acordo não assegurava o benefício da anistia, isso se devia ao fato de que a concessão dos benefícios estava sujeita à discricionariedade da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano. Esse fato causou grande insegurança jurídica, comprometendo, assim, a eficácia do acordo de leniência (Salomi, 2012).

No contexto do tema combate à corrupção, os Estados Unidos também foi o país pioneiro em seu combate. De acordo com Xavier (2015) antes da década de 1990, somente os Estados Unidos tinham regulamentações de combate à corrupção, notadamente o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), uma lei aprovada em 19 de dezembro de 1977, pelo Congresso dos Estados Unidos. O FCPA tinha como objetivo combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros e restaurar a confiança do público na integridade do sistema empresarial.

No Brasil, o Acordo de Leniência não é novidade da Lei Anticorrupção, o instrumento surge com a Medida Provisória nº 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149 de 2000 (que altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), nos artigos 35-B e 35-C. Além de estabelecer uma regulamentação detalhada, a lei condicionava a eficácia do acordo de leniência à obtenção de resultados específicos, como a identificação de outros coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração em questão. Mesmo com a revogação da Lei nº 8.884/94 pela Lei nº 12.529 de 2011, o instituto do acordo de leniência foi preservado em seus artigos 86 e 87 (Souza, 2016). Pode-se dizer que a Lei Antitruste surge como mecanismo de controle com escopo na prevenção de práticas anticoncorrenciais. Outrossim, a Lei Anticorrupção tem normas direcionadas à prevenção e sancionamento de atos lesivos ao patrimônio e interesse públicos.

Conforme citado anteriormente, a finalidade da Lei anticorrupção e da Lei antitruste são diferentes. Nesse sentido, Caser (2013, p. 214) esclarece que:

A finalidade da Lei Anticorrupção é evidenciada no primeiro artigo da Lei: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BRASIL, 2013). Trata-se, portanto, de uma finalidade de atribuição de responsabilidade objetiva restrita às pessoas jurídica nos âmbitos civil e administrativo. A finalidade da Lei antitruste também é evidenciada no primeiro artigo da Lei: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011).

Nessa perspectiva, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção, objeto desse artigo, encontra-se presente em seu art. 16 e sua regulamentação estabelecida pelo Decreto nº 11.129. Assim, iremos estudar as minúcias desse instrumento nos capítulos subsequentes, sob a luz desses dois diplomas legislativos.

## 6 CONHECENDO O ACORDO DE LENIÊNCIA

Conforme explicado, o Acordo de Leniência é o instrumento criado pelo ordenamento jurídico com a finalidade de controlar a corrupção, durante um período de diversos escândalos no país.

Para se pensar na organização do Acordo de Leniência, é importante observar seu procedimento, que envolve várias etapas, a saber: a proposta, a análise, a negociação e a celebração do acordo. Além disso, destaca-se que o Acordo de Leniência é aplicável em situações que envolvam fusões ou incorporações de empresas que tenham cometido atos lesivos à Administração Pública, conforme estipulado no artigo 5º da Lei nº 12.846/13.

Com relação à proposta, o Decreto nº 11.129/2022, em seu artigo 38, determina que deverá ser feita de forma escrita, declarando expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais, inclusive de que está ciente de que o não atendimento às determinações e às solicitações durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

Quanto à análise, a proposta apresentada será submetida ao juízo de admissibilidade para verificação. Uma vez admitida a proposta, procede-se à assinatura de um memorando de entendimentos com a pessoa jurídica proponente, definindo os

parâmetros da negociação do acordo de leniência. Importante destacar que o memorando de entendimentos pode ser resiliado a qualquer momento, seja por solicitação da pessoa jurídica proponente ou a critério da administração pública federal. A assinatura desse memorando possui implicações legais, interrompendo a prescrição e suspendendo-a durante o prazo da negociação, limitado, em qualquer circunstância, a trezentos e sessenta dias, em consonância com o disposto no artigo 39 do Decreto de regulamentação da LAC.

Ademais, o Decreto estipula que a negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da data da assinatura do memorando de entendimentos, podendo ser prorrogado caso presentes circunstâncias justificativas que o exijam, nos termos do seu artigo 42.

Embora o acordo traga benefícios por meio da colaboração da parte, é importante destacar que, conforme apontado por Henrique e Antabi (2023) em sua análise da LAC, a lei carece de elementos essenciais que podem comprometer a efetividade do programa de leniência, potencialmente resultando em alguns prejuízos, por exemplo, a impunidade para as partes envolvidas.

Há autores que entendem que o ordenamento deveria ter seguido outro procedimento no lugar da manifestação inicial da empresa que se interesse em colaborar.

Ponderamos que o elemento central para julgar o grau de efetividade do acordo de leniência para o Estado é o ineditismo da informação trazida pelo preponente. É a possibilidade de a Administração ter conhecimento de uma infração que, pelos métodos convencionais de investigação, ela teria grande dificuldade para obter (Simão e Vianna, 2017, p.119).

Conforme citado acima, percebe-se que o primordial na análise da efetividade da aplicação do acordo de leniência é que a informação fornecida por aquele que busca colaborar seja inédita, a ponto de a Administração não conseguir obtê-las de outra maneira. Nesse sentido, uma proposta para melhoria do funcionamento desse instrumento seria ampliar a oportunidade de colaboração para outras pessoas, não se limitando aos requisitos estipulados no artigo 16, parágrafo 1º, da Lei 12.846/2013 e no artigo 37 do Decreto nº 11.129/2022. Isso se justifica, pois, como destacam Simão e Vianna (2017), "um dos objetivos do acordo é criar a concorrência como meio de colaboração, embora haja casos em que o ilícito é praticado de forma unilateral".

Assim, no decorrer deste estudo, abordaremos o tema do Acordo de Leniência e sua efetividade como ferramenta no combate à corrupção e promoção da integridade nas relações entre o setor privado e a Administração Pública. Conforme elucidado, verifica-se



que a capacidade da Administração Pública de acessar informações que seriam de difícil obtenção por métodos convencionais de investigação é um dos principais diferenciais deste instrumento. No entanto, é notório que há espaço para melhorias na legislação e na prática do Acordo de Leniência.

### **6.1 A proceduralização do acordo de leniência: condições, documentação e informações exigidas**

Para melhor compreensão dos procedimentos e requisitos para celebração do Acordo de Leniência, é imprescindível destacar que o processo se inicia com o pedido de acordo fornecido pela pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à Administração Pública, sendo necessário que seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante. Após o envio, é necessário fornecer informações e documentos que comprovem a infração relatada, aguardando negociações até a assinatura do Acordo de Leniência.

No que se refere aos requisitos, a Lei 12.846/2013 estabelece que a celebração do acordo de leniência deve cumprir cumulativamente os requisitos elencados no artigo 16, § 1º, isso implica que a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar seu interesse em colaborar na apuração do ato ilícito, além disso, a pessoa jurídica deve extinguir completamente seu envolvimento na infração a partir da data de apresentação do acordo, sendo, ainda, indispensável que a pessoa jurídica admita sua participação no ato ilícito e coopere plena e continuamente com as apurações e com o processo administrativo, atendendo a todos os atos processuais solicitados, assumindo os custos envolvidos, até o encerramento do processo (Brasil, 2013).

Ainda, o Decreto nº 11.129/2022, em seu artigo 37, incisos V, VI e VII, exige que a pessoa jurídica forneça informações, documentos e elementos que comprovem o ato ilícito; repare integralmente a parcela incontroversa do dano causado; e perca, em favor do ente lesado ou da União, conforme o caso, os valores correspondentes ao acréscimo patrimonial indevido ou ao enriquecimento ilícito direta ou indiretamente obtido da infração, nos termos e nos montantes definidos na negociação. Logo de início, percebe-se que o Decreto ampliou o rol de requisitos a serem cumpridos pela pessoa jurídica interessada em celebrar o acordo de leniência.

Entendido os requisitos e as etapas para a celebração do acordo, faz-se necessário entender, finalmente, de quem é a competência para celebrar tal instrumento e qual responsabilização é cabível. Sobre a competência para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a

administração pública estrangeira, a Lei Anticorrupção (LAC) prevê em seu artigo. 16, §10º, que é de competência da Controladoria Geral da União - CGU. Ademais, há de se verificar que, além desta previsão da LAC, o Decreto nº 11.129/22, reitera, em seu artigo 34, a competência da Controladoria-Geral da União. Por outro lado, quando se tratar de outras esferas, a Lei prevê que será de competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Sob tal ótica, entendemos a importância de ser estudado não só o conceito do que é o Acordo de Leniência, mas sim, de sabermos o procedimento observado no referido instrumento, sabendo como deverá ser requerido, quais requisitos devem ser observados e, principalmente, qual a responsabilização resultante deste acordo. Sobre a responsabilização, vale ressaltar, ainda, que é de suma necessidade que seja entendida a comunicação da Lei Anticorrupção com as normais penais, as quais trazem consequências não somente à pessoa jurídica que tenha lesado à Administração Pública, mas, também, a pessoa natural nos termos das normas penais.

Diante exposto e sob a perspectiva de que a Lei Anticorrupção veio para suprir lacunas nas legislações anteriores à referida lei, percebe-se que ela ainda carece de regulamentação em alguns pontos a fim de garantir a efetividade na celebração dos Acordos de Leniência. Sendo assim, faz-se necessário a criação de medidas para reduzir as lacunas existentes nos procedimentos aplicados para oferecimento de tal acordo.

## **6.2 Benefícios do programa de leniência para as pessoas jurídicas signatárias**

Os benefícios concedidos às empresas pela colaboração estão estabelecidos no artigo. 16, §2º e artigo. 17, ambos da LAC, que são: isenção da sanção do inciso II do artigo 6º e do inciso IV do artigo 19, flexibilização em até 2/3 o valor da multa aplicável, atenuação ou isenção das penalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos, além de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva em relação aos atos ilícitos objeto do acordo, nos termos do disposto no § 9º da Lei em comento (Brasil, 2013).

Ademais, conforme mencionado anteriormente, o Decreto nº 11.129/22 regulamenta a Lei Anticorrupção. Assim, além dos benefícios constantes na Lei, o decreto estabelece mais alguns benefícios concedidos à pessoa jurídica leniente. Em seu artigo. 50, inciso II, isenta a pessoa jurídica da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Acrescenta, também, em seu § 1º, que, no acordo de leniência poderá ser pactuado a resolução de ações judiciais que tenham por objeto os fatos que compõem o escopo do acordo (Brasil, 2022). Isso torna o acordo atraente para as empresas ao promover a cooperação e reduzir as sanções administrativas.

Contudo, como observam Simão e Vianna (2017), a Lei 12.846/2013, não oferece imunidade para pessoas físicas, mas apenas benefícios para pessoas jurídicas, o que pode desestimular na adesão do acordo, conforme será visto adiante.

Em suma, os autores explicam que o Acordo de Leniência busca beneficiar àqueles responsáveis na esfera administrativa, ou seja, as empresas praticantes dos atos lesivos à Administração Pública, e, aos indivíduos que serão responsabilizados penalmente não haverá expansão dos benefícios. Conforme explicado acima, os benefícios serão voltados às pessoas jurídicas e servem como incentivo à colaboração.

Os benefícios trazidos pela Lei Anticorrupção, bem como por seu decreto, é um diferencial de todos os instrumentos já criados. Isso se deve ao incentivo que é proporcionado à pessoa jurídica ao se dispor a colaborar com as investigações.

Vê-se, pois, que é oferecido benefícios substanciais às empresas que optam por cooperar com as autoridades na identificação e na proteção de atos ilícitos contra a Administração Pública, incluindo a isenção de sanções, a redução de multas e a interrupção do prazo prescricional das infrações. Todavia, há limitações em relação aos benefícios concedidos, uma vez que se restringem ao âmbito das avaliações administrativas, não abrangendo por completo a pessoa jurídica colaboradora, que ainda está sujeita a uma multa reduzida. Além disso, os efeitos do acordo de leniência não se estendem às esferas civil e criminal, limitando-se ao processo administrativo. No entanto, apesar de tais limitações, é indiscutível o fato de que esse instrumento desempenha um papel significativo na promoção da colaboração no combate à corrupção. Ao promover o sistema de cooperação, o referido instrumento contribui para a eficácia das investigações e a responsabilização das empresas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública.

### **6.3 Cumprimento, descumprimento, desistência ou recusa da proposta**

Conforme exposto, o Acordo de Leniência é de suma importância na penalização de atos lesivos à Administração Pública e, por essa razão, tem particular relevância em nosso ordenamento jurídico. Outrossim, existem situações em que o acordo não é efetivado, seja por descumprimento, desistência ou recusa, e, conseqüentemente, haverá reflexos à empresa que quebre o acordo.

Com relação ao cumprimento do acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, a autoridade competente, conforme estabelecido no artigo 52 do Decreto nº 11.129/022, declarará: o cumprimento das obrigações constantes no acordo; a isenção das sanções estipuladas no inciso II do caput do artigo 6º e no inciso IV do caput do artigo 19 da Lei nº 12.846/13, assim como de outras sanções aplicáveis ao caso; o cumprimento

da sanção prevista no inciso I do caput do artigo 6º da Lei 12.846/13; e, o atendimento dos compromissos assumidos de que tratam os incisos II a VII do *caput* do artigo 37 do Decreto.

De outro modo, Nohara (2021) explica que se não houver cumprimento do acordo por parte da empresa, ela será sancionada a pagar pela multa integral, sem a redução que havia sido negociada, além disso, a pessoa jurídica ficará proibida de celebrar novo acordo durante três anos, a contar da ciência do descumprimento. Portanto, faz-se necessário ressaltar as consequências na ocorrência do descumprimento, desistência ou recusa do referido acordo.

Primeiramente, no que tange ao descumprimento do acordo, a Lei Anticorrupção prevê em seu artigo 16, §8º que, para esta hipótese, a empresa ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. Já o Decreto nº 11.129/2022, em seu artigo 45, II, estabelece que, nestes casos, a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados. Além disso, o artigo 53, reforça que, declarada a rescisão do acordo de leniência pela autoridade competente, em caso de seu injustificado descumprimento, a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados e ficará proibida de celebrar novo acordo pelo período de três anos, contado da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa que julgar rescindido o acordo. Acrescenta, ainda, que, haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas e serão executados o valor integral da multa, com desconto das frações eventualmente quitadas; os valores integrais referentes aos danos, ao enriquecimento indevido e a outros valores acordados, descontando-se as frações já pagas; e a aplicação das demais sanções e consequências estipuladas nos termos dos acordos de leniência e na legislação aplicável. Por fim, o parágrafo único do artigo destaca que o descumprimento do acordo, será registrado pela Controladoria-Geral da União no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) por um período de três anos.

Em segundo lugar, a pessoa jurídica poderá, antes da celebração do acordo, desistir da proposta. Nesse sentido, o Decreto nº 11.129/2022 prevê que o não atendimento às determinações e às solicitações durante a etapa de negociação, importará em desistência, sem que isso signifique reconhecimento da prática do ato lesivo. É importante frisar que o artigo 43 do Decreto estabelece que a desistência da proposta ou sua rejeição também não implicam no reconhecimento da prática do ato lesivo. Aliás, o §2º desse artigo reforça que, no caso de desistência ou rejeição, a administração pública federal não poderá utilizar os documentos recebidos durante as negociações do acordo de leniência. Em contrapartida, o §3º esclarece que essa restrição não impede a apuração dos fatos relacionados à proposta, desde que haja indícios ou provas autônomas que sejam obtidos ou levados ao conhecimento da autoridade por qualquer outro meio.

Sendo assim, é notória a importância do cumprimento do acordo, por sua relevância para o combate à corrupção, bem como pelos benefícios concedidos aos signatários.

## 7 DESAFIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA: UM OBSTÁCULO À EFICÁCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Apesar de inovador, o Acordo de Leniência, embora se encontre regulamentado em uma lei que se encontra em vigor há praticamente dez anos, ainda apresenta desafios na sua interpretação e aplicação. Conforme explicam Simão e Vianna (2017), deve-se evitar margem para uma interpretação equivocada de que a empresa não possui a obrigação de apresentar as informações e provas no que se refere às pessoas físicas, de quem ela possua conhecimento de envolvimento na infração.

Os autores Simão e Vianna (2017) elucidam, ainda, que, apesar de sua responsabilidade ser objetiva, a empresa não deve usar desta razão para apresentar provas que visam ocultar a identidade daqueles que, de fato, praticaram os atos ilícitos. Diante disso, a empresa deverá fornecer não somente as provas de seu envolvimento com a prática delituosa, mas, também, apontar as pessoas naturais que efetivamente praticaram a ação.

Consoante explicado acima, é notória a necessidade de uma interpretação precisa, fazendo-se importante o entendimento claro e preciso das disposições do Acordo de Leniência, a fim de garantir a eficácia de sua aplicação. Em outras palavras, deve-se evitar ambiguidades que possam comprometer a integridade do processo, para que não haja abertura de margens para interpretações equivocadas, uma vez que este equívoco pode minar os objetivos do acordo, portanto, é necessário um entendimento preciso das responsabilidades da empresa no processo de leniência.

Sob tal perspectiva, verifica-se que a empresa colaboradora deverá ser transparente e apontar as pessoas naturais envolvidas na prática do ato lesivo contra a Administração Pública. Nestes termos, é importante ressaltar que:

(...) as pessoas físicas praticam ilícitos por meio da pessoa jurídica, os quais podem resultar em responsabilidade nos âmbitos cível, criminal e de improbidade administrativa, demandando que a adesão para a colaboração com as autoridades públicas, para ser coerente, também as abranja (Batich et al., 2020, p.1).

Sendo assim, é perceptível que, mesmo após uma década de vigência da legislação que rege o Acordo de Leniência, subsistem desafios na interpretação e aplicação deste

mecanismo, sendo a principal relacionada à responsabilização da pessoa natural vinculada à prática do ato ilícito, bem como a não legitimação do Ministério Público para celebrar acordos de leniência. Ademais, vale ressaltar que para que o referido instrumento seja eficaz, é de suma importância a interpretação precisa de suas disposições, nestes termos, deve-se buscar evitar ambiguidades nesta interpretação. Em suma, para que haja uma aplicação eficaz do acordo, far-se-á necessário o comprometimento coerente com a transparência e a responsabilidade, e também é precisa a definição concreta da competência para aplicação de tal acordo, garantindo que a colaboração esteja alinhada com os princípios legais e éticos que fundamentam esse importante instrumento no combate à corrupção, contando com a presença de um órgão responsável por sua fiscalização.

### **7.1 Críticas ao sistema de leniência**

Tendo em vista tais considerações, é importante considerar os contra-argumentos sobre o sistema de leniência. O Acordo de Leniência é um instrumento inovador e tal fator é inquestionável, entretanto, o sistema ainda carece de melhorias para que seja mais eficaz. Conforme explica Rodas (2023), o instrumento é importante, no entanto, promoveu alguns abusos, por não observar a responsabilidade penal das pessoas naturais causadoras do ilícito, bem como por não possuir uma competência estabelecida.

De acordo com Nucci (2015), a Lei Anticorrupção estabelece condutas tipificadas e efeitos delituosos de substância penal. Contudo, é importante ressaltar que, por não abordar diretamente a responsabilidade na esfera criminal, torna-se fundamental observar as garantias previstas na legislação penal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos processos administrativos correlatos. Sendo assim, verifica-se uma das dificuldades na eficácia do acordo, uma vez que a lei não contempla disposições específicas para fins de responsabilização criminal.

Como mencionado, é importante considerar que a ausência de uma abordagem direta sobre a responsabilidade na esfera criminal na LAC representa um desafio substancial para a eficácia do acordo. O autor ressalta, ainda, a necessidade de se atentar às garantias previstas na legislação penal, conforme interpretadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processos administrativos correlatos. Esta observação se faz importante para que se possa preencher as referidas lacunas legislativas e, inclusive, para se garantir a aplicação dos princípios assegurados pela legislação penal. Ademais, vale ressaltar que estas lacunas podem resultar em interpretações divergentes e desafios na aplicação efetiva do acordo, o que resulta no prejuízo da harmonização entre os objetivos administrativos e as garantias individuais previstas no âmbito penal.

Conforme explicam Shulz e Brasil (2021), é perceptível que o sistema de leniência não contempla benefícios para a pessoa natural que cometa a conduta ilícita, mas apenas à pessoa jurídica colaboradora. Os autores deixam claro que esse obstáculo é um óbice substancial para que tal instrumento seja celebrado de forma eficaz.

Conforme mencionado pelo autor Nucci, a Lei Anticorrupção, ao estabelecer condutas tipificadas e impor efeitos delituosos de natureza penal, deixa uma lacuna significativa ao não abordar diretamente a responsabilidade na esfera criminal. Essa omissão torna crucial a observância das garantias previstas na legislação penal, conforme interpretadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em consonância, a abordagem trazida por Shulz e Brasil destaca um segundo obstáculo substancial relacionado ao Acordo de Leniência, que se refere à falta de benefícios previstos pela LAC no que tange às pessoas naturais envolvidas na conduta lesiva em face da Administração Pública. Essa imprevisibilidade faz com que muitas vezes o acordo não seja uma boa oportunidade, uma vez que as pessoas jurídicas, que são representadas por pessoas naturais, não se sentem atraídas em colaborar, uma vez que esses últimos não serão contemplados em benefícios. Ainda sobre a falta de previsão de benefícios, os autores Batich et al. (2020, p. 1), salientam que: "a ausência de previsão, ou mesmo a dificuldade na obtenção, de benefícios na esfera criminal, cível e em outras esferas administrativas representa um desincentivo ao acordo".

Nesse viés, é perceptível a necessidade de aprimoramentos para a eficácia do Acordo de Leniência, tendo em vista a existência de alguns obstáculos a serem enfrentados como, por exemplo, a ausência de disposições claras sobre a responsabilidade penal e a falta de previsão de benefícios para a pessoa natural, para celebração de tal instrumento. Sob tal ótica, é notória a importância de aprimorar o sistema de leniência, considerando a responsabilidade penal, os benefícios para colaboração em favor das pessoas físicas e a necessidade de proteções claras ao colaborador. Tais melhorias são de suma importância para fortalecer a eficácia do instrumento, harmonizando os objetivos administrativos com as garantias individuais previstas na legislação penal.

No entanto, para que haja tais melhorias devem ser realizados por meio de adequação legislativa, pois, conforme explicam Simão e Vianna (2017, p. 176):

Ainda que a legislação esteja sujeita a críticas e incrementos, a LAC permanece válida, e a observância aos preceitos elaborados pelo legislador deve ser cumprida até que uma norma em sentido contrário assim disponha ou uma decisão judicial vinculante determine.

Neste sentido, verifica-se a importância de se buscar melhorias, uma vez que, apesar de tais críticas aqui apontadas, os autores deixam claro que, enquanto a legislação não for alterada, deverão ser respeitadas as normas já existentes, o que ocasiona em uma eficácia precária do acordo de leniência. Portanto, verificamos a necessidade de se compreender quais são gargalos da aplicação do referido acordo, a fim de melhor se entender o que e como devem ser trabalhados.

Conclui-se, assim, que o Acordo de Leniência, suscita debates significativos sobre a sua eficácia. Verifica-se que a falta de atenção pela responsabilidade penal dos indivíduos e a ausência de previsão de benefícios para a pessoa natural destacam a real necessidade de aprimoramentos legislativos para enfrentar esses desafios. Ademais, verifica-se a importância da necessidade dos aprimoramentos legislativos, pois, conforme mencionado, enquanto não houver essas melhorias o sistema de leniência permanecerá sendo executado da forma em que se encontra.

## **7.2 Conflito de atribuição de competência**

Quanto à competência para a celebração do acordo de leniência, o artigo 16 nos traz em seu texto que "a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei (...)", já o § 10º dispõe que a "Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira" (Brasil, 2015). Nesses termos, com exceção no âmbito Federal, a competência para a celebração do acordo de leniência é conferida às autoridades máximas de órgãos e entidades públicas em todas as esferas de governo.

Do ponto de vista de Simão e Vianna (2017) a decisão do legislador foi assertiva ao criar uma regra específica para o Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Segundo os autores, a regra está alinhada com o disposto no §2º do art. 8º da Lei Anticorrupção, que conferiu à CGU a competência concorrente para iniciar processos de responsabilização de pessoas jurídicas ou avocar aqueles iniciados por outros órgãos, a fim de examinar sua regularidade ou corrigir o seu andamento. Contudo, atribuir à CGU competência exclusiva para celebrar acordos de leniência no âmbito federal pode gerar conflitos com outros órgãos, como o Ministério Público Federal (MPF) e o Tribunal de Contas da União (TCU).

É interessante, aliás, destacar que a vasta generosidade da lei ao conceder a competência às autoridades máximas de órgãos e entidades públicas em todas as esferas de governo, causa uma insegurança jurídica na aplicação dos acordos de leniência. À luz disso, sustenta Simão e Vianna (2017, p. 104) "a doutrina se debruçou sobre o tema e



criticou a norma por sua generosidade ao distribuir a competência para celebração do acordo de leniência a uma pluralidade tão vasta de dirigentes".

Conforme Pereira (2016), a controvérsia em torno desse tema reside na argumentação de que a celebração de acordos de leniência pela CGU, sem a concordância e participação do MPF e do Tribunal de Contas da União, pode comprometer as investigações desses órgãos. O autor deixa claro, ainda, que além do comprometimento das investigações, poderia prejudicar a aplicação de penalidades por crimes de corrupção e a adequada quantificação dos prejuízos causados. Não obstante, destaca Queiroz e Andrade (2020, p. 132):

Apesar do Ministério Público ser a instituição, por excelência, vocacionada ao combate da corrupção e na defesa do Patrimônio Público, por meio da ação penal pública, da ação civil pública e do inquérito civil, de acordo com a Magna Carta de 1988, o legislador – que não é impessoal e não é isento- foi omissivo no que se refere à participação desta instituição na fiscalização e na celebração do acordo de leniência, atribuindo-se essa tarefa, em sua totalidade, à autoridade máxima de cada entidade ou órgão, à qual podem ser estendidas as mesmas críticas anteriormente explanadas. Sendo ela, em regra, a responsável pelas práticas corruptivas, por possuir as competências para deflagrar e homologar as licitações e celebrar os contratos administrativos como, privativamente, encarregá-la da celebração dos acordos de leniência?

Pode-se dizer que a Lei Anticorrupção, especialmente em seu artigo 16, exige uma revisão para extinguir interpretações no que tange à celebração dos acordos de leniência. Neste contexto, fica claro que conforme expressamente estabelecido pela Constituição da República, em seu artigo 129, inciso III, a competência para combater a corrupção e defender o Patrimônio Público é exclusiva do Ministério Público. Logo, a participação do Ministério Público, quer na qualidade de competente para celebração do acordo ou como custo legis, revela-se imprescindível para assegurar a observância de princípios constitucionais, bem como os norteadores do Direito Administrativo. Esses princípios devem ser observados pois conforme mencionado pelos autores Queiroz e Andrade (2020, p. 132) "(...) as empresas privadas interessadas em colaborar com a Justiça poderão ser impedidas de firmar essa espécie de acordo, haja vista serem estas autoridades, de acordo com o cotidiano do país, as mesmas envolvidas em atos de corrupção". Em uma perspectiva diferente, Carvalhosa (2015, p. 391) entende que "Deve, assim, ser desconsiderado em parte o caput do artigo 16 para prevalecer a regra contida no seu

referido § 10º também nos planos estadual e municipal, bem como nos demais Poderes – Legislativo e Judiciários – nas três instâncias federativas".

Ora, em tese, conforme explicado acima, a não legitimação do Ministério Público como órgão competente para a celebração de acordos de leniência pode causar prejuízos à pessoa jurídica leniente, como, por exemplo, a possibilidade da instauração de uma investigação e, posteriormente, a propositura de uma Ação Penal Pública, sobre o fato confessado pela empresa. Com isso, com base no que foi exposto, conclui-se que, seguindo a linha exposta por Queiroz e Andrade, torna-se indispensável, no mínimo, a participação do Ministério Público junto à CGU, como *custo legis* no processo de celebração do acordo de leniência.

Nesse contexto, mostra-se importante, destacar, sobre o Projeto de Lei nº 105/2015. Pereira (2016, p. 81) elucida que:

(...) o Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES) editou o Projeto de Lei do Senado nº 105/2015, pelo qual pretendia alterar a Lei Anticorrupção, na orientação de condicionar todos os acordos de leniência à apreciação do Ministério Público, que ficaria responsável pelo exame de legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, concedendo sua anuência ou não para a assinatura dos ajustes. Por si só, essa proposta seria suficiente para acabar com a insegurança jurídica nas negociações, uma vez que a anuência do órgão ministerial inviabilizaria medidas judiciais desarrazoadas contra empresas em momento posterior ao enlace.

Contudo, o Senado usurpou o projeto, aprovou um substitutivo que supostamente inclui o parquet como legitimado a celebrar os acordos de leniência, mas que, na realidade, é omissivo ao não explicitar claramente o papel do Ministério Público perante os acordos e, além disso, abre possibilidade para que a Controladoria Geral da União e a Advocacia Geral da União firmem os acordos isoladamente, sem qualquer fiscalização.

O autor deixa claro na citação acima que o Projeto de Lei nº 105/2015 seria suficiente para acabar com as inseguranças jurídicas nas negociações, uma vez que sua proposta era condicionar todos os acordos de leniência à apreciação do Ministério Público. Esse é o motivo pelo qual é importante frisar esse ponto, uma vez que a não participação do *parquet* nas negociações pode acarretar diversos prejuízos na eficácia do acordo. Além disso, o PL substitutivo citado acima tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 3.636 de 2015. O autor esclarece, ainda, que o PL "modifica negativamente várias passagens do

texto original da Lei nº 12.846/2015 que tratam do acordo de leniência, deturpando a essência do instituto”.

Dessa forma, espera-se que "o Poder Público envide esforços no sentido de implementar uma atuação coordenada entre CGU, AGU, MPF e TCU, por meio da regulamentação do instituto da mediação nos Acordos de Leniência, a fim de se dirimir eventuais divergências que surjam entre os envolvidos nas negociações." (Bessa, 2017). Por todas essas razões, é evidente que o conflito de competência para celebração do acordo de leniência emerge como uma complexa questão jurídica, permeada por desafios que exigem uma abordagem cuidadosa. A análise minuciosa das competências envolvidas, seja entre órgãos reguladores, autoridades judiciais ou entidades administrativas, revela a necessidade de uma cooperação entre os órgãos envolvidos na celebração de acordos de leniência, a fim de garantir a efetividade desses acordos e o combate à corrupção. À vista disso, como evidenciado ao longo do capítulo, a não legitimação do Ministério Público como competente para celebrar acordos de leniência, ou a ausência de sua cooperação com outros órgãos na fiscalização do acordo celebrado, pode comprometer a eficácia e objetivos do acordo. Além disso, embora a problemática esteja centrada no âmbito Federal, a Lei deve ser cristalina ao designar a competência para celebração em suas três esferas, quais sejam: Municipal, Estadual e Federal.

Por fim, cumpre-se ressaltar que, apesar da edição do Decreto nº 11.129/22, que visa regulamentar a Lei nº 12.846/13, persiste uma lacuna em relação à atuação do Ministério Público nos acordos de leniência. Isso se deve ao fato de que o mencionado decreto, em seu teor, faz menção apenas à CGU, ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União e do Advogado-Geral da União. (*vide arts. 35 e 36 do Decreto nº 11.129/22*).

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da Lei Anticorrupção, com foco na eficácia dos acordos de leniência no combate à corrupção. Além disso, também proporcionou a avaliação dos benefícios e das dificuldades na implementação desses acordos no contexto brasileiro, examinando também os pontos que, ao invés de combater, podem estimular a prática da corrupção. Inicialmente, cuidamos de analisar o histórico da corrupção no Brasil, bem como, os aspectos históricos sobre o surgimento da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção. O estudo também buscou conceituar o acordo de leniência, estabelecendo definições relevantes e destacando sua origem. Em continuidade, buscamos analisar a procedimentalização dos acordos de leniência, suas condições, requisitos para celebração, benefícios para os signatários e consequências no caso de descumprimento do acordado. Por fim, foram

analisados os desafios na aplicação dos acordos de leniência, destacando críticas ao referido instrumento.

De um modo geral, o Acordo de Leniência é o instrumento criado pelo ordenamento jurídico com a finalidade de controlar a corrupção. Por um lado, o instrumento se mostra benéfico à Administração Pública por propiciar o acesso a informações que seriam de difícil obtenção por métodos convencionais de investigação. Em contrapartida, infere-se que há espaço para melhorias na legislação e na prática do Acordo de Leniência, sobretudo, no que diz respeito aos benefícios oferecidos à pessoa jurídica leniente e a competência para celebração dos acordos. Desse modo, percebe-se que o Acordo de Leniência é uma ferramenta valiosa no combate à corrupção, e seu potencial pode ser otimizado por meio de ajustes legislativos.

No que diz respeito ao conflito de atribuições de competência para celebração do acordo, decorrido entre a Controladoria Geral da União e o Ministério Público Federal, nota-se que é preciso o aprimoramento da Lei Anticorrupção, especialmente em relação ao seu artigo 16. Isso porque, em que pese a edição do Decreto 11.129/22, nos casos que envolverem o Poder Executivo federal, seu texto faz menção apenas à CGU, ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União e do Advogado-Geral da União, e, com relação as outras esferas, estabelece que a CGU poderá aceitar delegação para negociar, celebrar e monitorar o cumprimento dos acordos. Logo, fica evidenciado ao longo da pesquisa, que sem esse aprimoramento, a eficácia desse instrumento de consenso da Administração Pública estará comprometida. Ademais, destaca-se a necessidade da cooperação entre esses órgãos, haja vista que, a participação do Ministério Público, quer na qualidade de competente para celebração do acordo ou como *custo legis*, revela-se imprescindível para assegurar a observância de princípios constitucionais, bem como os norteadores do Direito Administrativo.

No que tange à extensão de seus benefícios às pessoas físicas, a Lei é omissiva em prevê-los. Tendo em vista tal imprevisibilidade, o acordo de leniência muitas vezes não é tido como interessante para fins de colaboração, uma vez que, a lei garante apenas às pessoas jurídicas os benefícios por contribuir com as investigações. Desta forma, verifica-se a importância de uma adequação legislativa para contemplar não somente as empresas, para que, assim, haja maior adesão ao referido sistema.

Assim, conclui-se que o Acordo de Leniência é um instrumento promissor no combate à corrupção, sendo necessário seu aprimoramento para alcançar resultados mais benéficos, tanto para a Administração Pública quanto para a pessoa jurídica leniente.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, **Fernando de Barros**. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Texto Para Discussão CEPAL, IPEA. 2011.

BATICH, Filipe Lovato; MAZZINI, Milena Coimbra; RAFIH, Rhasmye El. **A consolidação da participação de pessoas físicas nos acordos de leniência**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/opinioao-participacao-pessoas-fisicas-acordos-leniencia/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

BESSA, Isabela. **A mediação pode aperfeiçoar o acordo de leniência**. ConJur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-14/isabela-bessa-mediacao-aperfeicoar-acordo-leniencia/>. Acesso em: 20 out. 2023.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei anticorrupção: Lei 12,846/2013**. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Como fazer um acordo**. Brasília: CGU. **Disponível em: Como fazer um acordo** — Controladoria-Geral da União ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4410.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm). Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm). Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 12 de junho de 2022.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm). Acesso em: 21 nov. 2023.

CARVALHOSA, Modesto. **A Nova Lei da Empresa Limpa.** O Estado de São Paulo, São Paulo, v. 29, n., mês, 2014.

CASER, Gabriel. **Dos Acordos de Leniência do Cade e da CGU: Qual balcão é o mais atrativo?** Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 207-236, 2020.

CREMONESE, Dejalma. **A Difícil Construção da Cidadania no Brasil.** Desenvolvimento em Questão, [S.I.], v. 5, n. 9, p. 59-84, 2011. DOI: 10.21527/2237-6453.2007.9.59-84.

DATAFOLHA. **Datafolha aponta que corrupção é a maior preocupação dos brasileiros.** Fonte: G1 Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/11/datafolha-aponta-que-corrupcao-e-maior-preocupacao-dos-brasileiros.html>. Acesso em: 05/06/2023.

DE MATTOS PIMENTA, Raquel. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção.** Editora Blucher, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502630987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502630987/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** Companhia das Letras, 2021.

FERRAZ, Sergio. **A responsabilização na Lei Anticorrupção**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 18, p. 33-47, 2015.

HENRIQUE, Diego; ANTABI, Lucie. **Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção tem fragilidades**. Consultor Jurídico, 08/02/2023. Disponível em: Henrique e Antabi: Acordo de leniência na Lei Anticorrupção - Consultor Jurídico Consultor Jurídico (conjur.com.br). Acesso em: 15 set. 2023.

KLITGAARD, Robert E.; VELHO, Octavio Alves. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

MARRARA, Thiago. **Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes**. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. I.], v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v2i2p509-527. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em 04 set. 2023.

NOHARA, Irene. **Acordo de Leniência**. Direito Administrativo, 2021. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/acordo-de-leniencia/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na lei anticorrupção (lei nº 12.846/2013)**. Revista Brasileira de Infraestrutura–RBNF, Belo Horizonte, ano, v. 5, p. 79-113, 2016.

QUEIROZ, Marcelo. **DO PENAL AO ADMINISTRATIVO: BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.846/2013 E O ACORDO DE LENIÊNCIA**. Revista da Associação dos Antigos Alunos de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2020.

RODAS, Sérgio. **Colaboração premiada e leniência são importantes, mas promoveram abusos**. Consultor Jurídico, 01/08/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-01/colaboracao-leniencia-sao-importantes-promoveram-abusos/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

SANTO HARTMANN, Stefan Espirito. **Comentários à Lei Anticorrupção–Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região n, v. 4, p. 307.

SHULZ, André Luís; e BRASIL, Letícia Maria Vilanova De Souza. **A atratividade dos benefícios do acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção).**

Consultor Jurídico, 01/08/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-01/colaboracao-leniencia-sao-importantes> TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção. 2023. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 12 nov. 2023.

VIOL, Dalila Martins. **Programas de Integridade e Combate à Corrupção: Aspectos Teóricos e Empíricos da Multiplicação do Compliance Anticorrupção no Brasil.** 1ª ed., [S. I.]: Almedina, 2021.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei 12.846/13: Elementos e estudo de caso. 2015.** Tese de Doutorado-promoveram-abusos/. Acesso em: 04 nov. 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros et al. **Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no direito brasileiro.** Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 20, n. 31, 2016.



## **DIÁLOGO COMPETITIVO COMO MODELO LICITATÓRIO PARA INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E SOLUÇÕES: INOVAÇÕES DA LEI N. 14.133/2021**

**JOSELIA GOMES DO CARMO:** Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2012), graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2010). Juíza Substituta TJBA.<sup>84</sup>

**RESUMO:** Trata o presente artigo acerca da Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) em especial a introdução trazida pela norma de modelo licitatório novo: o diálogo competitivo. Trazido do direito comparado e com previsão na Diretiva 2014/24/EU este modelo permitiria um maior contato entre órgão público e entes privados quando haja a necessidade de técnicas, tecnologias ou soluções até então desconhecidas. Uma modernização bem-vinda na legislação e uma mostra de que há consonância entre as inovações legislativas e a prática cotidiana na Administração Pública, esta modalidade licitatória prevê duas fases, a primeira em especial permite um maior diálogo, tal qual o nome da modalidade indica, a modalidade se aplica para contratações de maior complexidade e permite a discussão sobre questões técnicas e econômicas com os interessados. A partir da revisão bibliográfica sobre o tema e do método dedutivo, e justificando-se a partir da importância do alinhamento entre a prática do Direito e as inovações normativas vigentes, o artigo tem como foco discorrer e refletir sobre de que forma o diálogo competitivo implica em vantagens, como será aplicado no Brasil e seu alinhamento com uma Administração Pública voltada para novas soluções.

**Palavras-chave:** Lei n. 14.133/2021. Licitações. Diálogo competitivo.

**ABSTRACT:** This article deals with the New Bidding Law (Law n. 14.133/2021) in particular the introduction brought by the new bidding model rule: the competitive dialogue. Brought from comparative law and provided for in Directive 2014/24/EU, this model would allow greater contact between public and private entities when there is a need for techniques, technologies or solutions that were hitherto unknown. A welcome modernization in legislation and a demonstration that there is consonance between legislative innovations and daily practice in Public Administration, this bidding modality provides for two phases, the first in particular allows for greater dialogue, as the name of the modality indicates, the modality applies to more complex contracts and allows the discussion of technical and

---

<sup>84</sup>E-mail: jgcarmo@tjba.jus.br

economic issues with interested parties. From the bibliographic review on the subject and the deductive method, justifying itself from the importance of the alignment between the practice of Law; the current normative innovations, the article focuses on discussing and reflecting on how competitive dialogue implies in advantages, how it will be applied in Brazil and its alignment with a Public Administration focused on new solutions.

**Keywords:** Law n. 14.133/2021. Bidders. Competitive dialogue.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Diálogo competitivo como modelo licitatório para inovações tecnológicas e soluções: inovações da Lei n. 14.133/2021 3. Conclusão 4. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações sancionada em 1 de abril de 2021 substitui a um só tempo a Lei de Licitações n. 8666/93, Lei n. 10.520/02, a qual versa sobre o Pregão Eletrônico e a Lei n. 12.462/11 que dispõe sobre Regime Diferenciado de Contratações.

A nova norma tem foco em maior celeridade, mitigação do formalismo e trazer solução para alguns questionamentos que os profissionais e pregoeiros já vinham há algum tempo trazendo como pontos de melhora na legislação anterior, desta forma desburocratizando o processo licitatório além de aumentar a viabilidade de gerenciamento de riscos e governança das contratações públicas.

O presente artigo tem como finalidade analisar os principais pontos de inovação trazidos pela nova norma, fazendo uma breve comparação com a norma anterior e refletindo de que forma o dispositivo representa vantagens ao processo licitatório sob a perspectiva dos princípios norteadores da nova norma em especial a celeridade e a economicidade, além do *compliance* como modo de atuação do Poder Público, porém focando aqui na nova modalidade de licitação trazida: o diálogo competitivo, modelo trazido no inciso XLII, do art. 6º da Lei n. 14.133/2021.

O diálogo competitivo é espécie de modalidade de licitação trazida do direito comparado, com previsão na Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e já foi transportado para diversos outros países com sucesso em sua utilização. Trata-se de modalidade em que a Administração Pública a partir de reuniões com licitantes pré-selecionados, de forma a obter soluções mais céleres que atendam melhor ao contratante.

Com características bastante particulares, o artigo pretende discorrer a partir da doutrina disponível sobre o tema, acerca da nova modalidade, seu procedimento e particularidades da sua aplicação, em especial a contratação de inovações tecnológicas.

## **2. DIÁLOGO COMPETITIVO COMO MODELO LICITATORIO PARA INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E SOLUÇÕES**

A Nova Lei de Licitações prevê cinco modalidades de licitações: concorrência, concurso, leilão, pregão e dialogo competitivo, este último a inovação de modalidade de licitação trazida pela norma.

De acordo com o art. 6º, inciso XLII da Lei n. 14.133/2021, o diálogo competitivo é modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (BRASIL, 2021).

As modalidades licitatórias na nova lei, como visto, são: pregão; concorrência; concurso; leilão; e diálogo competitivo. O diálogo competitivo é modalidade trazida para o ordenamento jurídico brasileiro com a edição desse diploma legal, utilizada para a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (CARVALHO, 2022, p. 80).

Essa modalidade adveio da necessidade de o Estado efetuar contratações para problemas muitas vezes sem soluções identificadas, situações que demandam diálogo, com licitantes previamente selecionados a partir de critérios objetivos, até a apresentação de proposta final que alcance solução.

Trata-se de modalidade trazida do direito comparado, conforme visto, tendo origem na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, como resposta às exigências de simplificação e modernização quer pelas entidades adjudicantes quer pelos operadores econômicos (ROCHA, SCOPEL e FIGUEIREDO, 2021, p. 189). Leia-se:

Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na

ótica da contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores nos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que os valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados (in CARVALHO, 2022, p. 182).

A experiência do diálogo concorrencial teria vindo do Reino Unido, sendo ali a primeira normatização e orientação de como proceder a modalidade licitatória nos documentos *Competitive Dialogue* de 2008 e *Treasury Review of Competitive Dialogue* de 2010.

Ressalta-se que a intensidade da utilização do diálogo concorrencial na Europa é bastante diversa. No período de janeiro de 2004 a junho de 2009, observam-se países que utilizaram esse instituto com a) intensidade, b) moderação e c) de forma fraca. A França e o Reino Unido registraram respectivamente 1.239 e 1194 contratos administrativos firmados, a partir dessa modalidade, sendo os países europeus que mais o empregaram. Com utilização moderada, Alemanha, Holanda, Irlanda, Dinamarca e Finlândia valeram-se do diálogo concorrencial em 113, 72, 47 e 32 contratos administrativos respectivamente. Por fim, Espanha e Portugal tiveram 19 e 4 empregos dessa modalidade de licitação (ROCHA, VANIN e FIGUEIREDO, 2021, p. 189).

Acerca da experiência do diálogo competitivo no direito comparado leia-se:

Após o sucesso da experiência inglesa com o chamado *competitive dialogue*, o restante da União Europeia encampou essa forma menos verticalizada de contratação por meio da Diretiva 2004/18/CE, com aquilo que foi traduzido pela norma como “Diálogo Concorrencial”. O legislador comunitário definiu, no art. 1º, item 11, c, da referida Diretiva que o “Diálogo Concorrencial” era o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos

admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta (ARAGÃO, 2021, p. 45).

É um modelo plausível quando é viável incorporar a negociação no processo licitatório, tendo o artigo 42 da Diretiva 2014/24/EU que dispõe ter se revelado útil nos casos em que as autoridades não conseguem definir as formas com que seja possível a satisfação das necessidades ou avaliação das soluções que o mercado pode ofertar.

O instituto é presente também na Espanha, com previsão na Lei 30/2007, com a aplicação para contratações de alta complexidade cujo objeto só possa ser obtido através da interação entre adjudicante e proponentes, na Alemanha, com procedimento que permite negociação flexível combinado ao procedimento de adjudicação clássica e Itália, com previsão no Código de Contratos Públicos de 2006 (ARAGÃO, 2021).

Esta modalidade de licitação é, ainda, apropriada para contratações de alta complexidade e que se caracteriza por uma etapa prévia, em que a Administração estabelece discussão sobre questões técnicas e econômicas com os interessados, sendo que a competição propriamente dita é instaurada em etapa posterior (JUSTEN FILHO, 2021, p. 185).

O diálogo competitivo está restrito a contratar objetos que envolvam a inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade de órgão ou entidade ver atendida a sua necessidade pelas soluções disponíveis no mercado, ou a impossibilidade de definir e identificar os meios e as alternativas que consigam suas necessidades. A Administração pode abrir edital informando, em sítio eletrônico próprio, as condições e necessidades para a solução e só encerrar os diálogos quando, de forma documentada em atas e gravações, identificar que o melhor interesse e solução foi alcançada, dessa forma, encerra-se o diálogo competitivo com a publicação das atas e gravações pela comissão de contratação, que deve ser composta de 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes ao quadro da Administração, sendo vedada a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão (in SANTOS, OLIVEIRA, 2022)

O diálogo competitivo é modalidade aplicável quando houverem as seguintes condições cumulativas: inovação técnica ou tecnológica, impossibilidade de o órgão ter

sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e a impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração (CARVALHO, 2022, p. 190).

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; (BRASIL, 2021).

O diálogo competitivo seria, por exemplo, alternativa para contratação de inovações tecnológicas, na medida em que a partir de a partir de “busca de soluções consensuais, dialógicas, negociadas, de maneira que a Administração Pública, em lugar de simplesmente exigir soluções” (FERNANDES e COUTINHO, 2021, p.71)

Nesse sentido: “Dentre as modalidades de licitação, aquela que mais se amolda às peculiaridades das encomendas tecnológicas é o diálogo competitivo. Com efeito, o art. 32, I, a, da Lei n.º 14.133/2021 franqueou o manejo do diálogo competitivo para contratação que envolva inovação tecnológica ou técnica, gênero no qual se inclui a espécie “encomenda tecnológica”. (FERNANDES e COUTINHO, 2021, p.72)

Para Marçal Justen Filho: “É imperioso destacar que as soluções cooperativas no relacionamento entre Administração e particular refletem uma tendência política e econômica. A consagração do diálogo competitivo é uma manifestação desta proposta” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 454). Haveria, portanto, a alteração do enfoque anteriormente autoritário da Administração e passa a haver maior democratização do exercício do Poder Público, com maior participação dos cidadãos.

Nota-se que a nova modalidade advém da importância de uma contratação que supra de forma adequada uma modalidade complexa de contratação, com requisitos bastante peculiares e que desta forma pode ser melhor suprido, permitindo à

Administração Pública a partir do diálogo com os fornecedores encontrar a melhor solução para o atendimento desta necessidade, inclusive com eventuais adaptações, se for o caso.

Marçal Justen Filho preleciona que haverá, portanto, no modelo de diálogo competitivo adotado pelo Brasil, dois editais no mesmo procedimento licitatório. O primeiro edital não se subordinaria de modo exaustivo às normas, admitindo maior margem de discricionariedade, além de admissão de pré-seleção para admissão de fornecedores (JUSTEN FILHO, 2021, p. 455).

Não se confunde com a contratação direta por ausência de pluralidade de alternativas, sendo a modalidade adequada quando haja incerteza ou indeterminação sobre a solução, ou ainda como visto anteriormente, em casos em que haja necessidade de inovação, leia-se:

Há casos em que o problema, dotado de elevado grau de complexidade, comporta solução única e determinada, em que existe um único sujeito privado em condições de satisfazer a necessidade existente ou sendo inviável adotar critério de julgamento objetivo para a seleção de solução mais vantajosa. Em tais hipóteses, não é cabível o diálogo competitivo. Configuram-se os pressupostos para a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74. Uma vez identificada a ausência de pluralidade de alternativas, o único sujeito qualificado para executar o contrato será contratado diretamente, sem licitação (JUSTEN FILHO, 2021, P. 457).

Tampouco deverá o novo modelo ser confundido com a contratação integrada, até mesmo por ser esta última um regime de contratação, cabível em que a solução adequada envolva conhecimento existente, enquanto o diálogo competitivo deverá ser usado quando não haja solução satisfatória no âmbito do conhecimento já existente, isso porque "A opção pelo diálogo competitivo reflete o reconhecimento da insuficiência de atuação isolada da Administração Pública ou de um determinado agente econômico privado para delinear as condições de contratação" (JUSTEN FILHO, 2021, p. 458).

Talvez uma importante reflexão trazida pelo novo modelo é a de unir ao serviço público inovações e conhecimentos do setor privado, possibilitando aumentar a gama de soluções inovadoras para desafios que possam ser até pouco tempo atrás desconhecidos, o que haveria de mais lógico do que aliar ao serviço público a expertise do setor privado? Uma vez que é inequívoco que é no setor privado que alguns recursos e tecnologias podem ser mais facilmente alcançados.

A figura do diálogo competitivo abrange não apenas a colaboração entre a Administração e o setor privado na concepção e desenvolvimento de uma solução para determinado problema complexo. O diálogo competitivo pressupõe a conjugação de conhecimento e da experiência de uma pluralidade de agentes privados. Uma das características do diálogo competitivo é a participação na disputa de diversos interessados, cada qual colaborando para a concepção das medidas a serem implementadas (JUSTEN FILHO, 2021, p. 459).

A autoridade competente poderá adotar o diálogo competitivo quando presentes os pressupostos do artigo 32 como a condição própria do objeto contratado, presentes no inciso I, quais sejam: inovação tecnológica ou técnica, insuficiência de soluções disponíveis no mercado ou inviabilidade de definição precisa. Nota-se que são requisitos abertos para permitir uma maior margem de discricionariedade ao órgão público sobre sua aplicabilidade e a compatibilidade da modalidade de licitação com a realidade.

Em termos do procedimento em si talvez uma das maiores peculiaridades do diálogo competitivo é a antecipação da competição entre particularidades para a fase de planejamento, dentro da atuação preparatória prévia já há o contato entre os disputantes com a competição para a apresentação de soluções ou tecnologias, conforme o caso, inclusive com a gravação das reuniões ocorridas (inciso IV, §1º da Lei n. 14.133/2021). Uma vez atingido resultado satisfatório sobre a solução a ser adotada, os licitantes são convocados para formular as propostas de fato.

Nesta fase, a cooperação efetivamente ocorre entre Administração Pública e privados, devendo ser compreendidos adequadamente os dispositivos legais que regulamentam o tema. Dentre os recursos escassos de pessoas físicas e jurídicas, encontram-se o tempo e os recursos financeiros. Os licitantes que foram selecionados vão empregar tempo e importes econômicos para construir a solução que necessita a Administração Pública. Assim se justifica plenamente que, com a conclusão da fase de diálogo, apenas os licitantes que foram selecionados participem da fase competitiva, de acordo com o artigo 32, VIII, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. De outra banda, pela finalidade e pela natureza jurídica dessa modalidade de licitação, a efetiva participação dos interessados selecionados na fase de diálogo é essencial no êxito da construção da solução ou das soluções, sendo um ônus do selecionado atuar com dedicação e



afinco nessas discussões (ROCHA, VANIN e FIGUEIREDO, 2021, p. 197).

O edital da fase de diálogo não apresentará a totalidade de elementos exigidos para os demais casos, não é cabível nesse primeiro edital definir objeto, condições de contratação e julgamento, sendo somente o tema do edital a fase de diálogo e apresentação de soluções (JUSTEN FILHO, 2021).

Embora o silêncio da Lei, deve-se reconhecer a exigência de requisitos diferenciados para a designação do agente público integrar a comissão de contratação. A complexidade do objeto e a necessidade de interação com agentes da iniciativa privada acarretam a inviabilidade de designação de sujeitos destituídos de experiência e conhecimento diferenciado no tocante ao objeto a ser executado. Seria um despropósito designar agentes públicos não titulares de preparação para essa função, o que comprometeria a eficácia da licitação (JUSTEN FILHO, 2021, p. 462).

O edital deve conter os critérios de pré-seleção, aspecto relevante do diálogo competitivo, em que não há se falar em habilitação de licitantes, indo além dos requisitos de habilitação previstos na norma e impondo mais alguns, inerentes ao tipo de solução, técnica ou tecnologia buscada, bem como eventuais condições de participação diferenciadas. A seleção dos participantes não poderá se dar de forma subjetiva, posteriormente à formulação da manifestação de interesse.

A contratação de alta complexidade e demais modalidades que em regra farão uso de diálogo competitivo exigirão comissão de contratação ou a presença de pessoas com expertise necessária para proceder a licitação, leia-se:

A comissão de contratação será composta por, no mínimo, três servidores públicos efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração, observando-se tanto o artigo 7o sobre os agentes públicos como especialmente o artigo 32, § 1o, XI, Lei no. 14.133/2021. Quando inexistir nos quadros permanentes servidores ou empregados públicos para conduzirem adequadamente o processo licitatório em virtude da ausência de expertise, é admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, segundo o artigo 32, § 1o, XI, Lei no. 14.133/2021. Sobre a contratação desses profissionais

externos à administração pública, “é cabível promover essa contratação mediante concorrência de técnica e preço (art. 37, § 1.º, inc. II). Mas se admite inclusive a dispensa de licitação para contratação de assessores dotados de notória especialização, quando for inviável a competição (art. 75, inc. XIII)” (ROCHA, VANIN e FIGUEIREDO, 2021, p. 194).

Ao final do diálogo é publicado novo edital para a apresentação de propostas, como visto, parte do procedimento que se aproxima do modelo convencional de licitação, com critérios objetivos para a execução, porém como é de alta complexidade em regra o objeto de licitação do diálogo competitivo a norma estipulou o prazo de sessenta dias úteis para a apresentação de propostas.

É proibida a divulgação aos demais das propostas ou soluções concebidas por cada participante, a medida tem como foco promover o sigilo e a proteção dos direitos autorais de cada um dos licitantes, inclusive com o estabelecimento de cláusula de confidencialidade que deverá ser assinada pelos membros da comissão, e caso seja violado poderá haver a responsabilização administrativa e até mesmo criminal do agente administrativo que lhe dê causa.

É interessante ressaltar que o “art. 30, item 8, da Diretiva 2014/24/EU prevê uma bonificação a fim de compensar o trabalho na construção da solução inovadora e, assim, evitar desestímulo à participação” (FERNANDES e COUTINHO, 2021, p.73)

A inexistência de previsão semelhante na Lei n.º 14.133/2021 pode desencorajar a participação de potenciais interessados e, eventualmente, reduzir ou comprometer a efetividade do diálogo competitivo brasileiro. Empresas e instituições de menor porte ou que tenham menos condições de assumir riscos tendem a ser desfavorecidas, ensejando assimetria concorrencial. Ora, muitas inovações tecnológicas disruptivas são geradas justamente por empresas emergentes (*startups*), cuja participação no diálogo competitivo propenderia a ser desincentivada. Este é um fator que deve ser considerado pela Administração caso pretenda lançar mão do diálogo competitivo para celebrar contrato de encomenda tecnológica em vez de proceder à contratação direta autorizada pelo art. 20 da Lei de Inovação (FERNANDES e COUTINHO, 2021, p.73).

A Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação

(BRASIL, 2021). Os critérios empregados para a pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, demais disso, poderá ser mantida a fase de diálogo, reuniões estas que serão gravadas e registradas em ata, até que se chegue a solução ou inovação buscada pelo setor público.

Art. 32. **VIII** - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto (BRASIL, 2021).

A fase preparatória da competição, posterior à negociação, prevê edital específico, portanto, com prazo de sessenta dias para propostas, conforme ditames legais, podendo a Administração solicitar alterações, esclarecimentos e ajustes às propostas apresentadas. Após, é iniciada de fato a fase competitiva, quando há a definição de proposta vencedora, assegurando-se ao fim a contratação de proposta mais vantajosa.

Evidente que a adoção de novo modelo licitatório e por se tratar de norma tão recente algumas modificações poderão se mostrar necessárias ao longo do tempo, com a própria lei anterior ocorrerão as modificações posteriores conforme os avanços sociais e tecnológicos mostraram pertinentes, portanto a anotação de uma bonificação pode ser um viés interessante a ser examinado pela Administração Pública.

Entretanto, existem lacunas legais sobre a aplicação do diálogo competitivo na prática tornam impossível prever com certeza como será a adesão à nova modalidade licitatória, bem como o possível alto custo da licitação.

### **3. CONCLUSÃO**

O diálogo competitivo, modalidade de licitação trazida pela Lei n. 14.133/2021, é uma modalidade trazida do direito comparado (Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu) voltada para casos em que haja a necessidade de soluções inovadoras, técnicas ou tecnologias que tornem necessárias a união entre iniciativa privada e Administração Pública em uma aproximação que até então não havia dentro do processo licitatório.

Trata-se de modalidade nova, que não deverá ser confundida com as até então presente no ordenamento jurídico, marcando-se pela previsão de uma fase de negociação em que se aproxima particulares e Administração Pública para a proposta de soluções e inovações, antes da fase mais estrita do procedimento licitatório.

Esta contratação prevê a fase do diálogo propriamente dito que tornará possível uma Administração Pública em consonância com maiores complexidades na contratação, trata-se de maior eficiência para o Poder Público. Ainda é muito cedo para afirmar como se operará essa modalidade na prática, mas é preciso sermos otimistas sobre um maior expoente de soluções e viabilidades tecnológicas e inovações na Administração Pública.

Esta modalidade de licitação tem como objetivo a contratação de grande vulto, e como foco melhora a cooperação entre particulares e Administração Pública, podendo vir a proporcionar um desfecho mais favorável que os anteriores para a sociedade, tendo como cerne a negociação entre as partes e a maior segurança jurídico institucional.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. V. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 2504/2017. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1717842/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1717842/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse)> Acesso em 27 set. 2022.

CARVALHO, Matheus. *Nova Lei de Licitações Comentada*. 2 ed. rev. Atualizada e ampliada Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

FERNANDES, André Dias, COUTINHO, Débora de Oliveira. A nova Lei de Licitações, as encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. V.12. n 2. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo: o que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos Tribunais de Contas nas análises prévias das dos editais de concessões comuns E PPP. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/download/145/129/>> Acesso em 04 out. 2022.

REMEDIO, José Antônio. Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7568>> Acesso em 04 out. 2022.

ROCHA, Wesley, VANIN, Fábio Scopel, FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. A Nova Lei de Licitações. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

SANTOS, Joelson Vitor Ramos dos, OLIVEIRA, José Carlos de. Redução e prevenção de conflitos em âmbito licitatório. Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas. 2 Sem. 2022.

## ANÁLISE DAS METODOLOGIAS UTILIZADAS NOS LAUDOS PERICIAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NOS PROCESSOS TRABALHISTAS

**CRISTIANO ELIAS:** Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem<sup>85</sup>

**MARCOS HENRIQUE SILVA ROCHA**<sup>86</sup>

(coautor)

VIRGÍLIO QUEIROZ DE PAULA

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo analisa as metodologias empregadas nos laudos periciais de insalubridade e periculosidade nos processos trabalhistas. O estudo destaca a importância das perícias técnicas para embasar decisões judiciais e identifica possíveis desafios relacionados à imparcialidade e adequação das metodologias utilizadas. Por meio de uma abordagem qualitativa e quantitativa, a pesquisa investiga processos judiciais, avaliando a confiabilidade dos laudos periciais e propondo medidas cautelares para evitar erros na elaboração dos mesmos.

**Palavras-chave:** Laudos Periciais, Insalubridade, Periculosidade, Metodologia, Processos Trabalhistas.

**ABSTRACT:** This article analyzes the methodologies used in expert reports on unhealthy and hazardous conditions in labor processes. The study highlights the importance of technical expertise to support judicial decisions and identifies possible challenges related to impartiality and adequacy of the methodologies used. Using a qualitative and quantitative approach, the research investigates legal proceedings, evaluating the reliability of expert reports and proposing precautionary measures to avoid errors in their preparation.

**Keywords:** Expert Reports, Unhealthiness, Dangerousness, Methodology, Labor Processes.

### 1. INTRODUÇÃO

---

85 E-mail: [cris\\_professor@yahoo.com.br](mailto:cris_professor@yahoo.com.br)

86 Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem. E-mail: [marquinhosh49@gmail.com](mailto:marquinhosh49@gmail.com)

As perícias técnicas desempenham um papel crucial nos processos jurídicos trabalhistas ao fornecerem análises imparciais para embasar decisões judiciais. Este artigo tem como objetivo analisar as metodologias empregadas nos laudos periciais de insalubridade e periculosidade, ressaltando a relevância desses documentos para o desenrolar justo dos processos trabalhistas. O estudo aborda a questão da plena confiança nos laudos periciais, questionando se os fatos apresentados estão de acordo com as normas regulamentadoras e se as metodologias utilizadas são apropriadas.

## **1.2 Objetivos**

O objetivo geral deste estudo é apresentar medidas cautelares para evitar erros na elaboração de laudos periciais de insalubridade e periculosidade nos processos trabalhistas.

## **1.3 Justificativa**

Este estudo busca aprofundar a compreensão dos erros cometidos por peritos em laudos periciais, contribuindo para aprimorar a qualidade desses documentos e, conseqüentemente, promover uma justiça mais precisa e equitativa.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Atividades do Perito Judicial na Justiça do Trabalho**

A perícia, no contexto judicial, desempenha um papel crucial na busca por elementos probatórios que fundamentarão decisões judiciais. É uma avaliação técnica realizada por um profissional devidamente habilitado e capacitado, com o propósito de produzir um laudo pericial que será utilizado como documento oficial no processo trabalhista. Essa análise é orientada pela imparcialidade, objetividade e aprofundado conhecimento técnico na área específica.

O perito judicial é um especialista altamente qualificado em um domínio específico do conhecimento, convocado pelo sistema judiciário para emitir um parecer técnico ou científico em processos legais. A sua atuação é regida por princípios de imparcialidade e independência, com o intuito de garantir a confiabilidade e integridade do processo judicial. É imperativo que o perito judicial possua um sólido embasamento técnico, alicerçado em sua expertise na área em que atua.

O laudo pericial de insalubridade e periculosidade é um documento técnico de extrema importância, elaborado por profissionais altamente especializados, tais como

peritos ou engenheiros de segurança do trabalho. O propósito principal deste laudo é avaliar as condições de trabalho em um ambiente específico, identificando se os trabalhadores estão expostos a agentes insalubres ou perigosos. Essa avaliação é conduzida por meio de métodos técnicos e científicos, visando à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores.

A perícia judicial está sujeita a regulamentações específicas, que estabelecem as normas e os procedimentos a serem seguidos. A nomeação do perito deve ser realizada de forma imparcial pelo juiz responsável pelo caso. Ademais, as partes envolvidas no processo têm o direito de contestar o laudo pericial, apresentando quesitos complementares e indicando assistentes técnicos para acompanhar e opinar sobre a perícia. Estes princípios são fundamentais para garantir a confiabilidade e validade do processo pericial.

O direito do trabalho emerge como resposta às desumanas condições enfrentadas pelos trabalhadores durante a Revolução Industrial. Seu objetivo primordial é estabelecer condições dignas de trabalho, assegurando a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e regulando as relações laborais entre empregadores e empregados.

A Justiça do Trabalho no Brasil é composta por instâncias especializadas, como o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs). Estes órgãos têm a responsabilidade de dirimir conflitos e garantir o cumprimento dos direitos trabalhistas. O TST é encarregado de uniformizar a jurisprudência trabalhista em âmbito nacional, enquanto os TRTs são responsáveis pelo julgamento de processos de segunda instância.

Os adicionais de insalubridade e periculosidade representam benefícios concedidos aos trabalhadores expostos a condições prejudiciais à saúde e situações de risco, respectivamente. Estes adicionais visam compensar os riscos extras a que esses trabalhadores estão sujeitos, garantindo uma remuneração condizente com a natureza perigosa ou insalubre do ambiente de trabalho.

## **2.2 Pesquisas em laudos realizados nos processos da Justiça do Trabalho**

A pesquisa adota uma abordagem mista, qualitativa e quantitativa, com a coleta de dados realizada através da inspeção detalhada dos laudos periciais presentes nos processos judiciais trabalhistas. O estudo compreende análises bibliográficas, revisões de literatura e observações sistemáticas para um entendimento abrangente do fenômeno estudado.



A pesquisa é classificada como descritiva, buscando descrever as características de uma população ou fenômeno. Também se enquadra como pesquisa de levantamento, visando o levantamento de informações relevantes.

Os dados foram coletados por meio da inspeção de laudos periciais nos processos judiciais, selecionando informações relevantes para o estudo. Espera-se que o estudo forneça um panorama dos laudos periciais que possam ser reformulados devido a erros cometidos pelos peritos. Além disso, o artigo contribui para a valorização do papel do engenheiro de segurança no contexto judicial.

Durante o levantamento de dados periciais já realizados na justiça do trabalho, foi constatado que em alguns laudos apresentados ao juízo os peritos não utilizaram as devidas metodologias que são designadas ao trabalho executado, deixando assim de realizarem de forma correta a avaliação em questão, tal fato impacta na veracidade do laudo prejudicando uma das partes. Foi detectado que este erro técnico ao realizarem as perícias vem sendo recorrente, e estes erros são característicos de profissionais que desconhecem as Normas Técnicas Brasileiras de Segurança do Trabalho (NBR) na qual se deve ter como referência para execução de análises e medições em ambientes do trabalho.

### **3. CONCLUSÃO**

O presente artigo teve o objetivo de evidenciar e discutir erros cometidos por peritos oficiais ao realizarem a elaboração de um Laudo Pericial de Insalubridade ou Periculosidade.

Constatou-se que em meio à complexidade das Normas Regulamentadoras, decretos, portarias, leis e nos artigos da própria CLT da legislação brasileira alguns profissionais de Engenharia e Medicina do Trabalho não possuem conhecimento suficiente destas normas para realizarem os laudos de forma correta.

Os Laudos Periciais são de suma importância pois trata-se de um documento complexo, de difícil elaboração pelo Perito designado e que exige um conhecimento prévio da atividade, ou seja o Perito precisa ter experiência sobre o assunto, esses laudos possuem um peso muito grande em uma decisão judicial, visto que o mesmo afetará diretamente as partes envolvidas.

Este artigo foi realizado com interesse em mostrar que os erros na elaboração dos laudos podem ser reduzidos desde que os profissionais indicados para realização da perícia técnica tenham habilidades e conhecimentos comprovados para realização da atividade

designada, além de comprovarem também que estão atualizados sobre as normas e leis brasileiras.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, F. A V.; GULIN, M. A A V.; FREITAS, V. P. (org) **Perícia Multidisciplinar no Direito Ambiental**. In Direito Ambiental em Evolução. Ed. Juruá, 2002.

BARROS, A. J. S; LEHFELD, N. A. S. **Fundamentos de metodologia científica**: um guia para a iniciação científica. 2 ed. São Paulo: Makron Books, 2000, 122p.

BRASIL. Lei Federal 6.938 de 31 de agosto de 1981, **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente**.

CERVO, Luiz Amado; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira. **Avaliação e Perícia Ambiental**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

## **PRISÃO PREVENTIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE A NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**SÉRGIO VINÍCIUS CALVES:**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos<sup>87</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda as relações entre a prisão preventiva e os direitos fundamentais, tratando da necessidade de ser preservada a segurança pública em conformidade com a liberdade de ir e vir e outros direitos individuais. A finalidade do artigo é observar algumas formas de aplicação da prisão preventiva como tutela cautelar, sem que isso represente uma afronta aos direitos humanos/fundamentais. O artigo inicia demonstrando o que é a prisão preventiva, discorrendo acerca de sua natureza jurídica e suas nuances, esclarece algumas formas de como a prisão pode ser realizada em consonância aos direitos fundamentais e a importância de ser cautelosamente relativizada a liberdade individual.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Direitos humanos. Liberdade individual. Segurança pública.

### **1. INTRODUÇÃO**

A prisão preventiva e os direitos humanos/fundamentais são temas intimamente relacionados, de extrema importância atual e com diversas preocupações. A prisão preventiva é uma prisão processual, considerada como uma tutela cautelar, que possui a finalidade de garantir a ordem pública e, dentre outras funções, prevenir a ocorrência de crimes, de modo a salvaguardar a ordem jurídica e outros bens jurídicos individuais e coletivos. Para isso, deve-se observar a tutela dos Direitos Fundamentais da pessoa que é atingida por essa prisão processual, que terá a sua liberdade individual relativizada para a proteção de outros bens jurídicos.

A finalidade do artigo é explorar essa relação, entre a prisão preventiva e os direitos fundamentais, abordando a proporcionalidade que deve nortear a aplicação da prisão preventiva e as liberdades individuais de quem sofre com a medida. Deve-se considerar que o indivíduo terá seu bem jurídico à liberdade de ir e vir cerceado, antes de uma condenação definitiva, sendo que até o trânsito em julgado da sentença penal

---

<sup>87</sup> E-mail: [sergiovalves@gmail.com](mailto:sergiovalves@gmail.com)

condenatória, por disposição constitucional, não é considerado culpado e ainda possui preservado o seu estado natural de inocência.

Além disso, é importante salientar que, quando um indivíduo é submetido ao cárcere, não apenas a sua liberdade individual é cerceada, mas também outros direitos humanos podem vir a ser relativizados devido às péssimas condições inerentes ao sistema prisional. Portanto, além de afetar o direito à liberdade de ir e vir, a prisão preventiva pode comprometer a dignidade humana como um todo, relativizando também o direito à integridade física e mental, bem como outros bens jurídicos individuais que são violados quando o indivíduo é submetido ao chamado 'Estado de Coisas Inconstitucionais,' que representa a realidade do sistema prisional brasileiro, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347).

O artigo abordará as algumas normas e doutrinas que regem a aplicação da prisão preventiva e como a sua realização pode ser vista para os direitos fundamentais. A finalidade é contribuir para a compreensão do assunto e auxiliar nas reflexões sobre a utilidade prática da prisão preventiva em consonância e proporcionalidade aos direitos humanos, bem como a necessidade de preservar a segurança pública, com o objetivo de uma sociedade cada vez mais justa e segura.

## **2. A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS**

De acordo com Guilherme Nucci, a prisão preventiva é uma “medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos por lei”<sup>88</sup>. Deste modo, acerca da sua decretação, dispõe a normativa Processual Penal: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Com base na norma supracitada, a prisão preventiva é decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou da fase processual penal, a partir de requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial. Logo, a partir do advento da Lei 13.964/2019, veda-se a sua imposição de ofício pelo Magistrado, em razão da estrutura acusatória do Processo Penal, assim dispondo a lei em seu artigo 3º-A: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

---

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 602

Com base no exposto, observa-se que a primeira disposição normativa acerca da prisão preventiva é uma manifestação de respeito ao sistema acusatório, que consiste numa primeira forma de proteger os direitos humanos, garantindo os direitos de contraditório e a ampla defesa, ao devido processo legal e a presunção de inocência, nos termos do artigo 5º, incisos LIV, LV e LVII da Constituição Federal, com a imposição da custódia cautelar. De acordo com Aury Lopes Jr:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal (...) pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.<sup>89</sup>

No que diz respeito aos requisitos para a decretação da prisão preventiva, dispõe a legislação Processual Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Com base na norma supracitada, há 3 (três) requisitos para a decretação da prisão preventiva: (i) prova de materialidade delitiva; (ii) indícios de autoria; (iii) perigo gerado pela liberdade do indivíduo. Preenchidos os requisitos, a prisão preventiva poderá ser decretada para uma das seguintes finalidades: (i) garantir a ordem pública; (ii) garantir a ordem econômica; (iii) conveniência da instrução criminal; (iv) assegurar a aplicação da lei penal.

Insta salientar que todos os requisitos e as finalidades devem ser constatados em concreto, não sendo válida a decretação da prisão preventiva com base em valores

---

<sup>89</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 206.

abstratos, de acordo com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.<sup>90</sup> De acordo com o entendimento do STJ, a decisão deve demonstrar concretamente a necessidade da medida, de forma fundamentada, não podendo ser amparada meramente na gravidade abstrata do delito, como uma medida insuficiente a conduzir um juízo adequado acerca da periculosidade do agente. Além disso, os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser novos ou contemporâneos, inerente ao perigo gerado pelo estado de liberdade.

No que diz respeito ao art. 313, caput, CPP, elenca-se as circunstâncias legitimadoras da prisão preventiva. Vejamos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

---

90 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 616.535/SP**, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 01 out. 2020, DJe 16 dez. 2020.

Com base na norma supracitada, será possível a prisão preventiva quando for o caso de: (i) pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (ii) se o indivíduo for condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo se decorrido o prazo de depuração de 5 anos da reincidência previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal; (iii) envolvimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para a garantia da execução das medidas protetivas de urgência; (iv) dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Com relação ao primeiro requisito, em finalidade de cumprimento aos postulados dos Direitos Humanos, o STJ decidiu que é ilegal a manutenção da prisão provisória quando for possível antever que o início do cumprimento da condenação, em caso de eventual condenação, será e regime menos rigoroso do que o fechado (informativo 523 do STJ). Eventualmente, seria possível a prisão preventiva ser mantida por ocasião da sentença condenatória recorrível, desde que adequada ao modo de execução intermediário aplicado (informativo 560 do STJ). Com base nessa linha de raciocínio, estabelece a doutrina de Leonardo Barreto Moreira Alves:

Quanto ao disposto no art. 313, inciso I, do CPP, é preciso compreender que ele surge para efetivar o princípio da homogeneidade, segundo o qual o simples investigado/acusado não pode ter tratamento mais rigoroso do que aquele conferido ao condenado definitivo (o que, no fundo, se trata de mera aplicação do princípio da proporcionalidade, entendido como o somatório da necessidade e da adequação, de acordo com art. 282, incisos I e II, do CPP, ou, em outro viés, como proibição do excesso.<sup>91</sup>

Infere-se, portanto, de acordo com o postulado doutrinário e jurisprudencial abordados, que se protege o direito à liberdade pessoal de ninguém ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrário (art. 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Como também apregoa a doutrina de Leonardo Barreto, a prisão provisória é excepcional no Estado Democrático de Direito, só sendo justificável quando atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, sendo necessária a demonstração concreta dos requisitos autorizadores da preventiva. Trata-se, mais uma vez,

---

<sup>91</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos: Processo Penal – Parte Geral**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, v.8, p.141.

da aplicação do princípio da homogeneidade, corolário ao princípio da proporcionalidade.<sup>92</sup> E, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, assevera a doutrina de André Carvalho Ramos: “O princípio da proporcionalidade consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental. Essa intervenção estatal pode ser fruto de conduta imputável a qualquer Poder do Estado: lei, ato administrativo ou decisão judicial.”<sup>93</sup>. Portanto, a observância pelo princípio da proporcionalidade também se coaduna com o respeito aos direitos humanos no âmbito da aplicação da prisão preventiva.

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

Considerando as finalidades e o preenchimento dos requisitos acima expostos acerca da decretação da prisão preventiva, como medida a resguardar a ordem pública, a prevenção de crimes e a continuidade do andamento processual, os direitos fundamentais também consistem em objeto de extrema importância em um sistema de justiça criminal. Por isso, considerando que a justiça criminal deve cautelosamente observar que o indivíduo atingido pela prisão preventiva ainda não possui uma condenação definitiva, tendo ainda preservado o seu estado natural de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF/88), a seguir serão abordadas as principais observâncias entre a aplicação da prisão preventiva e os direitos fundamentais:

1. **Presunção de inocência:** Trata-se de direito fundamental positivado no art. 5º, inciso LVII, CF/88. O indivíduo é considerado inocente até que sua culpa seja definitivamente provada por meio do devido processo legal. A prisão preventiva não deve ter por finalidade a antecipação de culpa no Processo Penal, como medida de política criminal.

2. **Direito à liberdade:** A liberdade de ir, vir e estar é direito fundamental positivado no art. 5º, inciso XV, da CF/88. A regra é que este direito seja respeitado por uma abstenção do Estado em intrometer-se à esfera individual, sendo que apenas excepcionalmente de modo anteriormente previsto por lei é que pode ser relativizado esse direito (art. 5º, XXXIX, da CF/88 e art. 1º do Código Penal).

3. **Devido processo legal:** Originado a partir da Magna Carta, em 1215, e positivado no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, deve ser garantido a todos o direito a um julgamento justo e imparcial. A prisão preventiva deve ser aplicada apenas após um

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 125.



processo legal adequado, com o preenchimento rigorosamente observado dos seus requisitos.

4. **Direito à defesa:** O preso preventivo deve ter respeitado o direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) e o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF/88). O acesso à justiça deve ser garantido a partir de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da CF/88), inafastável principalmente em matéria criminal, incumbência constitucionalmente conferida para a Defensoria Pública (art. 134, caput, da CF/88), bem como a partir da ilegalidade de qualquer forma de exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). Por exemplo, é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, IV, da CF/88), não sendo aceita sequer em vigência de estado excepcional de defesa, de modo que deve ser observada a não recepção do art. 21 do CPP pela Constituição Federal de 1988, em razão da incompatibilidade material. Portanto, nenhum obstáculo pode ser imposto pelo Estado ou pela lei para que seja assegurado o direito de defesa, bem como deve o Estado realizar esforços para a possibilidade do exercício desse direito (através da Defensoria Pública, por exemplo), devendo ser garantida a possibilidade de exercício do contraditório e a ampla defesa e o acesso à justiça como um todo.

5. **Condições carcerárias:** De acordo com a ADPF 347, o sistema prisional brasileiro consiste num “Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)”. Trata-se de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causada pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar essa conjuntura, de modo que apenas alterações estruturais de atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. Em relação à excessividade da população prisional, os dados do CNJ demonstram que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios, e além disso, há 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento<sup>94</sup>. No entanto, apesar do grande número de prisões provisórias no país, a decretação da prisão preventiva deve ser considerada como última ratio (art. 282, §6º, do CPP), além disso deve-se observar também a possibilidade de violação dos direitos que vão além da segregação da liberdade do indivíduo, em razão da vulnerabilidade dos demais direitos atingidos no sistema penitenciário, como o direito à dignidade humana, saúde, integridade física e mental etc.

---

94 BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **G1**. Brasília, p. 1-2. 07 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023

6. **Controle judiciário:** Inerente ao devido processo legal, a detenção deve ser acompanhada de mecanismos que garantam que a restrição seja justificada e proporcional, adequada aos critérios de legalidade, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da CF/88). De acordo com o art. 316 e parágrafo único, do CPP, o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de se tornar a prisão ilegal. No entanto, há algumas relativizações a essa disposição legislativa realizadas pela jurisprudência, como por exemplo o que decidido pela Quinta Turma do STJ, que decidiu que não há o dever de revisão de ofício quando o acusado está foragido (RHC. 153.528). Também decidiu o STF que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão da liberdade provisória (Informativo 1046 do STF).

7. **Não discriminação:** A prisão preventiva deve ser aplicada de forma não discriminatória, de modo que a prisão ou a pena deva ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII), para que se possa garantir o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, inciso XLIX). À luz desses direitos fundamentais dos presos, por exemplo, a Resolução 348 do CNJ estabelece procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo (LGBTI) que esteja sob custódia, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente, nos termos do artigo 1º da Resolução 348 do CNJ, considerando as disposições soft law dos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, prisão preventiva possui por principal finalidade a manutenção da ordem pública, na prevenção de crimes e possibilidade de andamento processual, mas eventualmente pode ensejar diversas afrontas aos direitos fundamentais. Deve-se garantir a importância de observar o princípio da proporcionalidade entre a manutenção da segurança pública e a proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Ao longo do artigo, demonstra-se a relação entre a prisão preventiva e os diversos direitos fundamentais que a ela estão conectados, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a não discriminação e o direito à integridade física e moral. É fundamental a realização da prisão preventiva ser imposta com cautela e em estrita conformidade com esses princípios. Deve haver controle judicial regular, com avaliação periódica e justificada da detenção, bem como a consideração de medidas alternativas quando apropriado.

Também conforme as disposições internacionais de direitos humanos, como os Princípios de Yogyakarta, para a garantia do princípio de não discriminação, é imperativo que sejam adotadas medidas para que todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou qualquer outra característica, sejam tratados com igualdade e respeito dentro do sistema de justiça criminal, seja no momento do decreto da prisão preventiva ou no cumprimento da pena definitiva.

A prisão preventiva não deve ser um instrumento arbitrário ou discriminatório, mas uma ferramenta de justiça e à proteção da sociedade. É responsabilidade de todos os envolvidos no sistema de justiça criminal, como dos legisladores e da sociedade como um todo observar que a aplicação da prisão preventiva seja proporcional, necessária e em conformidade com os princípios dos direitos humanos. A relação entre a restrição da liberdade e a preservação dos direitos fundamentais é crucial para o sistema de justiça criminal ser justo e respeitoso.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos: Processo Penal** – Parte Geral. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, v.8, p.141.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **G1**. Brasília, p. 1-2. 07 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 616.535/SP**, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 01 out. 2020, DJe 16 dez. 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

## DO DIREITO À PENSÃO POR MORTE DO MENOR SOB GUARDA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

### LUANA STRAPAZZON DE ALMEIDA:

Formada no curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, *campus* de Francisco Beltrão – Pr, no mês de dezembro de 2014. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – 2017.<sup>95</sup>

**RESUMO:** O presente estudo, objetiva trazer uma análise quanto ao direito do menor sob guarda de receber o benefício previdenciário de pensão por morte de seu responsável, após a vigência da Emenda Constitucional de nº 103/2019. A possibilidade de concessão de tal benefício sempre foi matéria controvertida, em razão das divergências doutrinárias e alterações legislativas sobre o tema, e, em especial, por ter o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) trazido a possibilidade da sua concessão, assim como a redação original da Lei nº 8.213/1991, quando a Lei nº 9.528/97 o suprimiu. Tal alteração legislativa foi objeto de análise das ADI's nº 4.878 e 5.083 pelo Supremo Tribunal Federal, as quais, aplicando interpretação conforme à Constituição, reconheceram tal direito ao menor sob guarda, desde que comprovada sua dependência. Contudo, uma controvérsia que parecia resolvida, volta a trazer contestações após a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, que suprimiu a figura do menor sob guarda da lista dos dependentes para fins previdenciários. Assim, o presente artigo visa averiguar se o menor sob guarda deixou ou não de integrar o rol dos dependentes da previdência social e qual o entendimento adotado na esfera administrativa e judicial sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Pensão. Previdência. Menor. Guarda. Dependente.

### Introdução

A pensão por morte é um benefício previdenciário pago aos dependentes dos segurados da previdência social, assim consideradas as pessoas listadas no artigo 16, da

---

<sup>95</sup>Assistente de Juiz de Direito do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública na Comarca de Francisco Beltrão – Pr, entre janeiro de 2015 a fevereiro de 2016. Atualmente e desde o mês de fevereiro de 2016, atua como Oficial de Promotoria do Ministério Público do Estado do Paraná, na Comarca de Francisco Beltrão – Pr. E-mail: luanastrapazzon@hotmail.com

Lei nº 8.213/91, devendo a condição de dependente ser aferida no momento do óbito do instituidor.

Quanto ao período de carência<sup>96</sup>, consigna-se que o referido benefício independe do preenchimento de tal requisito.

Todos os segurados poderão instituir pensão por morte se deixarem dependentes, sendo que o benefício independe sempre de carência. Frisa-se que a MP 664/2014 chegou a inserir carência de 24 recolhimentos mensais (em regra), mas a Lei 13.135/2015 restabeleceu a dispensa de carência para a pensão por morte (art. 26, I, da Lei 8.213/91). (AMADO, 2022, p.730).

Neste contexto, dentre os dependentes previdenciários, o menor sob guarda teve esse direito assegurado no parágrafo 3º, do artigo 33, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o qual dispôs que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. (BRASIL, 1990).

Da mesma forma, a redação original da Lei nº 8.213/91 trouxe o menor sob guarda dentre os dependentes previdenciários, em seu artigo 16. (BRASIL, 1991).

No entanto, a inclusão do menor sob guarda no rol de dependentes previdenciários sempre foi matéria controvertida, uma vez que a criação do referido direito acabou sendo uma abertura para tentativas de fraude à Previdência Social. Em muitos casos, avós ou parentes próximos – com problemas de saúde ou idade avançada – acabavam promovendo ação de guarda de menor, para, caso viessem a óbito, ter aquele o direito a auferir o benefício de pensão por morte, sem de fato ser seu dependente.

Neste aspecto, poucos anos após o advento da referida Lei e da própria criação do Instituto Nacional de Seguro Social, foi editada a Medida Provisória n.º1.523/1996<sup>97</sup>, convertida na Lei nº 9.528/1997, a qual suprimiu a figura do menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários.

---

<sup>96</sup> Art. 24, da Lei nº 8.213/91. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. (BRASIL, 1991).

<sup>97</sup> Reeditada sob nº 1596/1997.

O menor que estiver sob a guarda do segurado não mais será considerado dependente. A guarda sai da hipótese de dependência em razão dos absurdos que eram cometidos, pelo requerimento da inclusão de menor sob guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social. Isso onera a previdência e descaracteriza a ordem normal das coisas. (MARTINS, 2010, p.299).

Assim, a partir do advento da Lei nº 9.528/1997, o rol de dependentes previdenciários, previsto então no artigo 16, da Lei nº 8.213/91 foi alterado, sendo retirada a figura do menor sob guarda do texto legal. Tal alteração trouxe diversas discussões sobre o tema, sendo, inclusive, a referida legislação objeto de análise nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083 pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais ficou declarado o direito do menor sob guarda a auferir o benefício em questão.

Assim, a discussão sobre o tema estava praticamente encerrada, não tendo maiores repercussões até o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, quando novamente o legislador suprimiu a condição de dependente do menor sob guarda, quanto ao direito previdenciário. Logo, surge novo debate sobre a questão, uma vez que a Emenda Constitucional nº 103/2019 apresentou um texto que divergiu da regra proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deste modo, o embate de ideias ganha uma nova vertente de pensamento, no sentido de verificar a constitucionalidade da previsão normativa expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, do direito do menor sob guarda ser considerado dependente para fins previdenciários.

Neste aspecto será feita uma análise quanto ao benefício da pensão por morte e sobre quem tem direito a receber o benefício em questão, tendo por enfoque principal a análise do direito do menor sob guarda, o histórico de alterações legislativas e qual o entendimento adotado na esfera administrativa e judicial sobre o tema.

## **Desenvolvimento**

A pensão por morte trata-se de um benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado da previdência social que venha a óbito, nos termos do artigo 74, da Lei nº 8.213/91. Confira-se:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I – do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida. (BRASIL, 1991).

Neste contexto, para auferir o benefício previdenciário em questão, é necessário o preenchimento de dois requisitos básicos: a) morte do segurado; b) existência de dependentes.

Consigna-se, por oportuno, que para a concessão do benefício de pensão por morte, não existe um período mínimo de carência exigido, conforme artigo 26, da Lei nº 8.213/91: “Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: I – pensão por morte, salário-família e auxílio-acidente”. (BRASIL, 1991).

Outrossim, o requisito morte poderá ser comprovado por meio de certidão de óbito ou de sentença judicial em caso de morte presumida.

Quanto ao requisito de dependentes, é necessário comprovar a relação de dependência na data do óbito do instituidor, uma vez que será este o fato gerador do benefício. Neste sentido, ensina Marisa Ferreira dos Santos:

A relação jurídica entre dependentes e INSS só se instaura quando deixa de existir relação jurídica entre este e o segurado, o que ocorre com sua morte ou recolhimento à prisão. Não existe hipótese legal de cobertura previdenciária ao dependente e ao segurado, simultaneamente (SANTOS, 2014, p.182).

Assim, comprovada a relação de dependência, independente de cumprimento de período de carência, faz jus o beneficiário à pensão por morte.

Neste contexto, a Lei nº 8213/1991, na redação atual do seu artigo 16, define quem são os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social na condição de dependentes do segurado. Veja-se:

Art.16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado.

§ 7º Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado,



ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (BRASIL, 1991).

Conforme se vislumbra da norma legal acima, o menor sob guarda não está previsto no rol de dependentes da previdência social na lei que rege os benefícios previdenciários. No entanto, nem sempre foi assim.

A referida Lei, em sua redação original, abarcava a figura do menor sob guarda como dependente, no parágrafo 2º, do seu artigo 16, conforme a seguir transcrito:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na Condição de dependentes do segurado:

[...]

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, **esteja sob a sua guarda**; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação [...]. (BRASIL, 1991) (grifos nossos).

Não obstante, a proteção ao menor sob guarda já estava prevista em legislação especial, antes mesmo da lei da previdência trazer tal disposição, uma vez que os direitos previdenciários conferidos ao menor sob guarda foram relacionados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), mais especificamente em seu artigo 33.

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

**§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.** (BRASIL, 1990). (grifos nossos)

Logo, com o advento da Lei nº 8.213/91, o direito previdenciário conferido ao menor sob guarda, foi positivado na redação original da lei que trata dos benefícios previdenciários.

Posteriormente, no ano de 1996, foi editada a Medida Provisória nº 1.523/96, a qual posteriormente foi convertida na Lei nº 9.528/97, cuja redação suprimiu a figura do menor sob guarda da lista de dependentes previdenciários, alterando o texto original da Lei nº 8.213/91, o qual passou a vigorar com a seguinte redação: "*Art. 16. [...] §2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento*". (BRASIL, 1997).

Desta feita, a temática em questão passou a ser amplamente debatida entre os beneficiários da previdência social e o Instituto Nacional de Seguro Social, que, por se tratar de uma Autarquia Federal, ente da Administração Pública, deve reger seus atos e analisar os benefícios pleiteados pelos cidadãos, com base nos princípios que a Administração Pública, especialmente o da legalidade.

Logo, partindo da legalidade estrita, se a norma deixou de prever o menor sob guarda na lista de dependentes previdenciários, não haveria justificativa legal para considerá-lo como dependente econômico para fins previdenciários.

Desta feita, os requerimentos administrativos de benefícios de pensão por morte que versavam sobre a referida temática (menor sob guarda na condição de dependente) passaram a ser indeferidos pelo Instituto Nacional de Seguro Social, sob a fundamentação de que não estaria presente a qualidade de dependente, pois não se encontra no rol de pessoas previsto no artigo 16, da Lei nº 8.213/1991.

De outro lado, aqueles que defendiam os direitos dos menores sob guarda sustentavam que a regra prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não havia sido revogada pela Lei nº 9.528/97, e, portanto, faziam jus a auferir o benefício de pensão por morte em decorrência do óbito de seu responsável legal.

Assim, inúmeras foram as demandas judicializadas sobre o tema, chegando a questão aos Tribunais Superiores. Nesse contexto:

O Ministério Público Federal ajuizou ações Cíveis Públicas objetivando

o reconhecimento da condição de dependente para o menor sob guarda do segurado por determinação judicial. Em razão de decisões proferidas nessas Ações Cíveis Públicas ajuizadas, o INSS editou a IN INSS/DC n. 106, de 14.04.2004, mencionando que os menores sob guarda judicial continuam tendo a qualidade de dependentes mesmo após a publicação da Lei n. 9.528/97, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.

Entretanto, a liminar concedida na Ação Civil Pública n.970057902-6, que tramitou na 7ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo, foi cassada pelo STJ<sup>98</sup>, de modo que a IN INSS/DC n.106/2004 não se aplica mais ao Estado de São Paulo.

O STJ, em Embargos de Divergência, decidiu que a lei Previdenciária, por ser especial, prevalece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, a partir da Lei n. 9528/97, o menor sob guarda judicial está excluído do rol de dependentes do segurado (...). (SANTOS, 2014, p.189).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a analisar a matéria em questão e, por meio do Tema Repetitivo 732, fixou a tese de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica.

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária. STJ. 1ª Seção. REsp 1164452-TRF4, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017. (Recurso Repetitivo – Tema 732).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083, entendeu que a norma prevista no

<sup>98</sup> REsp 773.944/SP, Proc. n. 2005/0135286-6, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 18.05.2009

Estatuto da Criança e do Adolescente não foi revogada pela Lei nº 9.528/1997, bem como que deveria ser conferida interpretação conforme ao parágrafo 2º, do artigo 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o menor sob guarda, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do artigo 227, da Constituição Federal, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária.

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. 1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário. 2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. 3. Embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários. 4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes,

que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários. 5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB. 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999). (STF - ADI 4878, Relator (a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08-06-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 05-08-2021 PUBLIC 06-08-2021).

Neste sentido, apesar de não existir mais a figura do menor sob guarda no rol de dependentes da Lei nº 8.213/91, desde que comprovada a dependência econômica, dever-se-ia levar em consideração a norma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, garantindo o cumprimento dos princípios da proteção integral, da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e do direito à vida.

Logo, tal questão parecia pacificada, já que os dois tribunais de maior hierarquia do país exararam decisões, no sentido de assegurar ao menor sob guarda o direito previdenciário de auferir o benefício da pensão por morte em decorrência do óbito de seu responsável legal.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, o debate sobre a questão tomou novo fôlego, haja vista que o tema foi novamente analisado pelo legislador, e, novamente, a figura do menor sob guarda foi suprimida da lista dos dependentes previdenciários.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 abordou o tema no artigo 23, § 6º: *“Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o*

*enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica". (BRASIL, 2019)*

Neste contexto, a discussão ganha nova roupagem, pois não se trata de uma antinomia legal, mas constitucional, uma vez que a Lei nº 8.069/90 precede à alteração Constitucional. Assim, passou-se a questionar se a nova regra constitucional recepcionou a norma expressa no parágrafo 3º, do artigo 33, da Lei nº 8.069/90.

Outrossim, considerando a nova supressão da figura do menor sob guarda no texto Constitucional, o Instituto Nacional de Seguro Social publicou a Portaria DIRBEN/INSS nº 991, de 28 de março de 2022, aprovando as normas procedimentais em matéria de benefícios, a qual trouxe as seguintes regras sob a temática abordada:

**Art. 26. O menor sob guarda integra a relação de dependentes apenas para fatos geradores ocorridos até 13 de outubro de 1996**, data da publicação da Medida Provisória nº 1.523, reeditada e convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

**§ 1º Para óbitos ocorridos entre 14 de outubro de 1996 e 13 de novembro de 2019, equipara-se a filho o menor sob guarda que comprove a dependência econômica**, conforme determinado pelo STF no julgamento vinculante das ADI's 4878 e 5083. (incluído pela Portaria Dirben/INSS nº 1.080, de 06 de Dezembro de 2022)

**§ 2º Para fins do disposto no §1º, a guarda consiste no direito definido em juízo de terceiro ficar com a responsabilidade de ter o menor em sua companhia.** (incluído pela Portaria Dirben/INSS nº 1.080, de 06 de Dezembro de 2022)

**§3º O menor sob guarda perde a qualidade de dependente ao completar 18 (dezoito) anos de idade, aplicando-se todas as demais causas de perda da qualidade de dependente previstas no art. 25.** (incluído pela Portaria Dirben/INSS nº 1.080, de 06 de Dezembro de 2022)

**§4º Aplica-se o disposto no §1º a todos os benefícios pendentes de decisão, inclusive em fase recursal.** (incluído pela Portaria Dirben/INSS nº 1.080, de 06 de dezembro de 2022). (BRASIL, 2022) (grifos nossos)

Logo, da portaria acima, percebe-se que o Instituto Nacional de Seguro Social (Autarquia responsável pela análise, concessão e manutenção dos benefícios previdenciários), em decorrência da publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019 e da supressão do menor sob guarda da lista de dependentes previdenciários, não concede benefícios aos mesmos, sob a fundamentação de falta de qualidade de dependente.

Deste modo, desde a edição da referida Portaria, diversos benefícios previdenciários de menores sob guarda foram indeferidos pelo Instituto Nacional de Seguro Social, sob a fundamentação de que o menor sob guarda não está no rol de dependentes econômicos expressos na Lei nº 8.213/91, bem como da Emenda Constitucional nº 103/2019.

Novamente, tal divergência foi levada ao Judiciário, sendo objeto do Recurso Extraordinário nº 142218/RS, proposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social, sob a fundamentação de violação do artigo 23, § 6º, da Emenda Constitucional nº 103/2019.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>99</sup>, negou seguimento ao recurso em questão, afirmando que o menor sob guarda, desde que comprovada a dependência econômica, é dependente para fins previdenciários, pois a supressão do menor sob guarda na Emenda Constitucional nº 103/2023 não revogou o direito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta feita, observa-se que, não obstante o Instituto Nacional do Seguro Social indeferir o benefício da pensão por morte, amparado pelo princípio da legalidade, em razão da legislação previdenciária atual não abarcar a figura do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários, causando, conseqüentemente, um acúmulo de processos perante o Poder Judiciário e inibindo a satisfação dos direitos daqueles que não o busquem por tal meio, com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores, pode ser verificado que, judicialmente, o benefício da pensão por morte tem sido concedido ao menor sob guarda.

## **Conclusão**

O direito do menor sob guarda a receber o benefício de pensão por morte é um assunto muito controvertido entre os dependentes econômicos de pessoas que vieram a óbito e o Instituto Nacional do Seguro Social, em especial em decorrência das alterações legislativas que ocorreram no passar dos anos.

O Instituto Nacional do Seguro Social por ser um ente da administração pública indireta, deve respeitar os princípios legais que lhe são impostos. Deste modo, ao realizar a análise de um processo administrativo, deve atentar para o que está previsto na lei (legalidade), não lhe sendo possível aplicar juízo de valor sobre o caso.

Logo, considerando a alteração legislativa trazida pela Lei nº 9.528/1997, a qual

---

<sup>99</sup> STF – RE: 1422181 RS, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 24/03/2023, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 24/03/2023 PUBLIC 27/03/2023.

suprimiu a figura do menor sob guarda do rol de dependentes do artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, o Instituto Nacional do Seguro Social, por não existir previsão legal na Lei de Benefícios, indefere os processos que versam sobre o tema, sob o fundamento de falta de qualidade de dependente para o menor sob guarda.

Deste modo, competiu ao Poder Judiciário rever tal situação, o que o fez por meio Tema Repetitivo nº 732 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083, firmando o entendimento de que a norma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não foi revogada pela Lei nº 9.528/1997, devendo ser reconhecido o direito à proteção do menor sob guarda a auferir o benefício de pensão por morte em decorrência do óbito de seu responsável legal, desde que comprovada sua condição de dependência.

Todavia, não se pode ignorar o fato de que possivelmente diversas pessoas que necessitavam do benefício de pensão por morte, muitas vezes infantes em situação de risco, ao terem seu pleito indeferido na esfera administrativa, seja por falta de conhecimento ou de recursos, não buscaram a satisfação de seu direito junto ao Poder Judiciário, ou seja, trata-se de prejuízo imensurável.

Em que pese tal situação, quando tal assunto parecia sedimentado, a Emenda Constitucional nº 103/2019 novamente suprimiu a figura do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários. Desta feita, considerando que os julgamentos alhures mencionados são anteriores à Emenda Constitucional nº 103/2019, bem como que agora a matéria é constitucional, tal situação deu margem para o Instituto Nacional de Seguro Social voltar a indeferir os requerimentos administrativos que versam sobre o tema, sob a mesma alegação, qual seja, falta de qualidade de dependente.

Neste sentido, a fim de solucionar a situação e evitar maiores controvérsias, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que deve ser aplicada a mesma interpretação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.878 e 5.083, tendo como escopo primário a base de princípios constitucionais e do próprio princípio da proteção integral que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posto isso, ao menos aparentemente, a jurisprudência sinaliza no sentido de que será mantido o direito previdenciário do menor sob guarda, de receber pensão por morte. No entanto, também é certo que diversas pessoas sofrerão prejuízos, seja pela morosidade enfrentada até o momento da concessão do benefício, ou ainda, por quedarem-se inertes frente ao indeferimento na esfera administrativa.

## REFERÊNCIAS



BRASIL. Emenda Constitucional n.º 103, de 12 de Novembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, 12 novembro de 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 14 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 29 de março de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 11 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 de julho de 1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 14 nov. de 2023

BRASIL. Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 10 dezembro de 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9528.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm). Acesso em: 14 nov. de 2023

BRASIL. PORTARIA DIRBEN/INSS Nº 991, DE 28 DE MARÇO DE 2022. Aprova as Normas Procedimentais em Matéria de Benefícios. Diário Oficial da União, 29 de março de 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-dirben/inss-n-991-de-28-de-marco-de-2022-389275082>. Acesso em: 14 nov. de 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1422181/RS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 24/03/2023. Data de Publicação: 27/03/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1390298/false>. Acesso em 15 nov. de 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4878 Relator: GILMAR MENDES. Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN. Tribunal Pleno. Julgado em 08/06/2021. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 05-08-2021 e PUBLIC 06-08-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur459505/false>. Acesso em 15 nov. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº 1164452-TRF4. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017. (Recurso Repetitivo – Tema 732). Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303392039>. Acesso em 15 nov. de 2023

AMADO, Frederico. **Manual de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 730.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 299.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 182 e p.189

## **A LEGITIMIDADE DA SUPERAÇÃO LEGISLATIVA EM RELAÇÃO A ENTENDIMENTO FIRMADO EM SÚMULA VINCULANTE.**

**MARISA BEZERRA CORTÊS NASCIMENTO:**

formada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduada em direito processual civil pela Uninter e pós-graduada em direito constitucional pelo Gran Cursos Online<sup>100</sup>.

**RESUMO:** O presente Trabalho de Conclusão de Curso aborda a delicada interação entre a efetividade jurídica e os princípios democráticos no contexto da superação legislativa de entendimentos consolidados em Súmulas Vinculantes. Explorando o equilíbrio entre a busca pela eficácia das decisões judiciais e a manutenção da legitimidade democrática, este estudo examina os fundamentos e limites que moldam a tomada de decisões legislativas destinadas a revogar ou modificar tais entendimentos sumulados. Por meio de uma análise crítica e embasada no julgamento do tema 477, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, este TCC investiga como essa dinâmica complexa impacta o sistema jurídico e político, questionando as implicações para o Estado de Direito e o princípio democrático da separação de poderes.

**Palavras-chaves:** Separação de poderes. Súmulas Vinculantes. Superação legislativa. Democracia.

### **1 INTRODUÇÃO**

Há alguns anos, principalmente a partir da década de 90, o Brasil vem anunciando uma cultura de valorização de um sistema de precedentes judiciais vinculantes. Trata-se de um sistema adotado pelos países do *Common Law*, no qual os precedentes, isto é, as decisões firmadas pelos tribunais superiores, possuem um núcleo fundamental que serve como diretriz e causa influência expressiva na atividade jurisdicional das instâncias inferiores durante o julgamento de casos análogos.

Como exemplo desse cenário evolutivo podem ser citadas a Lei nº 8.038/90, que em seu art. 38 permitia ao relator a possibilidade de decidir, de forma unipessoal, os recursos de competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça com base exclusivamente em Súmula da respectiva Corte; a Lei nº 10.352/01, que dispensava o duplo grau jurisdição obrigatório em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em harmonia com jurisprudência do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior

---

100 E-mail: [marisa.bcn@hotmail.com.br](mailto:marisa.bcn@hotmail.com.br)

competente; a Lei nº 11.232/05, que criou os embargos desconstitutos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF; dentre outras.

Também pode ser citada a Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004. Conhecida como Reforma do Judiciário, essa alteração legislativa modificou o art. 102 da Constituição Federal, acrescentando o §2º, com a finalidade de atribuir efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e também introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os enunciados de súmula vinculante.

Percebe-se, portanto, que as normas positivadas no Novo Diploma Processual Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, acabaram por consolidar o que se apresentava como uma tendência na ordem jurídica brasileira: a vinculação aos precedentes jurisprudenciais. O novo código trouxe para o cenário jurídico nacional a necessidade de se analisar alguns conceitos extraídos do *Common Law*, como meio de aproximar o raciocínio jurídico brasileiro, país de cultura romano-germânica, ao raciocínio empregado nos sistemas dos países de cultura anglo-saxã.

Uma pesquisa coordenada pelo doutor Thomas da Rosa de Bustamante, publicada no ano de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, realizou um estudo acerca das decisões do STJ e de oito tribunais nacionais, com o fito de averiguar a força normativa do direito judicial no país e os desafios que o Poder Judiciário precisaria enfrentar para legitimar a aplicação prática do sistema de precedentes no direito brasileiro. Como resultado constatou-se “falta de responsividade” e “ausência de plena motivação” das decisões, tanto no que diz respeito a formação do precedente, como também na posterior aplicação pelos tribunais de instância inferior.

Assim, diante do contexto apresentado e almejando entender com maior profundidade como deve funcionar o respeito aos precedentes, esse trabalho busca analisar inicialmente a importância desse sistema e o porquê de sua implementação no país, para então, posteriormente, ingressar no estudo acerca da teoria do *Stare Decisis*, adotada pelos países do *Common Law*, com o objetivo de compreender premissas básicas que devem ser utilizadas pelo magistrado durante a sua atuação para o uso correto dos precedentes, de modo a evitar o desvirtuamento do instituto.

Ato contínuo, será realizado um estudo detalhado acerca das súmulas vinculantes como instrumentos desse sistema e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na não vinculação do Poder Legislativo e o fenômeno da reação legislativa. Por fim, será analisado o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em

sede de repercussão geral, e a tese jurídica acerca das consequências causadas nas súmulas vinculantes em razão da revogação ou modificação do ato normativo que fundamentou a sua edição.

## **2 O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES BRASILEIRO**

O Código Processual Civil de 2015 (Lei 13.105/15) inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um amplo sistema de precedentes vinculantes, instituindo, de modo amplo, a regra de que juízes e tribunais devem, no momento da tomada de decisão, observar as teses firmadas pelos tribunais superiores.

Esse novo sistema de precedentes judiciais emerge como possível solução em um contexto de intensa massificação do acesso à justiça. Esse fenômeno tem como causa a maior independência e visibilidade conferida pela Constituição Brasileira de 1988 ao Poder Judiciário, que trouxe em seu corpo normativo inovações que têm como proposta ampliar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, podendo-se citar como exemplo a criação dos juizados especiais.

Fato é que, diante do indiscutível aumento das demandas apresentadas ao Poder Judiciário, o legislador ordinário percebeu a necessidade de normatizar o uso pragmático dos precedentes judiciais, a fim de que esse sistema possa auxiliar a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa, com o devido respeito ao princípio da segurança jurídica, isonomia e eficiência.

Nesse sentido pode-se apresentar trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação 4335, de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

“(…) E eu acho que essa é uma mudança saudável, embora boa parte dos juristas brasileiros seja crítico dessa ascensão dos precedentes, eu acho que ela não só é importante como é uma inevitabilidade, porque o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa

disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou”.

O sistema de precedentes vinculantes brasileiro encontra-se normatizado nos arts. 926, 927 e 928 do CPC/2015. O primeiro desses artigos busca uniformizar a jurisprudência dos tribunais, com o propósito de possibilitar a construção de um conjunto de decisões estáveis, visto que, para se falar em uma sistemática de precedentes torna-se indispensável que o próprio tribunal autor da decisão permaneça a ela vinculado por um período razoável de tempo, exceto é claro, nos casos de superação de tais precedentes. Assim dispõe o art. 926 em sua literalidade:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O art. 927, em seu *caput*, institui um rol hierárquico de precedentes obrigatórios que deverão ser observados pelos juízes e tribunais no momento da tomada de decisão. Percebe-se que o legislador primou pelo fortalecimento da jurisprudência das Cortes Superiores, tanto Supremo Tribunal Federal como Superior Tribunal de Justiça. No entanto, não é possível afirmar que houve o esquecimento dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares, uma vez que o texto também faz referência aos precedentes decorrentes da resolução de demandas repetitivas, que podem ser instaurados pelos tribunais inferiores.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Já em seus parágrafos, o artigo preocupa-se com a fundamentação das decisões judiciais adotadas com fundamento neste artigo (§1º), com a alteração das teses jurídicas adotadas em enunciados de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (§2º e §4º), com a possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes da alteração de jurisprudência dominante do STF (§3º) e com a publicidade que deve ser conferida aos precedentes (§5º). Por serem temas bastante importantes, indispensável a leitura na íntegra do texto normativo:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Por fim, o art. 928 limita-se a indicar o que deve ser considerado julgamento de casos repetitivos, estabelecendo como tal as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Nota-se, portanto, que o CPC/2015 situou o direito brasileiro no caminho da construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. Ocorre que, os juízes brasileiros, de formação romano-germânica, não possuem muita familiaridade com os institutos e técnicas exigidas nas operações com precedentes. Nesse sistema, a lei é tida como a principal fonte do direito, de modo que, via de regra, as decisões judiciais não produzem efeito vinculante *erga omnes*, constituindo-se apenas como fonte mediata do direito, sem influenciar diretamente, portanto, o julgamento de casos futuros.

Diante desse cenário, surge a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre a consolidação desse novo sistema no país, de modo a se indagar: a quem se dirige esse sistema e quais as suas exceções? Estaria o Poder Legislativo vinculado a um precedente judicial? Quais as consequências práticas oriundas da alteração do ato normativo que fundamentou um precedente vinculante?

### **3 A TEORIA DO *STARES DECISIS***

No Brasil, um dos problemas para a disseminação da cultura dos precedentes é a própria atuação dos tribunais. O volume dos casos julgados e a quantidade de decisões monocráticas tomadas acabam por multiplicar as divergências e a variação de jurisprudência se torna notável, enfraquecendo o papel dos precedentes. São bastante comuns os casos em que um tribunal edita uma súmula pacificando determinado entendimento e, após alguns meses ou anos, muda seu posicionamento sem preocupar-se em justificar o porquê da superação daquele precedente.

Como dito anteriormente, a ideia de prestigiamiento das decisões jurisdicionais é da essência do *Common Law*, e representa a possibilidade jurídica de que o juízo futuro se declare vinculado a decisão anterior, em face da similaridade dos casos analisados. Trata-se da teoria do *Stare Decisis*<sup>101</sup>, responsável por indicar os limites básicos e os requisitos indispensáveis para formação e aplicação de um precedente vinculante.

---

<sup>101</sup> *Stare decisis et non quieta movere* – termo completo – significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).



Vale ressaltar que a doutrina do *Stare Decisis* não exige obediência cega às decisões anteriores. Nesse sistema os magistrados conservam seu arbítrio para analisar o precedente e rejeitar o que considerem ser desarrazoado, para só então aplicá-lo na medida em que percebem assim estar promovendo a justiça. Caso contrário, os tribunais estariam fadados a seguir o passado unicamente em função de ser decisão passada, ignorando sua função de se beneficiarem da sabedoria do passado.

### **3.1 Os aspectos positivos e negativos do *Stare Decisis***

Um dos aspectos positivos que podem ser apresentados após o estudo de um sistema de precedentes vinculantes, sem sombra de dúvidas, é a estabilidade que ele confere ao ordenamento jurídico. Trata-se de uniformidade jurisprudencial, isto é, a adoção de decisões iguais para casos semelhantes entre si. Importante ressaltar que essa estabilidade deve ser aplicada no ordenamento tanto de forma vertical – impondo o respeito das instâncias inferiores às decisões adotadas pelos tribunais superiores – como também de modo horizontal – cabendo a cada juízo e tribunal zelar pela preservação dos seus entendimentos anteriormente adotados, exceto é claro, nos casos em que se tratar de superação de precedente.

Também pode-se citar como aspecto positivo a previsibilidade do direito, decorrente diretamente da vantagem anterior, uma vez que a estabilidade contribui para o fortalecimento da uniformização da jurisdição. Deste modo, esse sistema permite ao jurisdicionado conhecer previamente qual a fundamentação adotada pelo órgão julgador em determinado caso, possibilitando assim que o mesmo apresente razões que diferenciem aquele caso do anteriormente julgado, podendo influenciar verdadeiramente na decisão a ser proferida.

Por fim, há a vantagem da celeridade e a concretização do princípio da duração razoável do processo. O uso dos precedentes contribui para o aperfeiçoamento da decisão, auxiliando o magistrado na fundamentação da sentença ou acórdão. Alcança-se, portanto, o aprimoramento do trabalho decisório do juiz, o fortalecimento institucional do Poder Judiciário e a rápida prestação da atividade jurisdicional.

Na contramão do que foi apresentado anteriormente estão os críticos a adoção do sistema de precedentes vinculantes. Segundo esses doutrinadores, um dos maiores defeitos apresentados por esse sistema é a complexidade para se aplicar um precedente. Isso ocorre porque existem técnicas procedimentais que precisam ser respeitadas, sob pena de desvirtuamento do instituto. Desta forma, em países como o Brasil, país de cultura

romano-germânica adepto do *Civil Law*, a adoção desse sistema demandaria necessariamente muita dedicação e estudo por parte dos julgadores.

Além disso, os críticos também apontam para uma possível violação aos princípios do livre convencimento e da separação dos poderes. No primeiro caso alegam que a tomada de decisão com obediência aos precedentes tornaria as decisões das instâncias inferiores em cópias das decisões consolidadas pelos tribunais superiores. No segundo caso, para alguns estudiosos, em algumas situações o sistema de precedentes acabaria por substituir a atividade do Poder Legislativo, visto que um dos efeitos dos precedentes é a eficácia *erga omnes*, bem semelhante ao efeito gerado pela legislação ordinária.

### **3.2 Institutos fundamentais para a operação com precedentes**

Segundo essa teoria, a operação com precedentes vinculantes exige que os órgãos julgadores dominem três conceitos básicos: *ratio decidendi* (ou holding), *obiter dictum* e *distinguishing*. O estudo desses institutos torna-se essencial para qualquer magistrado que precise operar com o sistema de precedentes vinculantes, uma vez que sem eles não há como se alcançar a segurança jurídica atrelada a razoável duração do processo.

O primeiro conceito refere-se às “razões para a decisão”, ou seja, ao entendimento jurídico que serviu como base a uma determinada decisão e que será utilizado para vincular casos futuros. Para chegar a esse entendimento, os magistrados poderão fazer uso de dois métodos: o fático-concreto e o abstrato normativo. Aquele buscar extrair uma regra de um conjunto de fatos, considerando todas as suas particularidades, de modo que sua utilização tende a ensejar a elaboração de *holdings* mais restritivos. Já este último método orienta que a *ratio decidendi* deve apresentar uma solução para o caso concreto com o fito de abarcar situações similares a analisada, originando assim um precedente mais amplo.

Imperioso destacar que, quanto mais genérica for a *ratio decidendi*, maior será o número de casos por ela regidos e, por outro lado, maior será o cuidado a ser observado pelos juízes que deverão aplicá-la. Por esse motivo, mesmo nos casos em que o magistrado decida fazer uso do método abstrato normativo, é de fundamental importância a delimitação do conjunto de fatos sobre os quais se erigiu a decisão, como forma de evitar que o precedente se torne abrangente demais e acabe por ser aplicado em situações fáticas que não foram sequer analisadas no momento do julgamento.

Já o segundo conceito, de forma simplória, diz respeito a tudo aquilo que integra a decisão judicial, mas que não é considerado parte determinante na formação do

julgado. Conclui-se, portanto, que a formação do precedente considera apenas a *ratio decidendi*, dispensando-se o *obiter dictum*, vez que apenas a primeira contém o fundamento jurídico prestigiado na decisão concreta.

O terceiro conceito, por fim, refere-se à “distinção dos casos”, isto é, ao ato de identificar as demandas e, após essa análise, decidir pela não adoção de determinado precedente. Essa prática é levada a efeito nas ocasiões em que os juízes e tribunais, após o estudo do caso concreto, verificam que há distinção entre o alegado precedente e a situação fática apresentada. O *distinguishing* é, deste modo, uma espécie de exceção a *ratio decidendi* de um precedente.

O CPC/2015 ressalta a obrigatoriedade na apresentação de fundamentação por parte do julgador no caso de utilização da técnica da distinção. Por esse motivo o art. 489, em seu § 1º considera não fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Importante ressaltar ainda que o uso dessa técnica não ocasiona a revogação ou a superação de precedentes. A diferenciação de casos é uma técnica que pode ser utilizada por qualquer magistrado e visa o mero afastamento de um precedente por se entender que este não se adequa à situação fática analisada. Trata-se, portanto, de um simples caso de não incidência da tese do precedente invocado.

Percebe-se, diante de todos esses conceitos, que o magistrado deve possuir um amplo conhecimento sobre os institutos e técnicas exigidas para o uso correto dos precedentes, sob pena de acabarem por desvirtuar o instituto.

#### **4 AS SÚMULAS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES**

A Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004, instituiu a Reforma do Judiciário. Esse ato normativo foi promulgado com o objetivo de dar mais agilidade e eficiência ao sistema judiciário e proporcionou várias mudanças na organização e no funcionamento da Justiça brasileira. Dentre as mudanças trazidas por essa emenda, pode ser citada a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

O sistema jurídico brasileiro é conhecido pela sua complexidade e morosidade, o que muitas vezes gera insegurança e dificuldades na aplicação do direito. Nesse contexto, as Súmulas Vinculantes surgem como um instrumento de efetividade e segurança jurídica, buscando uniformizar o entendimento dos tribunais e conferir maior celeridade na

resolução de questões repetitivas. Tratam-se de instrumentos constitucionais de uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com força normativa e vinculante sobre todos os órgãos do Poder Judiciário e sobre toda a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Afirmar que essas súmulas possuem caráter vinculante significa dizer que todos os órgãos do Poder Judiciário e também a administração pública direta e indireta devem seguir o entendimento firmado pelo STF, sob pena de ofensa à autoridade da Corte e possíveis sanções. Essa característica vinculante das súmulas é um dos seus principais diferenciais em relação às súmulas tradicionais, que possuem apenas efeito persuasivo, não sendo de observância obrigatória pelos demais tribunais.

A edição de uma Súmula Vinculante segue um procedimento específico, estabelecido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 103-A, e na Lei nº 11.417/2006. Inicialmente, é necessária a provocação de um legitimado, como o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, os Conselhos da República e da Defesa Nacional, ou ainda entidades representativas de classe.

Após a provocação, o STF realiza um amplo debate sobre a matéria, incluindo audiências públicas e análise da jurisprudência consolidada sobre o tema. A aprovação da Súmula Vinculante se dá por maioria absoluta dos ministros da Corte, após deliberação em sessão plenária.

Quando a Súmula Vinculante é aprovada, ela possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a partir da sua publicação. Entretanto, para que seja devidamente aplicada, faz-se necessária a publicação do inteiro teor da súmula nos diários oficiais dos tribunais e demais órgãos abrangidos pela vinculação.

Embora as Súmulas Vinculantes sejam um importante instrumento de efetividade e segurança jurídica, é importante ressaltar que elas também possuem limites. A vinculação aos precedentes do STF não pode ser absoluta, uma vez que a rigidez excessiva poderia inviabilizar a adaptação do direito à dinamicidade da sociedade e aos novos contextos jurídicos.

Os limites das Súmulas Vinculantes estão vinculados ao princípio da proporcionalidade, que exige que sua aplicação seja razoável e adequada à situação em julgamento. Dessa forma, é possível que sejam relativizadas em casos excepcionais quando demonstrada a necessidade de sua revisão. Por essa razão, o magistrado pode deixar de seguir enunciado de súmula em, pelo menos, duas situações: *overruling* (superação do

precedente) e *distinguishing* (distinção fática), conforme previsão no art. 315, § 2.º, VI, do Código de Processo Penal (CPP).

Art. 315, CPP. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada:

(...)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

#### **4.1 Benefícios e desafios das súmulas vinculantes**

As Súmulas Vinculantes trazem diversos benefícios para o sistema de precedentes judiciais no Brasil. A vinculação ao precedente do STF proporciona uma maior uniformidade na interpretação do direito, evitando decisões conflitantes entre os tribunais e promovendo a estabilidade nas relações jurídicas.

Ademais, as Súmulas Vinculantes agilizam a tramitação de processos, uma vez que os tribunais devem aplicar o entendimento consolidado na súmula, evitando reiteração de julgamentos sobre questões já pacificadas. Como consequência, ao reduzir a quantidade de processos repetitivos, as Súmulas Vinculantes contribuem para desafogar o Poder Judiciário, permitindo que os magistrados se dediquem a casos mais complexos e relevantes.

Esses enunciados jurídicos também proporcionam maior segurança jurídica aos cidadãos e empresas, que podem pautar suas condutas conforme o entendimento consolidado pelo STF, evitando incertezas e conflitos desnecessários.

Por outro lado, apesar dos benefícios apresentados, as Súmulas Vinculantes também enfrentam desafios e têm algumas limitações. A parte crítica da doutrina sustenta que a vinculação obrigatória às Súmulas Vinculantes pode gerar uma certa rigidez no sistema jurídico, dificultando a adaptação do direito a novas situações e demandas sociais em constante evolução. Também há uma ressalva em relação a necessidade de se observar os princípios da proporcionalidade e das singularidades regionais. Isso porque, ao aplicar

uma súmula vinculante o magistrado deve considerar as particularidades de cada caso e as diferenças regionais presentes em um país de dimensões continentais como o Brasil.

Outra crítica a esse mecanismo se refere ao dinamismo do direito, que exige a constante revisão e atualização das súmulas vinculantes. É fundamental que a jurisprudência esteja em consonância com os novos desafios e avanços sociais, evitando que súmulas desatualizadas prejudiquem a aplicação justa do direito.

#### **4.2 Súmulas vinculantes e o ativismo judicial: reflexões sobre efetividade e limites democráticos**

O ativismo judicial refere-se ao papel ativo dos tribunais na criação e interpretação do direito, ultrapassando a mera aplicação da legislação. No contexto das Súmulas Vinculantes, o ativismo pode ser percebido quando o Supremo Tribunal Federal exerce o poder de vincular todo o Poder Judiciário e a administração pública a um determinado entendimento, mesmo diante da omissão do Legislativo ou da Constituição.

O ativismo judicial é, muitas vezes, visto como um mecanismo necessário para a proteção de direitos fundamentais e para a correção de lacunas e injustiças presentes na legislação. Entretanto, seu excesso pode suscitar questionamentos sobre a legitimidade democrática do Judiciário, visto que se atribui a uma corte não eleita o poder de definir questões de interesse público.

O debate sobre a efetividade das Súmulas Vinculantes muitas vezes se encontra em conflito com a preocupação democrática. A vinculação dos precedentes do STF a todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública pode levar a uma concentração de poder nas mãos dos ministros da Corte, retirando dos órgãos democraticamente eleitos a capacidade de legislar e decidir sobre certas questões.

Enquanto as Súmulas Vinculantes podem ser necessárias para uniformizar o direito, é essencial que sejam observados limites democráticos. A revisão periódica das súmulas, a participação da sociedade em audiências públicas e o respeito à independência dos Poderes são alguns dos mecanismos que podem garantir uma maior legitimidade ao processo de vinculação dos precedentes.

Um dos desafios enfrentados pelas Súmulas Vinculantes é o equilíbrio entre o papel do legislador e o ativismo judicial. A atribuição de vinculação a precedentes deve ser realizada com parcimônia, especialmente em temas que demandam uma ampla discussão democrática. É importante que o STF respeite o papel do Congresso Nacional na elaboração das leis e esteja disposto a dialogar com o Legislativo para uma construção conjunta do direito.

## 5 O PODER LEGISLATIVO FACE AO SISTEMA DOS PRECEDENTES VINCULANTES

### 5.1 Teoria da separação dos poderes no Brasil e o sistema de *checks and balances*

A teoria da separação de poderes é um princípio fundamental na organização dos sistemas democráticos, incluindo o ordenamento jurídico brasileiro. Essa doutrina, elaborada por pensadores como Montesquieu, visa assegurar a eficiência do governo, a proteção dos direitos individuais e a prevenção do abuso de autoridade. No contexto brasileiro, a separação de poderes é consagrada na Constituição Federal de 1988 e é essencial para a manutenção do equilíbrio e da democracia no país.

A teoria da separação de poderes preconiza que o poder estatal deve ser dividido em três esferas independentes e harmônicas entre si: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Cada um desses poderes tem funções específicas e autônomas, o que evita a concentração excessiva de poder em um único órgão e, conseqüentemente, minimiza os riscos de autoritarismo e violações dos direitos individuais.

O Poder Executivo é responsável pela administração e execução das políticas públicas. O Presidente da República, eleito pelo voto popular, é o chefe do Poder Executivo e exerce funções de liderança, comando das Forças Armadas, promulgação de leis e representação do país. Ministros e secretários auxiliam o presidente na gestão dos diversos setores governamentais.

O Poder Legislativo é composto pelo Congresso Nacional, que é dividido em duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Sua função principal é a elaboração, discussão e votação de leis, além de fiscalizar o Poder Executivo e representar a vontade do povo. Os legisladores (deputados e senadores) são eleitos pelo voto popular.

O Poder Judiciário é incumbido de interpretar e aplicar as leis, garantindo a justiça e a equidade nas relações sociais. É composto por diversos tribunais em diferentes níveis, incluindo o Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão máximo de jurisdição no Brasil. Os juízes e ministros do Judiciário são independentes e devem atuar de forma imparcial.

O sistema de *Checks and Balances*, ou freios e contrapesos, é uma estrutura fundamental dentro dos sistemas democráticos, projetada para evitar o acúmulo excessivo de poder em qualquer ramo do governo e assegurar um equilíbrio de autoridade. Sua origem histórica remonta à filosofia política do século XVIII, com raízes nos trabalhos de pensadores iluministas como John Locke e Montesquieu. Esse sistema desempenhou um

papel crucial na evolução das democracias modernas, incluindo o Brasil, onde tem sido uma salvaguarda vital para a manutenção do Estado de Direito e da governança responsável.

Esse sistema teve suas bases estabelecidas por filósofos políticos do Iluminismo, que buscavam superar os abusos de poder e a concentração absoluta de autoridade que caracterizavam muitos governos autoritários da época. John Locke defendeu a separação de poderes para garantir a proteção dos direitos naturais dos indivíduos. No entanto, foi Charles de Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", que desenvolveu a ideia de dividir o poder governamental em ramos independentes, cada um com funções específicas, mas interconectados para evitar o despotismo.

O conceito de *Checks and Balances* refere-se, portanto, a um sistema no qual os poderes do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) são projetados para limitar e controlar uns aos outros, evitando a dominação e os abusos de um único poder. Cada ramo exerce *checks* (verificações) sobre os outros para garantir que a autoridade seja usada de forma responsável e em conformidade com a Constituição e as leis.

Trata-se de sistema que constitui uma expressão tangível dos princípios democráticos e de governança responsável. No Brasil, é fundamental para prevenir o abuso de poder, manter a separação de autoridade entre os poderes e proteger os direitos e interesses dos cidadãos. Ao garantir que cada ramo do governo exerça um controle sobre os outros, o sistema contribui para a manutenção do equilíbrio institucional e da integridade democrática, sustentando assim os alicerces do Estado de Direito.

Como exemplo da aplicação desse sistema no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser citado a técnica de Controle de Constitucionalidade: o Poder Judiciário, notavelmente o Supremo Tribunal Federal, tem a autoridade de avaliar a constitucionalidade das leis. Se uma lei for considerada inconstitucional, o Judiciário pode invalidá-la, exercendo um controle sobre o poder legislativo.

## **5.2 A interseção entre o sistema de *checks and balances* e o fenômeno da reação legislativa**

O sistema de *Checks and Balances* e o fenômeno da reação legislativa são dois elementos interligados que desempenham papéis cruciais na manutenção do equilíbrio de poder em um sistema democrático. Enquanto o primeiro visa a garantir a separação e o controle mútuo entre os poderes do governo, o segundo diz respeito à capacidade do Poder Legislativo de responder de maneira ágil e responsiva às necessidades da sociedade em constante evolução. A relação entre esses dois conceitos é complexa e ilustra a



dinâmica entre a estabilidade institucional e a flexibilidade necessária para atender às demandas dos cidadãos.

O sistema de freios e contrapesos é projetado para prevenir a concentração excessiva de poder em qualquer dos poderes do governo - Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa divisão de poderes e os mecanismos de controle mútuo garantem que nenhum ramo governe de maneira absoluta e que haja um equilíbrio saudável entre eles. O sistema opera por meio de freios e contrapesos, onde cada poder exerce verificações sobre os outros para evitar abusos e garantir a conformidade com a lei e a Constituição.

A reação legislativa, por sua vez, refere-se à capacidade do Poder Legislativo de responder de forma proativa às mudanças na sociedade e às demandas emergentes por meio da criação, modificação ou revogação de leis. Esse fenômeno ocorre quando o Legislativo percebe a necessidade de atualizar o quadro legal para refletir novos desafios, valores e desenvolvimentos sociais, econômicos e tecnológicos.

O Poder Legislativo também é considerado como verdadeiro intérprete da constituição e, é justamente por essa razão, que os parlamentares podem aprovar uma lei ou uma emenda constitucional com o objetivo de superar uma interpretação anterior ou a fim de provocar uma nova manifestação do STF sobre determinada questão, ainda que a Corte já tenha decidido a matérias em termo de controle concentrado de constitucionalidade. Essa prática é reconhecida como “reação legislativa” ou “superação legislativa da jurisprudência”.

O fenômeno da reação legislativa é uma forma de ativismo congressual, que tem como objetivo principal a tentativa da casa legislativa de reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de prática que encontra fundamento no próprio princípio da separação dos poderes e também no sistema de freios e contrapesos.

Esse é o posicionamento defendido pelos doutrinadores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“(…) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (…). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com

base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

(...)

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento. "

(SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405)

A relação entre o sistema de *Checks and Balances* e o fenômeno da reação legislativa é intrincada. O sistema de controle mútuo entre os poderes, ao mesmo tempo que limita o potencial de abuso, também pode incentivar o Poder Legislativo a ser mais sensível às demandas da sociedade. A capacidade de promulgar novas leis ou ajustar as existentes para refletir mudanças nas perspectivas sociais e nos desafios contemporâneos é uma expressão concreta da interação entre os poderes.

Quando o Poder Legislativo responde de forma ágil e eficaz a questões emergentes, ele não apenas exerce seu papel de legislar, mas também demonstra a capacidade do sistema democrático de se adaptar. A reação legislativa, nesse sentido, é uma manifestação concreta da flexibilidade inerente à democracia e à governança responsável, ao mesmo tempo em que opera dentro das estruturas de freios e contrapesos que evitam a tirania e o arbítrio.

Conclui-se, assim, que a interseção entre o sistema de *Checks and Balances* e o fenômeno da reação legislativa é um exemplo eloquente de como os conceitos fundamentais da democracia interagem para manter a estabilidade e a adaptabilidade em um sistema governamental. A capacidade do Poder Legislativo de reagir rapidamente às mudanças sociais e às demandas dos cidadãos é equilibrada pelo sistema de controle mútuo, garantindo que qualquer ação legislativa esteja em conformidade com os princípios democráticos e os limites constitucionais. Em última análise, essa interligação fortalece a governança democrática e a proteção dos direitos individuais.

### **5.3 Os precedentes judiciais e a não vinculação do poder legislativo: salvaguardas contra a fossilização do direito**

No contexto da evolução do sistema jurídico, a aplicação de precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário desempenha um papel crucial na criação de um ambiente de consistência e previsibilidade. No entanto, a não vinculação do Poder Legislativo a esses precedentes é uma medida estratégica que visa a preservar a capacidade de adaptação do direito às mudanças sociais e às necessidades emergentes. Essa dicotomia entre os poderes judiciário e legislativo reflete um equilíbrio delicado entre a estabilidade e a flexibilidade, que é essencial para evitar a fossilização do direito.

Como já exposto, os precedentes vinculantes são decisões judiciais que estabelecem uma regra ou princípio jurídico que deve ser seguido pelos tribunais inferiores em casos semelhantes. Esse mecanismo contribui para a uniformidade e a estabilidade do direito, uma vez que as partes podem antecipar como os tribunais decidirão com base em casos anteriores. Isso promove a igualdade perante a lei e ajuda a evitar resultados arbitrários.

No entanto, permitir que o Poder Legislativo não seja vinculado a esses precedentes é crucial para evitar que o direito se torne estático e incapaz de lidar com desafios em constante evolução. O Poder Legislativo representa a vontade do povo e é responsável por criar leis que refletem as mudanças sociais, os avanços tecnológicos e os novos cenários econômicos. Se o Poder Legislativo fosse vinculado a precedentes judiciais, isso poderia limitar sua capacidade de legislar de acordo com as necessidades atuais da sociedade.

A não vinculação do Poder Legislativo aos precedentes judiciais mantém o equilíbrio necessário entre a estabilidade e a flexibilidade do direito. Os tribunais podem criar precedentes que oferecem orientação, mas não limitam a capacidade do Poder Legislativo de inovar e adaptar as leis às mudanças nas circunstâncias e valores sociais. Isso

é particularmente importante em sociedades dinâmicas, onde questões emergentes frequentemente exigem a criação de novas leis ou a modificação das existentes.

A fossilização do direito, ou seja, a rigidez excessiva e a incapacidade de responder às mudanças, pode ocorrer se os poderes legislativo e judiciário estivessem vinculados rigidamente a precedentes. Ao não impor a vinculação do Poder Legislativo, é possível garantir que o direito continue a evoluir para atender às necessidades contemporâneas, preservando sua relevância e adaptabilidade ao longo do tempo.

O uso de precedentes vinculantes pelo Poder Judiciário é uma ferramenta valiosa para promover a estabilidade e a previsibilidade no sistema jurídico. No entanto, é essencial manter a não vinculação do Poder Legislativo a esses precedentes como uma forma de evitar a fossilização do direito. Esse equilíbrio delicado entre estabilidade e flexibilidade é fundamental para garantir que o direito possa continuar a servir como uma ferramenta eficaz de justiça, adaptando-se às mudanças e protegendo os valores da sociedade em constante evolução.

## **6 A LEGITIMIDADE DA SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DE ENTEDIMENTO FIRMADO EM SÚMULA VINCULANTE**

### **6.1 Os efeitos jurídicos de uma tese de repercussão geral**

O Supremo Tribunal Federal constitui órgão de cúpula do Poder Judiciário, competindo-lhe precipuamente, nos moldes do art. 102 da Constituição Federal, a guarda da Constituição. Dentre as diversas competências expressamente previstas pelo constituinte originário, encontra-se o julgamento do recurso extraordinário. Trata-se de recurso cabível nas seguintes hipóteses, previstas taxativamente no art. 102, inciso III da CF:

Art. 102 – [...]: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

Percebe-se, portanto, que cabe ao STF, por meio do recurso extraordinário, decidir questões de natureza constitucional, exercendo assim o controle de constitucionalidade difuso de leis e decisões judiciais. Nessa forma de controle, a declaração de inconstitucionalidade, a princípio, gera efeitos *inter partes*, isto é, apenas no processo em que foi proferida.

Ocorre que, não havia como desconsiderar o fato de que, em algumas situações, essas decisões passavam a originar uma espécie de “jurisprudência dominante”, que por muitas vezes tornava-se fator de convencimento para os aplicadores do direito (juízes).

A par desse cenário, o instituto da repercussão geral foi inserido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como a “Reforma do Judiciário”, com regulamentação dada pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento processual incluiu dentre os requisitos para a admissibilidade dos recursos extraordinários a necessidade de que a questão constitucional objeto da controvérsia apresente relevância jurídica, política, social ou econômica, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

A finalidade precípua desta ferramenta é possibilitar que a Suprema Corte realize um filtro dentro os recursos extraordinários que lhe são encaminhados, selecionando, de acordo com os critérios acima indicados, apenas um para que seja representativo da controvérsia analisada. A consequência imediata desse “filtro recursal” é a diminuição do número de processos dirigidos ao STF, ensejando, em longo prazo, maior celeridade ao processamento das demandas já existentes.

A grande polêmica reside nos efeitos assumidos pelos julgados da Suprema Corte em sede de recursos extraordinários com o reconhecimento de repercussão geral. Acerca dessa controvérsia, o ministro Gilmar Mendes preconiza, em seu curso de Direito Constitucional, que ao realizar o julgamento de um recurso extraordinário, o Plenário do STF fixa tese jurídica que acaba por antecipar o posicionamento de seus julgados em sede de controle de constitucionalidade incidental. Por esse motivo, preleciona:

Se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais e Turmas dos Juizados Especiais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Pouco importa que a decisão do Tribunal de origem tenha sido proferida antes daquela do Supremo Tribunal Federal no *leading case*, pois, inexistindo o trânsito em

julgado e estando a controvérsia constitucional submetida à análise deste Tribunal, não há qualquer óbice para aplicação do entendimento fixado pelo órgão responsável pela guarda da Constituição da República. (MENDES, 2012, p.1528)

Sobre essa questão, o procurador federal Fábio Victor Da Fonte Monnerat, em seu artigo “Efeitos objetivos do julgamento do recurso extraordinário”, publicado na revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, posiciona-se no mesmo sentido, defendendo que:

É possível falar-se em efeito *erga omnes* dado que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de repercussão geral de determinada questão constitucional será aplicada a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação processual, isto é, que discutam em um determinado recurso extraordinário a mesma questão constitucional.

(...)

Portanto, ainda que a legislação não se valha da expressão ‘efeito vinculante’, o precedente do Supremo Tribunal Federal que resolve a existência da repercussão geral de determinada questão de direito é de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário que enfrentem a matéria. (MONNERAT, 2014, p. 233).

O procurador cita ainda o entendimento adotado pelo processualista Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro “Precedentes Obrigatórios”, no qual preconiza que:

[...] não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de modo diferente pelos diversos juízos inferiores. (MARINONI, 2010, p. 472).

Conclui-se, portanto, que em relação aos efeitos vinculantes de uma tese de repercussão geral, em que pese a ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional dispendo nesse sentido – tal como se deu com as súmulas vinculantes –, não é possível negar que um resultado muito próximo a esse acaba por ser alcançado na prática forense. Ademais, a ausência de um efeito vinculante configuraria uma afronta às atribuições constitucionais conferidas ao Supremo Tribunal

Federal, vez que compete a este, por meio do instituto da repercussão geral, uniformizar a interpretação constitucional no território nacional.

## **6.2 O tema nº 477 julgado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal**

Trata-se de recurso extraordinário que veiculou o tema nº 477 da repercussão geral, que debatia acerca da necessidade (ou não) de revisão de enunciado de súmula vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente”. No contexto de uma omissão legislativa sobre o tema, o enunciado sumular foi editado em razão do volume de casos apresentados ao Poder Judiciário e da existência de precedentes dos Tribunais a respeito da possibilidade da perda dos dias remidos em razão da prática de falta grave no curso da execução penal.

Quando da publicação da súmula, firmou-se o entendimento acerca da recepção, pela ordem constitucional, da redação então vigente do art. 127 da Lei de Execuções Penal – LEP (Lei nº 7.210/1984), que assim previa: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar” (Redação anterior à Lei nº 12.433/2011).

Nessa oportunidade, afastou-se a aplicação do limite temporal de 30 (trinta) dias, estabelecido pelo art. 58 da mesma lei para situação diversa, vez que esse dispositivo cuidava do tempo máximo de aplicação de sanções de isolamento, suspensão e restrição de direitos, *in verbis*: “O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado” (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

Como resultado, fixou-se o seguinte enunciado em forma de súmula vinculante: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.433, no ano de 2011, que modificou a Lei de Execução Penal, passando a dispor a respeito da remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho de modo diferente. A referida lei alterou a redação do art. 127 dessa Lei – ao qual a Súmula Vinculante nº 9 já fazia menção –, fixando o limite objetivo de 1/3 (um terço) para a perda dos dias remidos, em caso de falta grave. Veja-se a diferença entre a redação anterior e atual do indicado dispositivo legal, *verbis*:

**Redação da LEP anterior à Lei nº 12.433/2011:** “Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. ”

(...)

**Redação atual:** “Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. ”

A partir de então, emerge a controvérsia que foi discutida no presente tema de repercussão geral, no que diz respeito aos limites e possibilidades da aplicação de Súmula Vinculante, quando há superveniente norma legal que modifique, complemente ou mesmo contrarie seu enunciado.

### **6.3 As consequências da revogação ou modificação do ato normativo que fundamentou a edição da súmula vinculante**

No ordenamento jurídico, a criação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal é uma ferramenta valiosa para promover a uniformidade e a previsibilidade das decisões judiciais. No entanto, quando o ato normativo que fundamentou uma súmula é revogado ou alterado, emerge uma discussão crucial sobre a necessidade de se revogar ou cancelar essa súmula. Esse foi dilema enfrentado no Tema de nº 477, de repercussão geral, julgado pelo STF. A questão envolve um delicado equilíbrio entre a estabilidade do direito e a adaptação às mudanças normativas e sociais.

Conforme já abordado anteriormente, as súmulas vinculantes têm o propósito de estabelecer regras que devem ser seguidas por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os entes políticos. Elas buscam garantir a uniformidade na aplicação do direito e prevenir decisões discrepantes sobre questões semelhantes. Contudo, as súmulas vinculantes não devem ser imutáveis e inflexíveis, uma vez que o contexto normativo e social pode se alterar ao longo do tempo.

Nada obsta, portanto, que o Congresso Nacional edite uma lei em sentido contrário a uma súmula vinculante. Isso porque, o Poder Legislativo, em sua função típica de legislar, não fica vinculado aos efeitos da decisão do STF. Como já apontado anteriormente, essa impossibilidade tem como finalidade evitar a fossilização da Constituição.



O Poder Legislativo também interpreta a Constituição. Apesar do Supremo Tribunal Federal possuir, segundo a CF/88, a missão de proteger a Constituição Federal e dar a última palavra em termos da sua interpretação, isso não significa, contudo, que o legislador não tenha também a capacidade de interpretação do Texto Constitucional.

Pode-se, então, afirmar que a função de última instância decisória e o papel de órgão soberano sobre a interpretação constitucional não foram conferidos constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal de forma isolada e absoluta. Em um ambiente democrático, não se deve atribuir a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar a última palavra sobre o sentido da Constituição.

Nesse sentido, pode-se apresentar trecho do voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 5105 DF, com algumas conclusões da Corte Superior Brasileira sobre o tema:

- a) O STF não subtrai *ex ante* a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário. Em outras palavras, o STF não proíbe que o Poder Legislativo edite leis ou emendas constitucionais em sentido contrário ao que a Corte já decidiu. Não existe uma vedação prévia a tais atos normativos. O legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência. Trata-se de uma reação legislativa à decisão da Corte Constitucional com o objetivo de reversão jurisprudencial.
- b) No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.
- c) No caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.

(...)

A novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. Para ser considerada válida, o Congresso Nacional deverá comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do STF no passado não mais subsistem. O Poder Legislativo promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa. Vale ressaltar, no entanto, que excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, o STF deve adotar comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.

STF. Plenário. ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/10/2015 (Info 801).

A interpretação constitucional deve perpassar por um processo de construção dialógica entre os Poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário — e os diversos segmentos da sociedade civil organizada. Isso fará com que se promova um avanço e um aperfeiçoamento de soluções democráticas para as questões de interesse público.

A ideia de limitação do poder, inerente aos sistemas de separação de poderes e de freios e contrapesos, trabalha em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, concretizando a ideia de sociedade aberta aos intérpretes da constituição, defendida por Peter Häberle. Segundo o jurista, defensor dessa tese:

“(...) No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13).

Na redação do art. 103-A da CF/88, o legislador constituinte não incluiu o Poder Legislativo no rol de órgãos sujeitos aos efeitos vinculantes da súmula vinculante. Isso porque, conforme já explicado, tal vinculação poderia engessar o processo de interpretação constitucional. Diante desse contexto, o Poder Legislativo possui a

prerrogativa de superar entendimentos vinculantes firmados pelo STF, mas, a depender do instrumento normativo adotado pelo Congresso Nacional, o caso concreto pode demandar posturas distintas por parte do STF.

O art. 5º da Lei 11.417/2006, que regulamentou o art. 103-A da CF/88, ofereceu solução para as hipóteses em que haja modificação ou revogação do diploma legislativo em que a edição da Súmula Vinculante tenha se fundado, estabelecendo que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

O problema, em verdade, reside nas situações em que o legislador, em tese, ultrapassa seu espaço de liberdade e acaba por ferir sensivelmente a própria Constituição. Nessas hipóteses, por exemplo, como decorrência da própria noção dialógica já mencionada, abre-se a prerrogativa ao Judiciário de se debruçar sobre a questão novamente, havendo manifesta dúvida sobre a constitucionalidade da medida legislativa adotada. Como bem aponta Gustavo Gama Vital de Oliveira:

“(…) fato de a CRFB/1988 não estender ao Poder Legislativo o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações de controle concentrado e na hipótese da súmula vinculante (art. 102, §1º; 2º; e art. 103-A) não pode conduzir o legislador a utilizar de forma abusiva a prerrogativa de editar leis infraconstitucionais que busquem modificar a interpretação constitucional do STF.” (OLIVEIRA, Gustavo Gama Vital de. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 138).

Assim, supondo-se que o STF edite uma súmula vinculante baseado na interpretação de determinado ato normativo primário, se o Congresso Nacional revogar essa lei ou alterá-la, diante desse fato, será necessária a revisão ou o mesmo o cancelamento da súmula vinculante que havia sido editada. Esse foi o entendimento firmado pelo STF no tema 477, julgado em sede de repercussão geral:

Em regra, deve-se revisar ou cancelar enunciado de súmula vinculante quando ocorrer a revogação ou a alteração da legislação que lhe serviu de fundamento. Contudo, o STF pode concluir, com base nas circunstâncias do caso concreto, pela desnecessidade de tais medidas. STF. Plenário. RE 1.116.485/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01/03/2023 (Repercussão Geral – Tema 477) (Info 1084).

O exemplo do Tema 477 ilustra a necessidade de reavaliação das súmulas vinculantes quando o ato normativo que lhes serviu de fundamento é revogado ou alterado. A revogação ou alteração de normas subjacentes pode impactar a base argumentativa das súmulas, tornando-as desatualizadas ou incompatíveis com a nova legislação. Essa situação pode gerar insegurança jurídica e desafios na aplicação da jurisprudência.

Encontrar o equilíbrio entre a estabilidade proporcionada pelas súmulas vinculantes e a necessidade de adaptação às mudanças é fundamental. Quando o fundamento normativo de uma súmula é revogado ou alterado, é pertinente que o Poder Judiciário reavalie sua validade à luz da nova legislação e do contexto jurídico. A manutenção de súmulas vinculantes inconsistentes com as mudanças normativas pode prejudicar a confiança no sistema judiciário e a eficácia da jurisprudência.

O caso do Tema 477 do STF demonstra a importância de se rever súmulas vinculantes quando o ato normativo que as embasa é modificado. A revogação ou alteração normativa pode comprometer a coerência e a aplicabilidade das súmulas, requerendo uma abordagem que mantenha o equilíbrio entre a estabilidade e a adaptação. A jurisprudência deve ser uma ferramenta dinâmica, capaz de evoluir conforme o desenvolvimento normativo e social, assegurando, assim, a justiça, a previsibilidade e a confiança no sistema judiciário.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esse trabalho teve como objetivo analisar a tese nº 477, julgada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, sob a égide da complexa estrutura de *checks and balances* firmada pela Constituição de 1988, o ponto central dessa pesquisa é o seguinte: em que medida é legítima a superação legislativa de entendimento firmado em Súmula Vinculante?

O sistema de precedentes vinculantes é uma estrutura essencial para a uniformização da jurisprudência e a estabilidade do direito em sistemas jurídicos. No entanto, a dinâmica complexa do direito e a constante evolução da sociedade muitas vezes requerem flexibilidade para acomodar mudanças emergentes. Nesse contexto, o fenômeno da reação legislativa se destaca como uma exceção ao sistema de precedentes vinculantes, permitindo que o Poder Legislativo responda de maneira ágil às demandas sociais e legisle de forma a adaptar o direito às novas realidades.

Os precedentes vinculantes são criados por tribunais superiores e estabelecem uma orientação obrigatória para casos futuros semelhantes. Esse sistema promove a estabilidade e a previsibilidade, garantindo que decisões judiciais sejam coerentes e

uniformes. No entanto, a rigidez excessiva dos precedentes vinculantes pode limitar a capacidade de resposta do sistema jurídico às mudanças na sociedade, na tecnologia e nas normas emergentes.

Nesse contexto, as Súmulas Vinculantes surgem como um instrumento de efetividade e segurança jurídica, buscando uniformizar o entendimento dos tribunais e conferir maior celeridade na resolução de questões repetitivas. Ressalta-se, entretanto, a necessidade de não ocorrer a vinculação do Poder Legislativo a esses precedentes como uma forma de evitar a fossilização do direito. Esse equilíbrio delicado entre estabilidade e flexibilidade é fundamental para garantir que o direito possa continuar a servir como uma ferramenta eficaz de justiça, adaptando-se às mudanças e protegendo os valores da sociedade em constante evolução.

Por essa razão, a reação legislativa ocorre quando o Poder Legislativo responde a decisões judiciais ou a eventos específicos por meio da criação ou modificação de leis. Esse fenômeno permite ao Legislativo agir de forma rápida e adaptável, suprimindo ou complementando precedentes judiciais que possam não ser mais adequados em face de novos cenários. A reação legislativa pode ocorrer em questões controversas ou quando a sociedade expressa a necessidade de regulamentação mais clara ou alterações legais.

A reação legislativa é uma exceção necessária ao sistema de precedentes vinculantes. Ela reconhece que, apesar da importância da estabilidade e da consistência jurídica, é igualmente crucial permitir que o Poder Legislativo ajuste as leis para refletir mudanças sociais, valores mutáveis e desenvolvimentos tecnológicos. A sociedade é dinâmica e as necessidades evoluem com o tempo; portanto, a rigidez dos precedentes pode não ser suficiente para lidar com todas as situações.

O equilíbrio entre precedentes vinculantes e reação legislativa é uma dança delicada entre a estabilidade e a flexibilidade. O sistema jurídico precisa manter uma base sólida de jurisprudência estável, mas também deve estar aberto a ajustes legislativos quando as circunstâncias exigirem. A reação legislativa permite que as leis se adaptem a uma sociedade em constante mudança, ao mesmo tempo em que os precedentes vinculantes estabelecem parâmetros claros para a tomada de decisões judiciais.

O fenômeno da reação legislativa oferece uma válvula de escape crucial para a rigidez do sistema de precedentes vinculantes. Essa exceção reconhece que o direito deve ser adaptável, capaz de acomodar transformações na sociedade e avanços normativos. Mantendo um equilíbrio sensato entre a estabilidade e a flexibilidade, a interação entre os precedentes vinculantes e a reação legislativa assegura que o sistema jurídico seja uma

ferramenta dinâmica para alcançar a justiça, ao mesmo tempo que se adapta às complexidades do mundo em constante evolução.

Esse foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento do Tema 477, em sede de repercussão geral. Ao estabelecer que, como regra, deve-se revisar ou cancelar enunciado de súmula vinculante quando ocorrer a revogação ou a alteração da legislação que lhe serviu de fundamento, a Corte firmou seu posicionamento pela legitimidade do Poder Legislativo de superar um entendimento firmado em sede de precedente vinculante.

De todo o exposto, extrai-se, portanto, a conclusão de que, em um ambiente democrático, é prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição, tanto em razão de uma perspectiva eminentemente político-democrática, quanto por uma visão calcada em considerações de ordem, essencialmente, institucional. Dessa maneira, torna-se imperioso ao Judiciário reconhecer que, em razão do princípio da separação dos poderes e do democrático sistema dos *checks and balances*, os outros atores políticos institucionais possuem um papel igualmente legítimo e relevante na construção dos significados constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado** / Darcy Azambuja: prefácio Alexandre de Oliveira Torres Carrasco. 4 edição rev. Amp. e atual. – São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 10.ago.2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105, de 16-3-2015**/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16.mar.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 18.ago.2023.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05.out.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: 18.ago.2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal.** Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre.** Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30 de agosto de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.116.485 Rio Grande Do Sul.** Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357465237&ext=.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Como não fazer um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito** / Salo de Carvalho. – 3<sup>a</sup> Edição. – São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional e a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo, SaraivaJur, 2021.

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional: Inconstitucionalidades no Novo CPC/2015.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 10.ago.2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *Common Law* e o precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil ( Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>> . Acesso em: 16.ago.2023.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. 42ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.



## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA – UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

**LANNA GUERRA GAZITO:**

Assistente de apoio aos gestores de unidades judiciárias. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una<sup>102</sup>.

**MARIA VICTORIA MÁXIMO RIBEIRO**<sup>103</sup>

(coautora)

**RESUMO:** A revisão bibliográfica enfatiza a importância da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica no Brasil, comprovando seu impacto positivo na conscientização e melhoria das políticas de proteção às mulheres. O presente estudo teve como objetivo analisar a efetividade da Lei Maria da Penha na prevenção e combate à violência doméstica contra a mulher no Brasil. A metodologia utilizada foi a revisão da literatura. O trabalho beneficia pesquisadores, legisladores e a sociedade em geral. Os resultados destacaram que os movimentos feministas são muito importantes no Brasil, além disso a Lei Maria da Penha é uma importante ferramenta pública, mas requer esforços contínuos para promover a igualdade de gênero e a erradicação da violência doméstica no Brasil. A conclusão principal é que a Lei Maria da Penha tem sido eficaz em seu propósito de proteger as mulheres contra a violência doméstica e promover a igualdade de gênero. No entanto, é importante manter o compromisso contínuo com a sua aplicação, conscientização e aprimoramento, bem como explorar áreas de pesquisa futura, como a análise dos desafios regionais na implementação e o impacto específico em diferentes grupos de mulheres. A revisão destaca a importância de uma sociedade engajada na luta contra a violência de gênero e do aprofundamento de nosso entendimento para continuar avançando em direção a uma sociedade mais justa e igualitária.

**Palavras-Chave:** Violência Doméstica. Mulheres. Direito. Lei Maria da Penha.

**ABSTRACT:** The literature review emphasizes the importance of the Maria da Penha Law in combating domestic violence in Brazil, proving its positive impact on raising awareness and improving policies to protect women. The present study aimed to analyze the

---

102 E-mail: [lannaggazito@outlook.com](mailto:lannaggazito@outlook.com)

103 Discente do curso de Direito do Centro Universitário Divinópolis da Una Divinópolis. E-mail: [mavimaximo@gmail.com](mailto:mavimaximo@gmail.com)

effectiveness of the Maria da Penha Law in preventing and combating domestic violence against women in Brazil. The methodology used was literature review. The work benefits researchers, policymakers and society in general. The results highlighted that feminist movements are very important in Brazil, in addition the Maria da Penha Law is an important public tool, but requires continuous efforts to promote gender equality and the eradication of domestic violence in Brazil. The main conclusion is that the Maria da Penha Law has been effective in its purpose of protecting women against domestic violence and promoting gender equality. However, it is important to maintain ongoing commitment to its application, awareness and improvement, as well as exploring areas of future research, such as analyzing regional challenges in implementation and the specific impact on different groups of women. The review highlights the importance of a society engaged in the fight against gender-based violence and deepening our understanding to continue moving towards a more just and equal society.

**Keywords:** Domestic Violence. Women. Right. Maria da Penha Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é um complexo que engloba uma variedade de comportamentos abusivos, como agressões físicas, psicológicas, sexuais e patrimoniais. Infelizmente, essa forma de violência ocorre com frequência alarmante no Brasil, afetando milhares de mulheres todos os anos. No entanto, a Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, representa um marco importante na luta contra a violência doméstica no país. Essa legislação foi nomeada em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, uma mulher que passou anos de violência conjugal e se tornou símbolo de resistência e luta (SILVEIRA *et al.*, 2021).

A Lei Maria da Penha possui um conjunto público abrangente de medidas legais e políticas que visam prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher. Entre os aspectos mais relevantes estão a criação de juízes especializados, a garantia de medidas protetivas de urgência, o estabelecimento de penas mais rigorosas para os agressores e a promoção de programas de educação e conscientização sobre os direitos das mulheres (DINIZ; GUMIERI, 2016).

Segundo Pereira (2021), é preciso considerar a importância da educação e da conscientização da sociedade em geral sobre a violência doméstica e a igualdade de gênero. Desta forma questiona-se: Como a Lei Maria da Penha pode ser mais inventiva e aplicada no Brasil para prevenir e combater a violência doméstica contra a mulher, especialmente em contextos sociais e culturais que perpetuam a desigualdade de gênero e a subjugação da mulher?

Uma das hipóteses é que a Lei Maria da Penha pode ser mais inovadora e aplicada no Brasil através de uma maior capacitação e sensibilização dos profissionais que atuam na rede de atendimento às vítimas de violência doméstica. Outra hipótese é que a implementação efetiva da Lei Maria da Penha possa ser alcançada através da conscientização da sociedade sobre a gravidade da violência doméstica e a importância da igualdade de gênero. Uma terceira hipótese é que a Lei Maria da Penha pode ser mais inventiva e aplicada no Brasil através de uma maior alocação de recursos, incluindo a ampliação do acesso às vítimas a serviços de apoio e proteção e o fortalecimento da rede de atendimento às vítimas de violência doméstica.

O presente artigo teve como objetivo geral: analisar a efetividade da Lei Maria da Penha na prevenção e combate à violência doméstica contra a mulher no Brasil. Para tanto, os objetivos específicos foram: Identificar as principais mudanças na legislação brasileira relativas à violência doméstica contra a mulher, com enfoque na Lei Maria da Penha; Investigar as causas e consequências da violência doméstica contra a mulher no contexto brasileiro, com base em estudos e dados estatísticos; Descrever a contribuição da sociedade civil, dos movimentos feministas e de organizações não governamentais no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, em consonância com a Lei Maria da Penha.

## **2 METODOLOGIA**

Este estudo foi uma pesquisa bibliográfica que analisou fontes como livros, artigos científicos, teses e dissertações relacionadas ao tema pesquisado. De acordo com Lima et al. (2022), uma revisão sistemática da literatura era uma metodologia de pesquisa que buscava reunir e analisar de forma sistemática os resultados de estudos publicados sobre um tema ou questão específica, a fim de sintetizar as principais evidências e identificar lacunas de conhecimento sobre o assunto em questão.

O instrumento de coleta de dados foram bases de dados eletrônicos como o Google Acadêmico, *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), Portal Capes e artigos que estavam relacionados ao tema, por meio das seguintes palavras-chave: “mulher”; “violência”; “Lei Maria da Penha”. Foram considerados para esta pesquisa artigos publicados nos últimos 10 anos, ou seja, de 2013 a 2023.

A seleção dos artigos com critérios de inclusão que incluíram a disponibilidade integral em formato eletrônico e os dados de publicação entre 2015 e 2023, excluindo artigos de revisão literatura, duplicatas e aquelas que não estavam relacionadas à temática de pesquisa.

Quanto aos procedimentos, classificou-se como pesquisa descritiva e qualitativa. Segundo Gil e Vergara (2015), a pesquisa qualitativa é um método de investigação que se concentra em explorar e compreender as experiências, perspectivas e significado dos participantes em um ambiente naturalista, para tanto, seu objetivo principal era gerar conhecimento descritivo e interpretativo sobre o treinamento.

Nunes, Nascimento e Luz (2016) comentam que a pesquisa descritiva é um tipo de estudo que tem como objetivo descrever características, comportamentos ou comportamentos de uma determinada população ou amostra. Foi realizado por meio de técnicas de coleta de dados, como questionários, entrevistas, observação e análise de documentos, com o intuito de identificar padrões, tendências e correlações. Seu foco foi na descrição e análise dos dados coletados, e não na busca de explicações causais.

Os dados coletados foram analisados pelo pesquisador e incluídos para a revisão, de forma que conseguiram atingir os objetivos propostos.

Para garantir a integridade e confiabilidade da pesquisa bibliográfica, foi necessário seguir algumas diretrizes éticas. Isso incluiu uma seleção de fontes confiáveis e relevantes, respeito aos direitos autorais e preservação da privacidade dos envolvidos, observando as normas éticas determinadas pela instituição de pesquisa.

### **3 REFERENCIAL TEÓRICO**

Neste capítulo, foram explorados os desafios e obstáculos enfrentados na implementação e aplicação efetiva da Lei Maria da Penha no Brasil, especialmente em contextos sociais e culturais que perpetuam a desigualdade de gênero e a subjugação da mulher.

#### **3.1 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA**

A violência doméstica contra a mulher é um problema sério e recorrente no Brasil, com consequências devastadoras para as vítimas e para a sociedade como um todo. As causas desse tipo de violência são diversas e complexas, envolvendo fatores sociais, culturais e psicológicos. Entre as principais causas de violência doméstica contra a mulher estão a desigualdade de gênero e a cultura machista, que atribui aos homens o papel de provedores e detentores do poder nas relações familiares e sociais.

Além disso, a falta de educação e informação sobre direitos humanos e igualdade de gênero, bem como o consumo excessivo de álcool e drogas, são fatores que provocaram a perpetuação da violência doméstica. As consequências da violência doméstica contra a mulher são graves e podem incluir lesões físicas, traumas psicológicos,

depressão, ansiedade, problemas de saúde mental e até mesmo a morte. Além disso, a violência doméstica pode afetar a capacidade da vítima de trabalhar e estudar, bem como de manter relações sociais e familiares saudáveis.

Dados estatísticos mostram a dimensão do problema da violência doméstica contra a mulher no Brasil. Segundo o Atlas da Violência de 2020, entre 2008 e 2018, foram registrados mais de 305 mil homicídios dolosos de mulheres no país, sendo que a grande maioria das mortes foi cometida por parceiros ou ex-parceiros das vítimas. Além disso, dados do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos mostram que, em 2020, foram registradas mais de 105 mil denúncias de violência contra a mulher em todo o país, com a pandemia da COVID-19 levando ao aumento dos casos de violência doméstica.

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, tem como principal objetivo coibir e evitar a violência doméstica contra mulheres no Brasil. Com a criação de políticas públicas de combate à violência de gênero, medidas assistenciais, ações protetivas de urgência e a adoção de rito especial de maior efetividade e celeridade processual, a Lei mostrou-se ser o principal microssistema de enfrentamento à violência contra a mulher no âmbito familiar ou doméstico (BRASIL, 2006).

Cumprе ressaltar que a Lei abrange a violência que ocorre no âmbito das relações domésticas, ou seja, que se qualifique como violência de gênero em desfavor da mulher. Nesse sentido a Lei Maria da Penha está dividida em 46 artigos que foram organizados em sete títulos, possibilitando maneiras para prevenir e refrear a violência doméstica e familiar contra a mulher em concordância com a Constituição Federal de 1988 no artigo 226, parágrafo 8 (BRASIL, 2006).

Segundo Dias (2018) sua criação teve início com a dolorida história de Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica casada com um professor universitário e economista. Eles viviam em fortaleza na capital do estado do Ceará, e tiveram três filhas. Além das inúmeras agressões que Maria da Penha foi vítima, ocorreram duas de modo particular em que o marido tentou matá-la.

Em 29 de maio de 1983, Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de assassinato pelo seu marido Marco, que a deixou paraplégica. Após passar por diversas cirurgias e complicações, em 1991 ocorreu a sessão do Tribunal de Júri que o condenou pela tentativa de homicídio, mas o julgamento foi anulado. Em 1998, Maria da Penha conseguiu que seu caso fosse analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, devido à demora do Judiciário brasileiro em responsabilizar Marco pela violência cometida (DIAS, 2018)

No caso Maria da Pena, em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que o governo brasileiro adotasse medidas para coibir a violência doméstica contra a mulher. Por isso, o governo brasileiro promulgou a Lei 11.340/06, que dispõe sobre a repressão à violência doméstica contra a mulher, como a Lei Maria da Pena. Em 2008, o Estado também concedeu a Maria da Pena uma indenização material de R\$ 60.000,00 (FERNANDES, 2015).

A Lei Maria da Pena foi criada no Brasil como resultado do caso e estabelece um tratamento mais rigoroso para casos de agressão à mulher. Maria da Pena afirmou que "dinheiro nenhum pode pagar a dor e a humilhação das últimas duas décadas de sua luta por justiça". A Lei Maria da Pena, Lei n. 11.340/2006, foi criada como um instrumento jurídico eficaz para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (FERNANDES, 2015).

Esse é o resultado da mobilização do movimento feminista brasileiro, que condena a violência contra a mulher desde a década de 1970. De acordo com essa lei, a violência doméstica contra a mulher passa a ser uma questão de Estado, não apenas da esfera privada. A Lei Maria da Pena representa um importante conquista na luta contra a violência de gênero no Brasil (LISBOA, 2014)

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Pena, tem como objetivo coibir e evitar a violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Seus artigos 1º, 2º e 3º especificam essa intenção, estabelecendo medidas para criação de Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher, proteção às vítimas de violência doméstica e garantia dos direitos humanos fundamentais das mulheres (BRASIL, 2006).

O Artigo 2º da Lei garante que todas as mulheres, independentemente de sua classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, grau de instrução, idade ou religião, têm direitos humanos fundamentais que garantem a oportunidade e a facilidade de viver livre de violência. A Lei Maria da Pena busca garantir às mulheres o exercício efetivo de seus direitos fundamentais à vida, segurança, saúde, alimentação, educação, cultura, moradia, acesso à justiça, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade e respeito (BRASIL, 2006).

A norma cria ferramentas para a proteção e acolhimento emergencial de mulheres em situação de violência, isolando-as de seus agressores, e prevê mecanismos para garantir assistência social e psicológica às vítimas e resguardar seus direitos patrimoniais e familiares. Além disso, propõe a melhoria e eficácia da assistência jurídica mútua e dá exemplos de atendimento aos agressores (SILVEIRA *et al.*, 2021).

O artigo 8º da Lei Maria da Penha estabelece medidas preventivas para combater a violência contra as mulheres, incluindo a integração operacional de diversos setores governamentais, a realização de pesquisas e estatísticas sobre as causas e frequência da violência, atendimento policial especializado, campanhas educativas, treinamento em questões de gênero e raça, promoção de programas educativos e ênfase em conteúdos relacionados a direitos humanos, igualdade de gênero e raça nos currículos escolares. O objetivo dessas medidas é promover a igualdade de gênero, prevenir e erradicar a violência doméstica contra as mulheres e garantir seus direitos humanos fundamentais (BRASIL, 2006).

Como se pode observar, a Lei Maria da Penha desde sua criação traz inúmeras inovações e benefícios para as mulheres se protegerem da violência doméstica que são acometidas a elas pelos seus parceiros. Lisboa (2014) ressalta a necessidade não só de mudanças sociais, mas também comportamental na sociedade, a respeito da violência doméstica contra as mulheres

De acordo com Diniz e Gumieri (2016), a Lei Maria da Penha instituiu uma política pública com foco de gênero, com regras de interpretação autônomas e mecanismos extrapenais. A legislação estabeleceu a criação de juzizados especializados em violência doméstica e familiar, com equipes multidisciplinares, e medidas integradas de prevenção por meio de educação, capacitação profissional e reflexão crítica sobre representações sociais e midiáticas de gênero.

Um dos dispositivos mais relevantes da Lei Maria da Penha é a implementação de medidas protetivas de emergência (THEMIS, 2017). Essas medidas preventivas visam assegurar a integridade física, psíquica, moral e material das mulheres vítimas de violência, de modo a proporcionar-lhes as condições mínimas para buscar intervenção judicial quando forem violentadas (DINIZ; GUMIERI, 2016).

De acordo com a Lei Maria da Penha, houve mudanças significativas na punição do agressor, com medidas preventivas e penas mais severas. Além disso, a lei estabelece a criação de juzizados especializados em violência doméstica e familiar, com equipes multidisciplinares de atendimento às mulheres. A política visa a combater a violência contra a mulher através de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados e dos Municípios. A efetividade da aplicação da lei envolve o trabalho conjunto da Autoridade Policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário (DINIZ; GUMIERI, 2016).

Desse modo, pode-se dizer que a busca de Maria da Penha por justiça é semelhante à de muitas mulheres presas em um ciclo vicioso e cruel de violência doméstica. Ao longo

da história, as mulheres foram consideradas fracas, baseadas em ideias de feminilidade pacífica, dependência e submissão aos maridos, pais e irmãos. Como resultado, a violência é entendida como uma forma de domesticação que coloca a mulher em seu devido lugar (THEMIS, 2017).

### 3.2 AS MODIFICAÇÕES DA LEI E LEGISLAÇÕES COMPLEMENTARES

Ao completar quinze anos em 2021, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/0613) se consolida como a principal medida de combate à violência contra a mulher no Brasil. A agressão doméstica e familiar à mulher é considerada uma violação dos direitos humanos. Apesar de ter sido revisada várias vezes, a Lei ainda não foi capaz de frear os altos índices de mulheres agredidas, violentadas e assassinadas. É urgente a necessidade de mudanças substanciais, principalmente na sua aplicação, com o objetivo de torná-la mais efetiva e reduzir a incidência de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006)

Nos últimos quatro anos, as mudanças mais significativas na Lei Maria da Penha foram incluídas nos seus artigos. Por exemplo, a Lei nº 13.505/201714 acrescentou o Artigo nº 10-A à Lei Maria da Penha, o qual assegura às mulheres em situação de violência doméstica e familiar o atendimento prioritário por policiais e peritos do sexo feminino. Além disso, essa lei proíbe o contato entre a vítima, seus familiares e testemunhas com o agressor ou pessoas relacionadas (BRASIL, 2017).

Em 2018, foi sancionada a Lei nº 13.641/201815, que considera o descumprimento de medidas protetivas de urgência como um crime, sujeito a uma pena de detenção de três meses a dois anos. A Lei nº 13.772/201816 também foi aprovada, e ela criminaliza o registro não autorizado de conteúdo sexual ou com nudez, punindo os infratores com detenção de seis meses a um ano e multa. A Lei 13.718/201817 (Lei de Importunação Sexual, que não faz parte das alterações da Lei Maria da Penha) modificou o Artigo 215 (BRASIL, 2018).

A Lei nº 2.848/194018, tornando crime o ato de praticar ato libidinoso sem a anuência da outra pessoa, com o objetivo de satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiros. A Lei nº 13.827/201819 estabelece medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas por Delegados de Polícia ou policiais, com a aprovação posterior do Poder Judiciário. A Lei nº 13.836/201820 torna obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência nos boletins da vítima (BRASIL, 2018).

No que se refere às mudanças na Lei Maria da Penha, o ano de 2019 foi marcado por importantes alterações. A Lei nº 13.880/201921 estabeleceu a possibilidade de apreensão de qualquer arma de fogo em posse do agressor, por ordem judicial. Já a Lei nº 13.882/201922 tornou prioritário o direito das mulheres vítimas de violência em matricular



seus filhos em instituições de ensino próximas às suas residências. Além disso, a Lei nº 13.871/2019 instituiu a obrigatoriedade de ressarcimento ao Estado pelos gastos com atendimento médico da vítima pelo agressor, bem como permitiu o uso de dispositivos de segurança para monitorar o agressor e a vítima em caso de perigo iminente (BRASIL, 2019).

No ano de 2020, a Lei nº 13.984/2020 introduziu duas novas medidas protetivas para combater a violência doméstica/familiar. A nova lei estabelece que se o agressor não frequentar o centro de educação e reabilitação, isso constituirá um novo crime e será necessário um acompanhamento psicossocial obrigatório (BRASIL, 2020). A alteração mais recente foi a Lei nº 14.188/2021, sancionada em 28 de julho de 2021, que modifica a Lei Maria da Penha e o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de agosto de 1940. Agora, o Art. 147-B criminaliza a violência psicológica contra as mulheres (BRASIL, 2021).

Considerando as diversas alterações e futuras mudanças, é fundamental que a Lei Maria da Penha seja divulgada para todas as mulheres, para que conheçam seus direitos caso sofram violência doméstica ou familiar. Além das alterações e acréscimos à Lei nº 11.340/2006, há leis complementares que contribuem para a proteção da mulher, como a Lei Carolina Dieckmann (12.737/2012), a Lei do Minuto Seguinte (12.845/2013), a Lei Joana Maranhão (12.650/2015) e a Lei do Feminicídio (13.104/2015) (BACH, 2021).

### 3.3 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

De acordo com Collins (2019), a partir da década de 1970, ocorreram mudanças significativas no âmbito nacional que alteraram o papel do Estado em relação à visibilidade dos direitos das mulheres enquanto cidadãs e o movimento feminista, que inicialmente levantou reivindicações e contribuiu para essas discussões, atuou em várias frentes, incluindo a resistência contra a ditadura e colaborando no processo de redemocratização do Brasil por meio da luta por políticas públicas que enfrentassem as desigualdades de gênero.

Segundo Lima (2018), o conceito de política pública é abrangente e compreende um conjunto de ações do Estado com objetivos específicos, que resultam em decisões para solucionar problemas da sociedade. A autora destaca que as políticas públicas são fruto de um processo que envolve diversas partes, como governantes, legisladores, eleitores, administração pública, grupos de interesse, público-alvo e organismos transnacionais. As políticas públicas tiveram origem nos Estados Unidos com foco nas ações governamentais, mas sem discussões teóricas sobre o papel do Estado, diferentemente da Europa que enfatizava análises sobre as instituições estatais.

No Brasil, a visibilidade dos estudos de políticas públicas cresceu nos anos 90, com uma nova configuração do papel do Estado, objetivando a recuperação econômica e a implantação de sistemas de proteção social frente às demandas dos movimentos trabalhistas. Com a redemocratização, diversos movimentos sociais surgiram, incluindo os movimentos feministas, que atuaram contra a ditadura e a favor da democracia, reivindicando direitos de cidadania diante da Constituinte e criticando a omissão do Estado em relação aos direitos das mulheres (LIMA, 2018).

Durante a década de 1980, foram apresentadas propostas para estabelecer novos espaços de diálogo entre o Estado e a sociedade civil, com o objetivo de combater a discriminação de gênero e garantir igualdade de direitos em diversos setores, como política, economia e cultura, por meio da implementação de políticas públicas. Como resultado dessas lutas, foram criados vários órgãos governamentais e programas direcionados aos direitos das mulheres (MEDEIROS, 2018).

No entanto, ainda de acordo com Medeiros (2018), o reconhecimento dessas iniciativas não significa que atenderam às expectativas do movimento das mulheres. Apesar dos documentos internacionais que reconhecem a necessidade de rever a atuação dos Estados em relação às mulheres, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979 e a III Conferência Mundial da Mulher em Nairóbi em 1985, que comprometeram os países signatários a formularem e implementarem políticas públicas para a eliminação das desigualdades de gênero.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas, permitindo maior descentralização política e administrativa, além da municipalização, que possibilitou maior participação da população na formulação das políticas públicas. O artigo 204 da Constituição estabelece as diretrizes para a organização dessas políticas.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações

representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 1988).

Em 2003, foi criada a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM) pelo governo federal do Brasil, com o objetivo de estabelecer políticas voltadas para as mulheres, especialmente as que sofrem violência. A SPM implementou planos nacionais de combate à violência contra mulheres, o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e o Programa Mulher, Viver sem Violência, que promoveu a capacitação de agentes públicos para prevenção e atendimento, criação de normas e padrões de atendimento, aperfeiçoamento da legislação, projetos educativos e culturais de prevenção à violência e a ampliação do acesso de mulheres à justiça e serviços relacionados à Segurança Pública (FONSECA, 2021).

A Lei Maria da Penha de 2006 tipificou a violência contra a mulher e trouxe inovações para o enfrentamento da violência de gênero. A lei reforça a necessidade de serviços especializados para atender casos de violência doméstica contra a mulher e alerta para a responsabilidade do governo na implementação de políticas públicas de combate à violência contra a mulher. As políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade de gênero e o combate à violência contra as mulheres foram resultado da pressão dos movimentos feministas e outros movimentos sociais. No entanto, apesar dessas políticas, ainda é necessário garantir a proteção das mulheres, modificar as relações de poder e possibilitar o acesso a essa proteção de forma concreta (FONSECA, 2021).

Ao falar do papel do Estado em proteger os direitos individuais e coletivos, é importante destacar que há diversas definições de Estado aceitas, mas a predominante atualmente é aquela que o vê como uma necessidade natural do ser humano, que inclui sua consciência e vontade, como apontado por Dallari (2011). Para o autor, o contratualismo de Rousseau teve uma grande influência na ideia moderna de democracia, pois o Estado corrige a desigualdade natural entre os homens, tornando-os iguais por convenção e direito.

A concepção contemporânea de direitos humanos nasceu com a Declaração Universal de 1948 e foi fortalecida pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, como resultado das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, na qual o Estado violou os direitos humanos. O objetivo de criar vários instrumentos jurídicos de proteção a direitos fundamentais é ampliar e fortalecer os direitos humanos, oferecendo proteção às vítimas em casos concretos. Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos trabalham em conjunto com os sistemas nacionais para garantir a dignidade humana (FONSECA, 2021).

Piovesan (2004) destaca que é preciso políticas específicas para a proteção dos direitos humanos, que devem ser universais e indivisíveis, mas considerando a diversidade de cada grupo de pessoas. É necessário dar uma resposta diferenciada e específica para as vítimas de exclusão, como mulheres, crianças, população afrodescendente, migrantes e portadores de deficiência, entre outros.

Dias e Matos (2012) afirmam que as políticas públicas são um conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais, para garantir e embasar a efetivação dos direitos codificados na Constituição Federal de 1988. Para isso, é necessário um processo de decisão nos governos com a participação da sociedade civil, estabelecendo meios, agentes e fins das ações a serem realizadas para atingir os objetivos estabelecidos. As políticas públicas têm como função possibilitar o acesso aos direitos fundamentais, incluindo o acesso a esses direitos para mulheres vítimas de violência, respeitando os direitos adquiridos.

### 3.4 O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha ressalta a importância da participação da sociedade civil no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, como demonstrado no parágrafo 2º do artigo 3º e no inciso VI do artigo 8º. Além disso, o artigo 37 da Lei permite que associações atuem na defesa dos direitos transindividuais. Assim, as organizações da sociedade civil, frequentemente lideradas por mulheres, podem buscar a proteção judicial e pleitear políticas públicas de prevenção e assistência previstas na Lei (DALL'AGNOL, 2017). Cohen e Arato (2000, p. 8) explicam que a sociedade civil é composta por associações, movimentos sociais e comunicação pública, e é uma esfera de interação social entre a economia e o Estado.

Segundo Oliveira e Haddad (2001), a sociedade civil é a população de cidadãos, composta por diversas formas de organização e expressão, com ou sem fins lucrativos, legalmente constituídas ou informais, que faz contraponto com o Estado.

A expressão "sociedade civil organizada" refere-se à crescente participação dos cidadãos em assuntos antes exclusivos à esfera pública, promovendo causas de interesse geral e justiça social. O uso de "organizações da sociedade civil" se popularizou para se referir aos atores coletivos que expressam causas e interesses difusos da população, sendo uma dimensão política da sociedade e agente de reforma nas sociedades democráticas (SILVEIRA *et al.*, 2021).

Grupos engajados na luta pelos direitos humanos, igualdade de gênero e melhores condições de vida têm formado entidades dedicadas ao amparo de mulheres vítimas de violência doméstica. Esses ativistas e voluntários estão empenhados em combater todas as

formas de violência e violações dos direitos humanos das mulheres. Atualmente, em conjunto com outros grupos da sociedade civil, como organizações não-governamentais, esses movimentos têm trabalhado para garantir a aplicação efetiva da Lei Maria da Penha, em resposta à falta de assistência do Estado (GONÇALVES, 2013).

O movimento feminista e de mulheres tem acompanhado a atuação do governo e tomado ações para promover a implementação da Lei Maria da Penha. A Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), por exemplo, realiza videoconferências desde 2006 para discutir a lei e apresentar relatórios sobre sua implementação. Além disso, a AMB promoveu duas edições da Comitiva em defesa da Lei Maria da Penha, a fim de pressionar os poderes públicos e conscientizar a sociedade. A campanha "Mexeu com a Lei Maria da Penha, mexeu com todas as mulheres: a Lei precisa de recursos e não de mudanças" foi lançada como resultado da Comitiva (CALAZANS, CORTES, 2011).

A AMB foi criada em 1994 com o objetivo de coordenar as ações dos movimentos feministas brasileiros para consolidar o seu papel político na IV Conferência Mundial sobre a Mulher - Igualdade, Desenvolvimento e Paz (ONU, 2017). A organização é feminista, antirracista, não partidária e luta contra todas as formas de violência contra as mulheres, tanto em espaços institucionais quanto em relações interpessoais. A AMB promove a auto-organização das mulheres e dos seus movimentos para lutar contra a dominação, opressão e exploração das mulheres, e por transformações em uma sociedade que garanta e promova a liberdade das mulheres, incluindo o direito à participação política plena, autonomia e vida sem violência.

O Observatório para Implementação da Lei Maria da Penha é uma instância autônoma da sociedade civil que visa identificar avanços e dificuldades para a efetiva aplicabilidade da Lei, produzindo e divulgando informações que subsidiem políticas públicas e ações políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres. Já a organização THEMIS, com sede em Porto Alegre, atua na promoção de uma rede de apoio e enfrentamento para defender os direitos fundamentais das mulheres e ampliar as condições de acesso à justiça (THEMIS, 2017)

A organização THEMIS atua no enfrentamento à discriminação contra as mulheres no sistema de justiça, por meio do fortalecimento do conhecimento das mulheres sobre seus direitos e o sistema de justiça, da realização de diálogos com operadores do Direito e da proteção jurídica em casos estratégicos. Para isso, criou o Programa de Formação de Promotoras Legais Populares e realiza seminários, cursos e publicações que trazem a teoria feminista do Direito para o debate jurídico local (THEMIS, 2017).

O Coletivo Feminino Plural é uma ONG feminista em Porto Alegre que foi criada em 1996 por mulheres que lutam pelos direitos humanos e a cidadania das mulheres. A organização se envolve em movimentos de mulheres, estabelecendo conexões em níveis local, regional, nacional e internacional e trabalhando para a implementação de políticas públicas e o respeito aos acordos nacionais e internacionais de direitos humanos das mulheres, com o objetivo de acabar com todas as formas de violência e discriminação (DALL'AGNOL, 2017).

O grupo busca capacitar as mulheres para que possam ter poder e tomar decisões, e participa de espaços de poder e decisão, além de monitorar convenções e tratados internacionais. A CLADEM é uma organização sem fins lucrativos que busca defender e promover os direitos humanos das mulheres na região, através de uma perspectiva feminista e crítica do direito. Seu trabalho envolve o litígio internacional, monitoramento dos Estados e fortalecimento das capacidades de suas integrantes para análise e argumentação jurídico-política, além de concertar agendas e desenvolver estratégias e cursos de ação para a ação política local e regional (DALL'AGNOL, 2017).

Ainda segundo a autora, a organização também tem um Comitê de Gestão que assessora a Coordenadora Regional, avaliando e supervisionando o desenvolvimento dos planos nacionais. A CLADEM também se dedica a fortalecer a implementação da Lei Maria da Penha, bem como monitorar o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos. Observa-se que uma das maiores dificuldades das políticas públicas de combate à violência contra a mulher reside na necessidade de monitorar as ações adotadas pelo governo estadual e municipal.

Para avaliar a eficácia dessas ações, é preciso estabelecer uma comunicação contínua entre as autoridades governamentais e a sociedade civil, incluindo grupos de mulheres, redes e outras organizações não governamentais e comunitárias. É fundamental acompanhar a autonomia desses grupos e trabalhar em colaboração com o governo para efetivar a implementação da Lei Maria da Penha e outras políticas públicas. Para isso, a sociedade civil, especialmente o movimento de mulheres e feminista, pode criar instrumentos que fortaleçam o controle social e a aplicação da lei, por fim, fica evidente que a luta contra a violência de gênero ainda é um processo longo.

#### **4 RESULTADOS E DISCUSSÕES**

Segundo Themis (2017), a hipótese levantada nesse estudo de que a capacitação e sensibilização dos profissionais que atuam na rede de atendimento às vítimas de violência doméstica pode tornar a lei mais inovadora e eficaz faz todo sentido. Investir na formação desses profissionais, como policiais, assistentes sociais e profissionais de saúde, pode

garantir um tratamento mais adequado e sensível às vítimas, tornando o processo de denúncia e proteção mais eficaz.

A segunda hipótese ressalta a importância da conscientização da sociedade sobre a gravidade da violência doméstica e a necessidade de igualdade de gênero. Para Fonseca (2021), isso pode ser um fator importante na prevenção da violência e na promoção de uma cultura de respeito e igualdade. Educar a sociedade sobre essas questões pode levar a uma diminuição no número de casos de violência doméstica, tornando a Lei Maria da Penha mais eficaz ao lidar com um menor número de incidentes.

A terceira hipótese aborda a questão dos recursos, diminuindo que uma maior alocação de recursos, incluindo a ampliação do acesso aos serviços de apoio e proteção e o fortalecimento da rede de atendimento, poderia tornar a lei mais eficiente. Lima (2018) destaca que já que muitas vítimas enfrentam obstáculos na busca de ajuda. Garantir que haja recursos disponíveis para apoiar as vítimas e para garantir a aplicação eficaz da lei é fundamental para o seu sucesso.

Nessa perspectiva, o quadro 1 resume algumas das principais mudanças na legislação brasileira relacionadas à violência doméstica contra a mulher, com foco na Lei Maria da Penha:

Quadro 1 – Mudanças Na Legislação Brasileira Relativas à violência

<b>Ano</b>	<b>Mudança na Lei Maria da Penha</b>	<b>Descrição</b>
2006	Promulgação da Lei Maria da Penha	A Lei nº 11.340/06 criou mecanismos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.
2015	Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/15)	Acrescentou o feminicídio como modernização do homicídio, aumentando as penas.
2015	Medidas de proteção de urgência	Ampliou o escopo das medidas protetivas que podem ser concedidas a mulheres em situação de violência.

2018	Tipificação do <i>stalking</i> (perseguição obsessiva)	Inclui o crime de perseguição obsessiva no Código Penal, protegendo vítimas de perseguição.
2019	Prisão preventiva mais rigorosa para agressores	Estabeleceu que a prisão preventiva pode ser decretada mesmo sem exigência da vítima.
2020	Ampliação do alcance da Lei Maria da Penha	A lei foi alterada para abranger outras formas de violência, como a violência psicológica.

Fonte: elaborado pelas próprias autoras, 2023.

Segundo o Sinan (2020), em 2020, o Brasil registrou um aumento no número de casos de violência doméstica. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, houve 648 feminicídios no país em 2020, um aumento de 1,9% em relação ao ano anterior. Além disso, o Ligue 180, canal de denúncias de violência contra a mulher, recebeu mais de 105 mil denúncias em 2020. Esses números destacam a persistência do problema da violência doméstica no Brasil.

Entre as principais causas estão fatores culturais, sociais e econômicos. A cultura machista, a desigualdade de gênero e a falta de educação sobre igualdade e respeito são consideradas para a perpetuação dessas características. Além disso, a situação econômica precária de muitas famílias, o alcoolismo e o uso de drogas por parte dos agressores, bem como a impunidade, também são fatores que favorecem a violência doméstica (SILVEIRA *et al.*, 2021).

As consequências da violência doméstica contra as mulheres são devastadoras. Além das lesões físicas e psicológicas imediatas, as vítimas sofrem frequentemente de traumas duradouros. A violência doméstica pode resultar em depressão, ansiedade, baixa autoestima e, em casos extremos, até mesmo na morte das vítimas (FONSECA, 2021).

Além disso, a violência tem um impacto significativo na sociedade como um todo, resultando em custos econômicos, de saúde e sociais. Apesar dos esforços das autoridades e organizações, a luta contra a violência doméstica no Brasil continua sendo um desafio complexo e de longo prazo, exigindo ações regionais em várias frentes para erradicar essa grave violação dos direitos das mulheres (FERNANDES, 2015).

Para Avelino (2020), o movimento feminista é uma luta contínua em todo o Brasil. Não está limitado a uma única localidade, mas tem raízes e ativistas em todo o país.



Grandes cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Recife têm fortes movimentos feministas, e há muitos grupos ativos em estados e municípios menores.

A Marcha das Margaridas é um movimento de mulheres trabalhadoras rurais que ocorre em Brasília. Acontece a cada quatro anos e reúne milhares de mulheres do campo, floresta e águas para lutar por seus direitos e contra a violência (MARCHA DAS MARGARIDAS,2023).

Embora originalmente tenha surgido na Argentina, o movimento "Ni Una Menos" foi incluído por países da América Latina, incluindo o Brasil. As manifestações "Ni Una Menos" ocorreram em diversas cidades brasileiras, como São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, com o objetivo de denunciar a violência contra as mulheres (PAGEL et al.,2020).

O movimento Marcha das Vadias teve origem no Canadá, mas também ganhou força no Brasil. Os protestos ocorreram em várias cidades, incluindo São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, para combater o machismo, a cultura do estupro e a violência contra a mulher (AGÊNCIA BRASIL, 2023).

Os movimentos feministas e as organizações não governamentais desempenham um papel de extrema importância na sociedade brasileira ao enfrentar a violência doméstica contra as mulheres. Eles são agentes de mudança fundamental, conscientizando a sociedade sobre a gravidade desse problema e orientados por políticas públicas que garantam a proteção e o empoderamento das mulheres (PAGEL et al.,2020).

Essas iniciativas não apenas fortalecem a aplicação da Lei Maria da Penha, mas também desafiam as normas de gênero arraigadas e promovem uma cultura de respeito e igualdade, que é fundamental para uma sociedade mais justa e segura para as mulheres (AVELINO,2020).

Além disso, esses movimentos desempenham um papel fundamental na educação e na conscientização, capacitando as mulheres a reconhecerem e denunciarem a violência doméstica, bem como educar a sociedade em geral sobre a importância da igualdade de gênero e dos direitos das mulheres (PAGEL et al.,2020).

Diante disso, a presença contínua e sua atuação incansável são essenciais para criar um ambiente em que as mulheres se sintam reforçadas, ouvidas e empoderadas, além de contribuírem para uma mudança cultural e institucional que visa erradicar a violência doméstica de forma mais ampla. Portanto, esses movimentos desempenham um papel crítico na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde as mulheres possam viver livres da violência e do medo (AVELINO,2020).

## 5 CONCLUSÃO

Nesta revisão bibliográfica, foi analisado a importância da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica no Brasil. Diversos estudos e pesquisas demonstram que a Lei Maria da Penha é fundamental na promoção dos direitos das mulheres e na luta contra a violência de gênero. Seus objetivos de prevenção, proteção e erradicação da violência têm sido alcançados, em parte, graças ao impacto na conscientização pública e na melhoria das políticas de proteção das mulheres.

Este trabalho tem o potencial de contribuir de várias maneiras. Primeiramente, atua como um lembrete da importância constante da Lei Maria da Penha e da necessidade de manter seu impacto positivo. Além disso, ressalta a urgência de fortalecer a aplicação da lei e de continuar a educação e sensibilização sobre a violência doméstica. Esse esforço beneficia não apenas pesquisadores, mas também legisladores, profissionais de saúde, assistência social e todos os cidadãos comprometidos com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Quanto às pesquisas futuras, uma área promissória de investigação pode ser uma avaliação dos desafios enfrentados na implementação da Lei Maria da Penha em diferentes regiões do Brasil, bem como uma análise do impacto das políticas de combate à violência de gênero em comunidades específicas. Além disso, seria relevante explorar o impacto da Lei Maria da Penha na vida das mulheres em situações de violência doméstica, levando em consideração fatores como idade, raça e classe socioeconômica. Compreender as nuances desse problema complexo é essencial para o desenvolvimento de estratégias de prevenção e combate à violência doméstica no país.

Por fim, a Lei Maria da Penha é um importante instrumento legal no enfrentamento da violência doméstica no Brasil, mas seu sucesso depende da vigilância constante, da educação e do apoio contínuo da sociedade civil e das instituições governamentais. Esta revisão bibliográfica destaca a necessidade de manter e fortalecer o compromisso com a proteção dos direitos das mulheres e o combate à violência de gênero, enquanto aponta para possíveis áreas de pesquisa futura que podem aprofundar nossa compreensão desse problema crítico e contribuir para uma sociedade mais igualitária e justa.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Marcha das Vadias protesta no Rio contra machismo e cultura do estupro.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/marcha-das-vadias-protesta-no-rio-contramachismo-e-cultura-do-estupro> acesso em 25 de outubro de 2023.

AVELINO, Victor Pereira. **As Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Doméstica**

**Contra Mulheres no Brasil:** a atuação dos Órgãos Estaduais de Segurança Pública e os Entraves à Implementação do Programa Estatal. 2020.

BACH, Aline Viviane et al. A LEI MARIA DA PENHA E SUAS MODIFICAÇÕES DESDE A SUA PROMULGAÇÃO EM 2006. **Anais do Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão**, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 36 ed. Senado Federal, 2020.

BRASIL. **Lei Maria da Penha:** Lei N.º11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.505**. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.641**. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.718**. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.772**. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2018/lei/L13772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/L13772.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.827**. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.836**. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.836%2C%20DE%204,de%20agress%C3%A3o%20dom%C3%A9stica%20ou%20familiar](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.836%2C%20DE%204,de%20agress%C3%A3o%20dom%C3%A9stica%20ou%20familiar). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.871**. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.880**. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.882**. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 13.984**. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm). Acesso em 12 de mai. 2023.

BRASIL. **Lei 14.188**. 2021 Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.188-de-28-de-julho-de-2021-334902612>. Acesso em 12 de mai. 2023.

CALAZANS, M.; CORTES, I. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha**. In: CAMPOS, C. H. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoría política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Disponível em: <https://jjsantibanez.files.wordpress.com/2009/09/arato-y-cohen-2000-sociedad-civil-y-teoria-politica.pdf> acesso em 12 de mai. 2023.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento feminista negro**: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. Boitempo editorial, 2019.

DALL' AGNOL, Bianca Rosado. **A efetividade da Lei Maria da Penha e a importância da sociedade civil no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2017. 52 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2017.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas**: Princípios, Propósitos e Processos, 1a.ed.. Rio de Janeiro: Atlas 2012

DINIZ, D.; GUIMERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. **Pensando a Segurança Pública**: Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública, Brasília, DF, v. 6, ed. 1, p. 205-231, 2016.

FERNANDES, M. P. **Sobrevivi...Posso contar**. Editora: Armazém da Cultura; 1ª edição. 2015.

FONSECA, Luciana Pinheiro. **A importância das políticas públicas no enfrentamento à violência contra a mulher**. Anima, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13474>. ) acesso em 12 de mai. 2023.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interameri-cana de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIL, Antonio Carlos; VERGARA, Sylvia Constant. **Tipo de pesquisa**. Universidade Federal de Pelotas. Rio Grande do Sul, 2015

LIMA, Luciana Leite; STEFFEN, Mariana Willmersdorf; D'ASCENZI, Luciano. Políticas públicas. Lima, Luciana Leite. D'Ascenzi, Luciano. **Políticas públicas, gestão urbana e desenvolvimento local** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Metamorfose, 2018. p. 35-82, 2018.

LIMA DANTAS, Hallana Laisa et al. Como elaborar uma revisão integrativa: sistematização do método científico. **Revista Recien-Revista Científica de Metodologia** v. 12, n. 37, p. 334-345, 2022

LISBOA, T. K. Violência de gênero, políticas públicas para o seu enfrentamento e o papel do serviço social. **Temporalis**, v. 14, nº 27, p. 33-56, 2014.

MARCHA DAS MARGARIDAS. **O que é a Marcha das Margaridas**. 2023. Disponível em: [https://transformatoriomargaridas.org.br/?page\\_id=139](https://transformatoriomargaridas.org.br/?page_id=139) acesso em 25 de outubro de 2023.

MEDEIROS, Luciene. Os contextos e o processo de inclusão das reivindicações dos movimentos de mulheres e feminista na agenda governamental. In: **Políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher** / organização Luciene Medeiros. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Letra Capital : PUC-Rio, Departamento de Serviço Social, 2018.

NUNES, GC; NASCIMENTO, M C D; ALENCAR, M A C. Pesquisa científica: conceitos básicos. ID on line. **Revista de metodologia científica**, v. 10, n. 29, p. 144-151, 2016.

OLIVEIRA, Anna Cynthia; HADDAD, Sérgio. As organizações da sociedade civil e as ONGs de educação. **Cadernos de Pesquisa**, v. 112, p. 61-87, 2001

ONU. Nações Unidas no Brasil. **O que são os direitos humanos?** Onu, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 21 mar.2023

PAGEL, Geovana Cleni et al. Redes feministas: movimentos de mulheres no século XXI a partir de suas insurgências nas redes sociais. 2020.

PEREIRA, Jaqueline Giselli, **Direitos humanos e educação: o combate à violência doméstica.** 2021.28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Pedagogia) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

PIOVESAN. Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos humanos.** Ano 1, nº1, 2004.

SEGAT, Juliana Lazzaretti. **Acesso das mulheres à justiça: uma reflexão sobre intervenções educativas com autores de violência doméstica.** 2021. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pelotas.

SILVEIRA, F. et al. **A importância da Lei Maria da Penha no combate à violência de gênero.** LexLatin, 2021.

## RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL NAS RELAÇÕES NA INTERNET

**CLÁUDIO MOISÉS RODRIGUES PEREIRA:**

Mestrado em Administração Pública (2016);  
Especialização em Direito Militar (2011);  
Especialização em Direito e Processual Penal  
(2012); Graduação em Direito (2012)<sup>104</sup>.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar como tem aplicação o direito civil nos danos morais nas relações que ocorrem na internet, buscando os principais doutrinadores e jurisprudência sobre a temática. Conclui-se que, ainda não é contado com uma legislação que discipline civil e penalmente os ilícitos que possua por objeto a internet, entretanto, conta-se com a proteção constitucional e civil. Assim, o Poder Judiciário não se esquivava da apreciação das causas, no entanto, vem tomando diversos posicionamentos, não existindo unicidade na jurisprudência, sendo que, as principais posições têm a preocupação na responsabilização apenas o usuário que causou o ano. Além do mais, pela própria lógica de transformação/evolução/mutações sociais e jurídicas, vale destacar que, o ordenamento jurídico nacional precisa ter aberturas a novas relações que venham a ter formação perante as pessoas, sendo que, a sociedade apresenta-se em constante evolução e com ela também alteram as interações humanas. É necessário fazer a boa utilização dos mecanismos legislativos para uma boa aplicação nas relações concretas, fazendo sua alteração, criação, atualização e aperfeiçoamento.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Dano Moral. Internet.

**Abstract:** The present work aims to analyze how civil law is applied in moral damages in relationships that occur on the internet, seeking the main scholars and jurisprudence on the subject. It is concluded that, it still does not have legislation that disciplines civil and criminal offenses that have the internet as its object, however, it has constitutional and civil protection. Thus, the Judiciary does not shy away from assessing the causes, however, it has been taking different positions, with no uniformity in the jurisprudence, and the main positions are concerned with blaming only the user who caused the year. Moreover, by the very logic of transformation/evolution/social and legal mutations, it is worth noting that the national legal system needs to be open to new relationships that come to be formed before people, and society presents itself in constant evolution and with it also alter human interactions. It is necessary to make good use of the legislative mechanisms for a good

---

104 e-mail: claudiopereiramat@gmail.com

application in concrete relations, making their alteration, creation, updating and improvement.

**Palavras-chave:** Civil Responsibility. Moral damage. Internet.

**Sumário:** Introdução. 1 Responsabilidade Civil e Dano Moral nas Relações na Internet. 1.1 Contratual e Extracontratual. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

A responsabilidade e os danos morais na internet caminham juntos no presente trabalho, de maneira que, os fatos em exposição se tornem concisos a essa nova demanda que tem surgimento sob forma e matéria. Assim, será visto estipulações legais, entendimentos das colendas turmas e jurisprudência sobre a temática.

Neste contexto, para os danos morais que resultam dos crimes que são cometidos dentro da esfera civil, não existe conglomeração criminalista, sendo esse em oposição ao citado, e poderá ter ocorrência da demanda sem prejuízo dessa, em observação do entendimento que faculta a discricionariedade do julgador.

A responsabilidade é considerada um relacionamento jurídico com derivação da inadimplência do relacionamento jurídico originário da obrigação. É o dano moral, mesmo seja modalidade do ato ilícito de forma larga com debates em juízo e de maneira expressa com previsão no direito positivo, não acaba encontrando conceituações e dimensionamento com definição claramente na lei. Por este motivo, cabe a doutrina e a jurisprudência a atividade da construção de forma mais completa a teoria para reparar o dano dito não patrimonial.

Existem contraposições, mesmo de não ter sofrido a coação física, mesmo seja psíquica, e tenha ocorrência pelo computador, é de forma total possível esta imputação, devido ao fato que, o direito mesmo de não ter modificado sua estruturação com os movimentos da sociedade e da tecnologia, acaba propiciando meios para que a pessoa inconformada, afetada e que pleiteia a justiça à reparação intangível, o órgão judicial partindo dos seus representantes, adequar-se-á.

Assim, é possível elaborar a seguinte questão-problema: “Como é feita a aplicação do direito civil nos danos morais nas relações na internet”?

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar como tem aplicação o direito civil nos danos morais nas relações que ocorrem na internet, buscando os principais doutrinadores e jurisprudência sobre a temática.



## 1 Responsabilidade Civil e Dano Moral nas Relações na Internet

Em um primeiro momento é fundamental ter noção do entendimento de responsabilidade civil. A ideia relacionada a responsabilidade civil vem do ideal de não causar prejuízos a outrem. Ou seja, não seria justo que alguém tivesse prejuízos através de uma conduta, omissa ou comissiva, de outra pessoa e que precisa amargar um prejuízo por algo que não teve culpa.

A ideia relacionada com a responsabilidade civil tem origens no latim *respondere* no Direito Romano, que era a responsabilização de alguém para quem assume-se as consequências de suas atividades (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014).

De acordo com Rodrigues (2003), a responsabilidade civil tem consideração como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparação do prejuízo causa a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela tem dependência.

De forma doutrinária é tido que o instituto da responsabilidade civil torna-se parte do direito obrigacional, pois a principal consequência prática de um ato ilícito torna-se a obrigação que acabara acarretando para seu ator, de reparação do dano, obrigação essa de natureza pessoal, que tem sua resolução em perdas e danos (GONÇALVES, 2009).

O novo Código Civil traz em seu art. 186 o seguinte texto: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fazer violações do direito e vier a causar danos a outrem, ainda que de forma exclusiva moral, comete ato ilícito.

É possível perceber que a responsabilidade civil é o dever de reparação do dano causa àquele que o suportou. Distintamente da responsabilidade penal, que tem vistas a uma sanção pessoal como a perda da liberdade ou outra restrição de direito, por exemplo.

Neste contexto, Gagliano e Pamplona (2014) pontuam que, na responsabilidade civil, o agente que acabou cometendo o ilícito possui a obrigação de reparação do dano patrimonialista ou moral causado, procurando a restauração do status quo ante, obrigação essa que, se não tiver mais possibilidade, tem sua conversão no pagamento de uma indenização ou de uma compensação, enquanto, pela responsabilidade penal ou criminalista, precisa o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pecuniária.

Partindo disso, ainda é fundamental o esclarecimento que para a ocorrência do dever de reparação, configurando-se a responsabilidade é fundamental a presença de três elementos, que são: conduta, dano e nexo causal.

A responsabilidade civil pode ser objetiva, ou seja, aquela em que "o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, independentemente se houve atitude culposa por parte do causador do dano (VENOSA, 2005).

Queiroz (2011) pontua que, a responsabilidade civil subjetiva é dada quando a fundamentação do dever de indenização residir na noção de culpa *latu sensu*. Com isso, terá avaliação o elemento anímico do agente para poder ter existência de sua responsabilização. Neste caso, a culpa torna-se o principal pressuposto para que seja caracterizado a responsabilidade civil subjetiva, e tem configuração o dever de reparação quando se encontram com presença culpa ou dolo.

O dano moral acabou ultrapassando a origem no mundo modernista e na sociedade digital, para ter materialização em outro meio, na internet. O avanço da tecnologia na comunicação permitiu que todos os indivíduos do planeta tivessem a possibilidade de possuir acesso a um fato de maneira simultânea.

Neste contexto, a sociedade vive numa evolução constante, e as necessidades possuem surgimento com este desenvolvimento. Novos meios de comunicação e tecnologias surgem como consequência deste avanço. Para essa análise mais detalhada é necessário a compreensão do surgimento e evolução que se passou a internet. A Internet teve sua origem com a ARPA, que é o departamento de defesa dos EUA no ano de 1957 (CORRÊA, 2000).

Com isso, seu principal intuito era a busca do estabelecimento de limites de informações descentralizada, no intuito de que, a comunicação perante os cientistas e os engenheiros militares tivesse resistência com um possível ataque à capital americana no período da Guerra Fria. O pensamento teve alteração, sendo que, as pessoas estão em um tempo onde a internet tomou lugar de diversas atividades diárias, sendo que, um indivíduo não necessita se dirigir a uma agência bancária para realizar transferências, poderá fazer a efetuação partindo da internet. A rede está fazendo a substituição de simples condutas humanas, sendo que, as compras e as vendas estão tendo realização de forma diária partindo do ambiente virtual.

Assim, as trocas de correspondência na procura dos romances e das novas amizades, que antigamente tinham realização partindo de cartas, jornais e revistas, tornam-se objeto de novos sites de relacionamento. O e-mail, denominado de correio eletrônico, acaba trazendo diversas facilidades para as pessoas, possibilitando a comunicação partindo de mensagens de maneira rápida, eficiência e econômica.

Com a evolução da internet, os indivíduos possuem cada vez mais oportunidades da expressão de opiniões partindo do ambiente virtual, mas ao mesmo tempo onde é tida esta liberdade de dizer o que deseja, também tem surgimento uma necessidade de responsabilidade pelo o que é falado. De acordo com o que é verificado nas decisões recentes dos Tribunais em relação a responsabilização das redes sociais e dos sites de relacionamentos pelos danos com causa por seus usuários independentem de culpa, com aplicação o artigo 927 do Código Civil (COLAÇO, 2017).

As mais modernistas tecnologias das informações possuem surgimento trazendo alterações no contexto social da modernidade e na maneira que encarado o dano moral. Neste contexto, é percebido bastante a comunicação virtual perante os indivíduos, dando oportunidades para praticar relacionamentos, atividades comerciais, dentre outros. De outro lado, tem crescimento também o uso destes meios para praticar atos ilícitos, como é o caso do desrespeito à intimidade das mensagens não desejadas, publicações indevidas que venham a atingir de forma direta à mora e a honra, podendo ter caracterização como crimes de calúnia, injúria, difamação, dentre outros (SILVA E SANTOS, 2012).

De acordo com Correa (2000), a internet é considerada um sistema global de rede de computadores, possibilitando comunicações e transferências de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina com conexão em rede, o que possibilita intercâmbios de informações sem precedentes na história, de forma ágil, eficaz e sem limitações de fronteiras, o que culmina em criar novos mecanismos de relacionamento.

É percebido que, cada dia que passa, a internet vem se tornando o meio comunicativo com maior utilização de forma habitual no mundo inteiro. Com essa utilização de forma frequente por seus navegadores, tem surgimento várias redes sociais, como é possível citar o Youtube, Facebook, Twitter dentre outros, sendo que, cada um possui acesso livre de publicações da sua vida, preceituações, gostos, ideias, políticas, assim como a adição de pessoas, postagem de fotos, links, jogos, enfim, uma diversidade de opções que são proporcionadas na bendita ou maldita rede social. Tem referência como bendita devido ao fato de que, é a maneira ágil e prática de realizar contato com o mundo afora; e maldita devido ao fato de que, diversos vê m fazendo o seu uso para denegrir a imagem humana, fazendo a postagem de fotos íntimas em sites públicos, atacando com ofensas morais, o que gerou diversos casos na justiça (COLAÇO, 2017).

Neste contexto, é ocasionado o surgimento de vários processos judiciais que pleiteiam por danos morais na realidade virtual. Com isso, é verificado que, a utilização do e-mail, as interatividades nos sites e as possibilidades da criação de espaços virtuais na exibição, postagem de ideias e fatos em blogs, dentre outras coisas, alterou a maneira de

diálogo perante as pessoas, que possuem o acesso à internet em suas residências, no trabalho ou ainda nas lan houses.

O Novo Código Civil, na reafirmação de posição já há bastante tempo conhecida na doutrina e na jurisprudência, fez a previsão em seu art. 186 que: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fazer a violação do direito e causa dano a outrem, ainda que de forma exclusiva moral, comete ato ilícito (SILVA E SANTOS, 2012).

Assim, os sites acabam permitindo também a livre manifestações de seus usuários, de maneira que, esses poderão fazer a publicação do que desejarem, podendo gerar informações ilícitas, abusivas, violação dos direitos autorais e atitudes lesivas aos direitos personalíssimos de outrem.

Na rede virtual é percebido que, as questões voltadas com a privacidade do internauta em meio ao tempo virtual torna-se alvo que precisa ser de forma delicada tratado e estudado, que, dada a não existência de um direito amplo e eficiente para tratamento da questão, conflitos com existência possuem a tendência do aumento do crescimento do número de adeptos à rede, assim como a diversidade de informações que tem circulação de forma frequente no espaço virtual, na exposição da privacidade da pessoa proporcionando violações desse preceito constitucionalista em questão (LIMA, 2015).

Neste contexto, é possível a observação que, perante estes abusos na internet, o usuário com responsabilidade pela afirmação, publicação, compartilhamento de mensagens indevidas, precisará ter responsabilização pelos danos com causa. Sabe-se e conhece-se diversos casos envoltos de redes sociais virtuais, e no contexto de criar perfis falsos, veicular informações e imagens ofensivas. Decorrendo disto, é pretendido em várias demandas, retirar os perfis e as fotografias nos sites, com direito a indenização por danos morais é depreendido de que, as redes sociais passam a se tornarem um lugar para trocar informações, grupos de discussão e participação democrática. O ambiente virtual usado de forma indevida acaba se tornando um ambiente propício para praticar vários atos ilícitos, e diversos deles de forma exclusiva morais.

Conforme se verificam nas decisões recentes dos Tribunais no que se refere à responsabilização das redes sociais e dos sites de relacionamentos por danos causados por seus usuários independentem de culpa, aplicando o art. 927, parágrafo único do Código Civil (COLAÇO, 2017).

A responsabilidade civil e o dano moral em conjuntura apenas acabarão tendo eficiência caso: existir causalidade; o conteúdo tiver grau lesivo, indicando a URL (não é necessário exatidão), ou ainda de outros suportes de provas (LAGO JUNIOR, 2011).

A temática tem divisão em contratual e extracontratual, sendo que, é fundamental um fato gerador, que faça a violação dos direitos individualistas perante aquele que detém o direito, apenas assim é possível a existência da responsabilização (SILVA E SANTOS, 2012).

Com objetivação pelos elementos da capacidade do agente, objeto lícito é possível, tendo determinação ou sendo determinável, tem-se a validade contratualista, sendo que, essas são as pressuposições (SILVA E SANTOS, 2012).

De acordo a máxima “De minimis non curat lex” – Com o viés mais atual “a lei não cuida das pequenas coisas”, podendo ser encontrada como “De minimis non curat praetor”, assim sendo, o pretor não tem ocupação com coisas insignificantes – figurado o direito à indenização do dano moral sofrido com o mínimo de gravidade, com isso, deve-se se restar probante, corrobora-se ao contexto, não podendo ter sub-reptício (LAGO JUNIOR, 2011).

### **1.1 Contratual e Extracontratual**

Na fase contratual, onde os direitos e as obrigações ficam dispostos em cláusulas do contrato, sendo este de maneira escrita, o juízo não pode fazer a violação da disposição em proveito da lei, cabendo os princípios da autonomia da vontade e da função social (PEREIRA, 2011).

Mesmo com a existência de contraindicações ao contrato escrito, tem-se o verbal, que também tem validação com as mesmas pressuposições contratualistas, no manejo do descumprimento, precisa dispor perante meios probatórios, testemunhais em adversidade, para que não exista o olvidamento, é aconselhado o contrato escrito, evitando futuros problemas (SILVA E SANTOS, 2012).

Os motivos que acabarão gerando a responsabilidade no contrato são: violações das cláusulas, não observação dos deveres, entre outros; é feito o mesmo para a maneira verbal, desde que venha gerar efeitos lesivos. Nesse contexto, é encontrado a extracontratual, que se faz perante longitudinal as maneiras de adquirir os contratos, de meio superveniente, própria, das lecionada pela lei (PEREIRA, 2011).

É dado especialmente, a respeito dos provedores, como é o caso das redes sociais como um todo, restando todavia o conteúdo probatório com vistas na prática tendenciosa da empresa onde, com as circunstâncias do contrato no momento de constituir a pagina na rede, que faça a revelação de dados, causas onde o provedor tenha atuação de forma direta no dano (BINICHESKI, 2011).

Não deve-se confundir que, o fato gerador se tornará todavia o mesmo, precisará possuir as pressuposições, além do mais, tem operação de forma exclusiva na propagação íntima de conteúdo, na responsabilização em determinados casos o provedor. Com isso, o dano moral na internet apenas pode ter quantificação partindo dos elementos.

Exclui-se as causas que venham a versar por apenas aborrecimento, transtorno e o simples inadimplemento contratualista, não podendo ter figuração apenas com a aplicação das pressuposições contratualistas em prol das causas alterem o direito (PEREIRA, 2011).

Entretanto, as flexibilizações da parte extracontratual no dano moral têm figuração com o marco do evento de dano, partindo do momento onde o dano acabou incorrendo, isto é, "ex re" em proveito da coisa; de forma comum encetada ao "mora ex re" juros mora devido a coisa com inadimplência em detrimento do contrato, sendo que, a espécie fora extracontratual é resultante do principais, é fundamental a natureza de cientificação ao conteúdo com súmula de natureza ilustrativa da Súmula 59 do STJ, onde os danos morais acabam fluindo partindo do evento de dano nos casos de responsabilidade contratualista (PEREIRA, 2011).

De maneira subjetiva, resta o conteúdo probatório, oponível a matéria fática, isto é, é preciso fazer a comprovação do dano moral partindo do suporte de provas, com compreensão em "prints", "links", "fotos", "vídeos"; todo o meio possível com vista aos digitais, a matéria sem contestação é presumido de fato verdadeiro (LAGO JUNIOR, 2011).

## **Conclusão**

A sociedade é dotada de uma dinâmica que a faz alterar de forma constante. Esse contínuo avanço social acabou gerando diversos avanços da tecnologia, revolucionando as áreas trabalhistas, do lazer até as maneiras de interações perante os homens.

O dano moral na internet tem sua tradução numa nova temática que vem preocupando os operadores do Direito, principalmente com relação as dificuldades na definição dos reais responsáveis por esses danos. Mesmo com essas dificuldades, é inconcebível deixar as vítimas sem os amparos e proteção do Direito.

Tendo ocorrência o dano moral, este precisa ser indenização, cabendo a responsabilidade aos autores das ofensas, assim como aqueles que fizeram contribuições para sua ocorrência. Além do mais, não é possível o Estado se furtar de sua obrigação de dar soluções aos litígios e na reparação dos danos, a busca da responsabilização de cada um dos infratores, na medida das suas responsabilidades.

A responsabilidade civil, todavia, teve preocupações na punição daqueles que causam atos ilícitos. Nesse contexto, o advento do dano moral, que acabou ganhando grande dimensionamento com a Constituição, ensejou ter tutela pela responsabilidade civil. Com o avanço tecnológica, o dano moral ganhou uma nova cara, e as condutas que o ensejam, tenham prática no mundo físico ou no virtual, abrangendo e fomentando a tutela do Estado na procura por prevenir ou reparar o dano.

Entretanto, ainda não é contado com uma legislação que discipline civil e penalmente os ilícitos que possua por objeto a internet, entretanto, conta-se com a proteção constitucional e civil. Assim, o Poder Judiciário não se esquivava da apreciação das causas, no entanto, vem tomando diversos posicionamentos, não existindo unicidade na jurisprudência, sendo que, as principais posições têm a preocupação na responsabilização apenas o usuário que causou o dano.

Além do mais, pela própria lógica de transformação/evolução/mutações sociais e jurídicas, vale destacar que, o ordenamento jurídico nacional precisa ter aberturas a novas relações que venham a ter formação perante as pessoas, sendo que, a sociedade apresenta-se em constante evolução e com ela também alteram as interações humanas. É necessário fazer a boa utilização dos mecanismos legislativos para uma boa aplicação nas relações concretas, fazendo sua alteração, criação, atualização e aperfeiçoamento.

Por fim, o Direito, considerado um instrumento para o controle social, precisa ter seu emprego em prol da sociedade, na garantia de uma vida digna, saldável, física e mentalmente, e na proteção de que faz agregação a ela, procurando, todavia, justiça e paz social.

## REFERÊNCIAS

BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulação no direito brasileiro. São Paulo: Juruá, 2011.

COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da internet. Revista dos tribunais, rt vol. 957, 2017.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da Internet. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v.3. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009. 11.ed.

LAGO JÚNIOR, Antônio. Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet. São Paulo: Ed. LTr, 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do marco civil da internet (Lei N. 12.965/14). Revista da Faculdade de Direito. vol. 110p. 155-176. São Paulo: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, jan./dez. 2015.

PEREIRA, Ricardo Alcântara. Ligeiras considerações sobre a responsabilidade civil na Internet. In: BLUM, Renato M. S. Opice (coord.). Direito eletrônico – A Internet e os Tribunais. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

QUEIROZ, Mônica, Direito Civil, Volume II, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 1.ed. São Paulo: Método, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, R. B. T. da, SANTOS, M. J. P. dos (Coord.). Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, S. de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



## **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO E SUA RESPONSABILIZAÇÃO PERANTE A SOCIEDADE**

**IZABELA DA SILVA BRANDÃO:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário Una Betim<sup>105</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo utiliza como parâmetro a pesquisa bibliográfica para abordar os principais aspectos da conduta ímproba praticada pelo agente público no campo da Lei de Improbidade Administrativa, considerada uma ferramenta essencial para o combate à corrupção no país. Observou-se a necessidade de analisar o conceito de improbidade através da doutrina, a qual contribuiu substancialmente para compreensão do tema. Restou-se evidente que a conduta do agente público deve-se pautar com observância aos princípios que regem a administração pública, com ênfase naqueles explícitos na Constituição Federal de 1988, que poderá ser corroborado através da abordagem objetiva dos institutos jurídicos presentes na Lei de Improbidade Administrativa e na seara Constitucional.

**Palavras Chave:** Improbidade Administrativa. Agente Público. Princípios da Administração Pública.

**ABSTRACT:** This article uses bibliographical research as a parameter to address the main aspects of the misconduct practiced by public agents in the field of the Administrative Improbity Law, considered an essential tool for combating corruption in the country. The need to analyze the concept of improbity through doctrine was observed, which contributed substantially to understanding the topic. It remains clear that the conduct of public agents must be guided by the principles that govern public administration, with emphasis on those explicit in the Federal Constitution of 1988, which can be corroborated through the objective approach of the legal institutes present in the Improbity Law Administrative and in the Constitutional field.

**Keywords:** Administrative Improbity. Public Agent. Principles of Public Administration

### **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 prevê diversos princípios norteadores da conduta do agente público no desempenho de suas atribuições, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos explicitamente em

---

105 E-mail: brandaoizabela1124@gmail.com

seu art. 37. Tais princípios possuem extrema relevância para a probidade na organização do Estado, uma vez que a corrupção é um dos grandes problemas que vem assolando a máquina pública nos últimos séculos.

Neste sentido, a responsabilização do agente público no desempenho de suas funções constitui tema que afeta toda coletividade, haja vista o interesse público a ser observado no desenvolvimento de suas atribuições.

Não obstante compreender a importância do tema, ressalta-se a preocupação do legislador em estabelecer parâmetros para atuação do agente público, seja através da Constituição Federal ou das legislações infraconstitucionais, todas com objetivo de preservar o patrimônio público e garantir a observância dos principais institutos e ferramentas de alcance do interesse público e social.

Diante disso, têm-se a necessidade de regulamentar aquelas condutas contrárias ao interesse público e evidentemente ímprobas, impondo sanções aos agentes públicos que agirem na contra-mão dos princípios basilares da Administração Pública. Assim sendo, a Lei de Improbidade Administrativa surge como um mecanismo de defesa contra a corrupção, visto que descreve quais são as condutas e suas respectivas sanções.

Portanto, o presente artigo científico busca compreender quais são as condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa e a relevância da atuação do agente público na promoção de um estado democrático de direito. Para tanto, fez-se necessário estruturar o presente estudo de forma que o conceito de improbidade administrativa seja explorado em seu viés legal e doutrinário, com objetivo de expô-lo com clareza e objetividade, assim como a análise da lei e sua reverberação na organização do estado.

## **2. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O conceito de Improbidade Administrativa está intrinsecamente ligado aos princípios norteadores da administração pública, especificamente o da moralidade, posto que envolve a probidade, honestidade, a ética e a boa-fé. Neste sentido, leciona o mestre Daniel Amorim A. Neves:

Etimologicamente, o vocábulo “probidade”, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade. A probidade administrativa, na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, “conta com um fundamento não apenas moral genérico, mas com base em moral jurídica, vale dizer, planta-se ela nos princípios gerais

de direito”. O respeito à moral é uma característica básica que deve ser observada por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos que possuem o dever jurídico de atuar com probidade. Trata-se de uma decorrência lógica da própria exigência de boa-fé no âmbito da Administração Pública, uma vez que, no ensinamento clássico de Ruy Cirne Lima, “o Estado não é uma entidade amoral, nem utiliza para seu governo uma moral distinta da dos indivíduos” (NEVES, 2019, p. 5).

Desta feita, observa-se o conceito de improbidade como sinônimo de imoralidade e desonestidade, ambos repudiados no desenvolvimento das atribuições do agente público, portanto, “o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1212).

O doutrinador José Afonso da Silva, conceitua como o dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo (SILVA, 2003, p. 649).

Ainda nessa perspectiva, para Hely Lopes Meirelles “a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – de moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto” (MEIRELLES, 2005. p. 89).

A própria Lei nº 14.230/2021 expõe em seu art. 11 constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade. Neste sentido, “a probidade é própria do indivíduo probus, que tem retidão de conduta, honradez, lealmente, integridade, virtude e honestidade. Já a improbidade vem o latim

improbabilidades, que significa desonestidade, mau caráter, má conduta, e possui derivação moral, relacionada aos costumes e à própria ética” (MARQUES et al, 2016, p. 342).

A etimologia da palavra honestidade vem do latim *honesto* ou *honos*, que significa honestidade ou honra. Nesse diapasão, o agente público deve agir de forma honesta e proba, com vistas ao alcance do interesse público. Nesse sentido é o entendimento de Neves (2019):

A improbidade é uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo ou, excepcionalmente, culpa grave) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração da má-fé ou da desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários, bem como violação aos princípios que regem a Administração Pública (NEVES, 2019, p. 8)

Ademais, evidencia-se que para conceituação do tema também é necessário compreender sua relação com a corrupção presente na história do país, isso porque os atos de improbidade representam com clareza as práticas corruptivas praticadas no campo da administração pública.

À vista disso, Neves expõe que “nesse contexto, a corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública, quando a característica básica do republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado. A corrupção, historicamente diagnosticada no Brasil, pode ser explicada pela caracterização do brasileiro como “homem cordial”, expressão utilizada pelo escritor Ribeiro Couto e citada por Sérgio Buarque de Holanda em sua obra clássica *Raízes do Brasil*. A “cordialidade”, no caso, não é utilizada como sinônimo de “boas maneiras” e civilidade, mas, sim, para se referir à tendência do povo brasileiro em afastar o formalismo e o convencionalismo social em suas relações” (NEVES, 2019, p.).

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco, improbidade e corrupção se relacionam entre si como gênero e espécie, assim segue:

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção. Como será constatado no item seguinte, a corrupção configura tão somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela. (GARCIA, PACHECO, 2014. p. 24).

Portanto, resta evidente que as diversas facetas doutrinárias contribuíram significativamente para conceituação de improbidade administrativa, que de forma simples é observada como condutas contrárias aos princípios da administração pública, nas quais estão presentes a desonestidade e a má-fé, conseqüentemente, imorais e contrárias aos fundamentos constitucionais que buscam a boa gestão da coisa pública.

### **3.ELEMENTOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Para configuração do ato de improbidade administrativa faz-se necessária a existência de quatro elementos que serão compreendidos a seguir.

#### **3.1 Sujeito ativo**

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa está previsto no art. 2º da LIA, na qual descreve como o próprio agente público, agente político, o servidor público e 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 referidas no art. 1º.

Desta forma, percebe-se que a concepção do sujeito ativo engloba o agente público em sentido amplo, considerando até mesmo aqueles que atuam de forma transitória ou sem remuneração, sendo este último exemplificado através do cidadão que é convocado para ser mesário nas eleições. Nessa perspectiva, Neves expõe:

A expressão “agentes públicos” possui conotação genérica e engloba todas as pessoas físicas que exercem funções estatais. Os agentes públicos são responsáveis pela manifestação de vontade do Estado e

a função pública, no caso, pode ser exercida de forma remunerada ou gratuita; definitiva ou temporária; com ou sem vínculo formal com o Estado (NEVES, 2019, p.39).

Ademais, além do agente público, a LIA também é aplicável àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Dessa forma, observa-se uma preocupação do legislador em punir não apenas aqueles envolvidos diretamente, mas também os que indiretamente concorrem para a prática do ato.

### **3.2 Sujeito passivo**

O sujeito passivo está previsto nos parágrafos 5º, 6º e 7º, e abrange o patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º, e também o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Diante disso, frisa-se que a administração direta compreende os entes políticos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal e a administração indireta: Fundações, Autarquias, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas.

Tal distinção demonstra que mesmo aquelas entidades de Direito Privado que exerçam indiretamente atividades interligadas à administração pública, a relevância da matéria se encontra em seu caráter público e social no tocante ao gerenciamento dos recursos recebidos.

À vista disso, Neves corrobora ao expor o seguinte entendimento: “não obstante a norma em comento se refira a toda e qualquer entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo público, a interpretação adequada deve restringir a sua incidência apenas às entidades que percebam individualmente tais benefícios para realização de interesses públicos específicos. Em suma, não se enquadram no conceito de sujeito passivo da improbidade administrativa as entidades que recebem subvenções, benefícios ou incentivos genéricos da Administração, desvinculados de interesses públicos individualizados a serem atendidos...”

### 3.4 Dolo

O dolo pode ser caracterizado como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, conforme explicitado no §3 da LIA, não bastando a voluntariedade do agente.

Posto isso, neste tópico em específico faz-se necessária uma análise minuciosa do elemento, dado que se trata de importante alteração realizada pela nova Lei de Improbidade Administrativa nº 14.230/2021, uma vez que anteriormente em sua antiga redação prevista na Lei 8.429/1992 admitia-se a modalidade culposa, na qual passou a ser expressamente vedada por força do art. 10 que passou a considerar taxativamente a necessidade da comprovação do dolo na conduta do agente.

“O dolo do agente para toda e qualquer conduta tipificada na lei de Improbidade Administrativa passa a ser específico: consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (GUIMARÃES, 2022, p.22).

Desse modo, em sede do julgamento do ARE 843989, o STF fixou quatro teses essenciais para compreensão acerca do tema, assim segue:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA a presença do elemento subjetivo dolo;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do tipo culposo, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

À vista disso, denota-se a preocupação do legislador, que foi posteriormente corroborada pelo STF, em punir aqueles que agem com real intenção de alcançar o resultado ilícito. “Com efeito, não basta mais, segundo correta interpretação da LIA, alegar

que um ato é doloso, ou demonstrar que é ilegal. Sob o regime do novo diploma, é necessário se demonstrar a má-fé, uma intenção de lesar, alguma forma de conluio entre agentes” (GAJARDONI; CRUZ; FAVRETO, 2022, p. 48).

#### **4. ANÁLISE DAS CONDUTAS PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

As condutas tipificadas como caracterizadoras dos atos de improbidade administrativa estão previstas no rol dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, que elenca as modalidades de atos que importam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.

##### **4.1 Atos que Importam Enriquecimento Ilícito**

Em suma, nos moldes o art. 9º constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º da lei.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no



art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades.

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no **caput** deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Essa modalidade possui como núcleo a vantagem patrimonial auferida pelo agente. O doutrinador Waldo Junior assevera que “em busca dos traços essenciais para a caracterização do enriquecimento ilícito do agente público, segundo a Lei nº 8.429/92, do sintético ao analítico, verifica-se que o enriquecimento ilícito do agente público resulta da somatória de quatro elementos nucleares, que podem ser resumidos assim: 1. percepção de vantagem patrimonial, pelo agente público; 2. ausência de fato lícito gerador da vantagem interna ou externa; 3. conduta (comissiva ou omissiva) administrativa proibida; 4. liame causal entre a conduta administrativa e a vantagem patrimonial” (JR, 2016, p. 149).

#### **4.2 Atos que causam prejuízo ao erário**

Posto isso, no tocante à lesão ao erário, o qual se configura com a ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da administração pública, o mesmo possui como núcleo a lesão ao patrimônio público, que pode ser causada por diversas condutas específicas descritas ao longo do rol do artigo.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de

propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação

irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXI - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Percebe-se, pois, que ao contrário do enriquecimento ilícito, não é necessária a auferição de vantagem patrimonial pelo agente.

#### **4.3 Atos que atentam contra os princípios da administração pública**

Desse modo, passa-se à última modalidade prevista na LIA, a qual compreende os atos que atentam contra os princípios da administração pública, compreendidos na ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (~~Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000~~) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

X - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Dessa modalidade, pode-se perceber a relevância dos princípios constitucionais expressos no art. 37 da Constituição Federal, visto que são considerados a base da atuação da administração pública.

## **5.SANÇÕES**

As sanções podem ser vistas como reações sociais, plasmadas nas normas, em face da inobservância de deveres relevantes para a produção e reprodução da vida em sociedade. As relações sociais se processam sob os parâmetros que a própria sociedade imprimiu em comandos que demandam acatamento e, para tanto, se utiliza da técnica sancionatória. Como toda norma jurídica sancionadora exerce essa função técnica, a Lei nº 8.429/92, que é desse naipe, não deixa de ser construtiva. Diz como não pode e não deve ser a conduta dos agentes públicos, precisamente para indicar como pode e deve se comportar moral e materialmente o pessoal administrativo. Regulamenta as reprimendas de índole civil e político-administrativa aplicáveis aos agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa e, por meio dessa diretriz restauradora da higidez administrativa, almeja operar a reengenharia da Administração Pública e, sobretudo, desestimular a desobediência aos deveres administrativos. As normas jurídicas não sancionam por sancionar, senão que se apresentam sempre animadas do que Robert Alexy chama "pretensão de correção" (JR, 2016, p. 486).

O ato de improbidade afeta ou pode afetar valores de natureza diversa. Com efeito, o ato de improbidade afeta, em grande parte, o patrimônio público econômico-financeiro; afeta o patrimônio público moral; afeta o interesse de toda a coletividade em que a honestidade e a moralidade prevaleçam no trato da coisa pública; afeta a disciplina interna da Administração Pública. Ora, se valores de natureza diversa são atingidos, é perfeitamente aceitável que algumas ou todas as penalidades sejam aplicadas concomitantemente. O sujeito ativo da improbidade administrativa poderá ser atingido em diferentes direitos: o de propriedade, pela perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e pela obrigação de reparar os prejuízos causados; o de exercer os direitos políticos, que de certa forma engloba o de exercer função pública, já que não se pode conceber que uma pessoa privada dos direitos políticos, ainda que transitoriamente, possa continuar a exercer mandato ou ocupar cargo, emprego ou função dentro da Administração Pública. Na realidade, a principal penalidade é a suspensão dos direitos políticos; as demais praticamente constituem efeitos civis e administrativos da penalidade maior; isso para não falar na sanção penal, se for o caso, e que independe da aplicação das demais, conforme está expresso no artigo 37, § 4º, da Constituição. (DI PIETRO, 2012, p. 922)

## **6. LEGITIMADOS**



Por disposições constitucionais, o Ministério Público se apresenta como canal de expressão dos interesses difusos e individuais homogêneos, entre os quais os ligados à proteção do patrimônio público econômico e da probidade administrativa (JR, 2016, p. 435). Dessa forma, constitui-se como legitimado para propositura da respectiva ação.

Ademais, tal tópico possui divergências importantes no tocante a sua constitucionalidade, isso porque, antes da edição da Lei nº 14.230/2021, tinham competência para propor a respectiva ação tanto o Ministério Público, quanto a pessoa jurídica interessada, no entanto, após a edição da nova lei, a propositura passou a ser exclusiva do Ministério Público, retirando de seu texto a possibilidade de ação da pessoa jurídica interessada.

Neste cenário, em sede do julgamento da ADI nº 7042, o plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade parcial do artigo correspondente:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para:

**(a)** declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil;

**(b)** declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia.

Diante disso, a legitimidade ativa para a respectiva ação de improbidade permaneceu conforme previsto na redação antiga, podendo ser exercida tanto pelo Ministério Público, quanto pela pessoa jurídica interessada.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise do conceito de Improbidade Administrativa e suas respectivas sanções, pode-se concluir pela importância da observância dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal. É pertinente que a conduta do agente público seja executada de forma legal, impessoal, moral, pública e eficiente, uma vez que o patrimônio público não pode ser gerido com fundamento em parcialidades particulares.

Nessa perspectiva, há de se observar que a Lei de Improbidade Administrativa compreende importante ferramenta no combate à corrupção, na qual se faz extremamente necessária para repreensão das condutas contrárias aos princípios basilares da administração pública. Além disso, as diversas condutas previstas demonstram de forma explícita sua preocupação com a tutela da probidade na organização do estado e no exercício das funções públicas, o que pode ser percebido nos requisitos necessários para caracterização de agente público, no qual não é taxativa ao afirmar que todos aqueles que de certa forma exerçam atividades relacionadas ao exercício da função pública, mesmo que de forma transitória ou sem remuneração, respondem pelos atos previstos na LIA.

Desta feita, por meio da pesquisa foi possível examinar o conceito de improbidade através de suas diversas facetas doutrinárias, com ênfase na sua direta relação com a moralidade administrativa. Ademais, em que pese o foco desta pesquisa ter sido a exposição do conceito de improbidade e a importância da atuação do agente público pautado nos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, fez-se necessário apresentar algumas mudanças pontuais ocorridas após a edição da nova LIA, podendo-se citar como exemplo a necessidade de dolo na conduta do agente público.

Desta maneira, analisar as hipóteses de improbidade administrativa, bem como entender seu conceito, demonstra-se como importante instrumento de busca pelo respeito ao interesse público e social, o qual é considerado indisponível, garantindo que os bens públicos sejam geridos com base na coletividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm)

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. **Improbidade administrativa**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502228160. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228160/>. Acesso em: 22 out. 2023.

GUIMARÃES, Rafael. **A Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme: Imperium, 2022.

JR., Waldo F. **Improbidade Administrativa, 4ª edição**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597008227. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008227/>. Acesso em: 24 out. 2023.

MARQUES, Mauro Campbell; et al. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Coordenação: Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração: André de Azevedo Machado, Fabiano da Rosa Tesolin – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. 824 p.

MORAES, Alexandre. **Voto em Recurso Extraordinário com Agravo no 843.989**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>.

NEVES, Daniel Amorim A. **Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988166. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988166/>. Acesso em: 20 out. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

**STF declara inconstitucional exclusividade do MP para ações de improbidade**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.mattosfilho.com.br/unico/stf-mp-improbidadeadministrativa/>. Acesso em: 30 out. 2023.

## UM ESTUDO DETALHADO SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES DA LEI DE LICITAÇÕES

**ROBSON JOSÉ GONZALES:**

graduando em Direito pelo Centro  
Universitário de Jales – UNIJALES.

106

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA<sup>107</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo busca explorar a relevância do procedimento licitatório como um instrumento essencial no âmbito da Administração Pública. Os órgãos e agentes públicos desempenham um papel crucial nesse processo, sendo orientados por critérios que evitam escolhas descabidas, inconvenientes ou inadequadas, alinhadas ao contexto e objetivos pretendidos. Esses critérios, essenciais para evitar desvirtualizações, devem pautar-se no interesse coletivo, destacando a responsabilidade dos agentes públicos em não buscar interesses próprios. O artigo enfatiza o procedimento licitatório como uma etapa fundamental que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública, abrangendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No contexto da licitação, os concorrentes competem em igualdade de condições, apresentando propostas que visam ser as mais vantajosas para as contratações públicas. A finalidade desse processo administrativo é assegurar o desenvolvimento nacional, ambiental e de gestão, prevenindo

---

106 E-mail: robson.gonzales58@gmail.com.

107 Professor Orientador. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (2002-2006), Doutorando em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente (2021-) e Mestrado em Ciências Ambientais (2013-2016). Advogado e professor universitário. Professor Avaliador de Cursos de Ensino Superior (Direito) do INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (2021). Presidente da Comissão de Cultura da 63a Subseção da OAB/SP (2016-2018) (2019-2021) (2022-). Especialista em Direito Penal (2007) e em Direito Empresarial (2013). cursou mestrado em Direitos Humanos na UFMS, em Campo Grande/MS (2016). Pós-graduado em Ensino à Distância (2021). Professor convidado do Curso de Pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processual Civil da ESA - Escola Superior da Advocacia em Jales/SP; professor titular do Curso de Direito da UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga (2021); professor do Curso de Direito da UNIFUNEC - Fundação Municipal de Ensino e Cultura, em Santa Fé do Sul/SP; professor, membro do NDE, membro do Colegiado e Coordenador do NPJ do Curso de Direito da UNIJALES - Centro Universitário de Jales/SP; e professor em cursos preparatórios para concursos públicos na área jurídica. Foi professor dos Cursos de Direito, Administração e Medicina da Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP (2012/2020), onde atuou como coordenador do Departamento de Monografias Jurídicas (2013-2015); foi professor convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito de Família da Faculdade FAMA de Iturama/MG (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em consultivo empresarial e contencioso cível, administrativo e criminal.

práticas prejudiciais como superfaturamento e sobrepreço. A legislação, notadamente o Art. 37, XXI, da Constituição Federal, estabelece que todos os contratos administrativos devem ser firmados mediante processo de licitação pública, garantindo a isonomia entre os concorrentes. Além disso, destaca-se o Art. 175, que impõe ao Poder Público a obrigação de licitar quando se trata de concessões ou permissões, resguardando os interesses da Administração Pública. A pesquisa fundamenta-se nos métodos dedutivos para compreender o arcabouço legal que rege a competência privativa da União sobre normas gerais, visando o equilíbrio da sociedade e a eficiente gestão da máquina pública, embasando-se em uma abordagem detalhada de revisão bibliográfica e análise da legislação pertinente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nova Lei de Licitações. Administração Pública. Princípios. Portal Nacional de Contratações Públicas. Modalidades de Licitações.

**ABSTRACT:** This article seeks to explore the relevance of the bidding procedure as an essential instrument in the scope of Public Administration. Public agencies and agents play a crucial role in this process, being guided by criteria that avoid unreasonable, inconvenient or inappropriate choices, aligned with the context and intended objectives. These criteria, which are essential to avoid devirtualization, must be based on the collective interest, highlighting the responsibility of public agents in not pursuing their own interests. The article emphasizes the bidding procedure as a fundamental step that precedes the execution of contracts by the Public Administration, covering the Executive, Legislative and Judiciary branches. In the context of bidding, bidders compete on equal terms, submitting proposals that aim to be the most advantageous for public procurement. The purpose of this administrative process is to ensure national, environmental and management development, preventing harmful practices such as overbilling and overpricing. The legislation, notably Article 37, XXI, of the Federal Constitution, establishes that all administrative contracts must be signed through a public bidding process, ensuring equality among competitors. In addition, Article 175 stands out, which imposes on the Government the obligation to bid when it comes to concessions or permissions, safeguarding the interests of the Public Administration. The research is based on deductive methods to understand the legal framework that governs the private competence of the Union over general rules, aiming at the balance of society and the efficient management of the public machine, based on a detailed approach of bibliographic review and analysis of the pertinent legislation.

**KEYWORDS:** New Bidding Law. Public administration. Principles. National Public Procurement Portal. Bidding Modalities.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico propõe uma análise aprofundada da Nova Lei de Licitações, a Lei n.º 14.133/2021, comparando-a minuciosamente com a legislação anterior, a Lei n.º 8.666/93. O escopo da pesquisa abrange os princípios aplicáveis, as modalidades e fases licitatórias, os contratos administrativos, bem como as sanções e infrações administrativas.

Inicia-se o estudo abordando o processo licitatório como um conjunto de procedimentos administrativos para aquisições e contratação de serviços pelos entes federados. Destaca-se a responsabilidade governamental em adquirir bens e contratar serviços seguindo rigorosas normas legais. A licitação é, portanto, um processo formal que envolve disputas entre os interessados.

Em seguida, uma seção dedicada ao tratamento da vigência e aplicação da nova lei, explorando os objetivos e princípios que regem o processo licitatório. Detalha-se a fundo cada fase e modalidade licitatória, com uma análise comparativa entre a antiga Lei n.º 8.666/93 e a inovadora Lei n.º 14.133/2021, conferindo uma compreensão mais aprofundada das mudanças.

A pesquisa não se limita apenas às modalidades da nova Lei de Licitações, mas também se estende ao Pregão, regulamentado pela Lei n.º 10.520/2002, e ao Regime Diferenciado de Contratações (RDC - Lei n.º 12.462/11). Essa abordagem ampla enriquece a compreensão das diversas formas de procedimentos licitatórios.

A análise prossegue com um exame crítico das mudanças nas avaliações administrativas e penais introduzidas pela nova lei. Questões relacionadas à contratação integrada é discutida, questionando as inovações implementadas e identificando áreas que ainda carecem de aprimoramento.

Para embasar as conclusões apresentadas, o artigo adota o método de pesquisa descritiva, utilizando a Lei como fonte primária e recorrendo a doutrinas e artigos de renomados autores na área. O caráter qualitativo da pesquisa é enfatizado, destacando a relevância do estudo documental e o cruzamento dos levantamentos com pesquisas prévias.

## **2 PROCESSO DE LICITAÇÃO**

A licitação, enquanto conjunto de procedimentos administrativos da Administração Pública, visa obter a melhor proposta na contratação de compras e serviços, assegurando igualdade entre concorrentes e priorizando o interesse público. Diferentemente do setor privado, onde as contratações são guiadas por interesses

particulares, a licitação no âmbito público ocorre previamente às contratações, pautada pelo interesse público e pelo princípio da isonomia.

Mello (2009, p. 519) em seus ensinamentos, conceitua licitação como:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Segundo Carvalho (2015, p. 429), a licitação possui objetivos claros, destacando o respeito ao princípio da isonomia para garantir a igualdade de condições, a seleção da proposta mais vantajosa – que nem sempre é a de menor valor – e o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável.

Para garantir a regularidade do processo licitatório, é imperativo observar princípios fundamentais, como legalidade, moralidade, impessoalidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório. Esses princípios, aliados a outros de natureza similar, fundamentam a lisura e a transparência do procedimento, assegurando a eficiência e a equidade nas contratações públicas.

Portanto, a licitação não é apenas um trâmite burocrático, mas um instrumento vital para a busca da proposta mais vantajosa, alinhada aos interesses públicos, e para a promoção de um ambiente de concorrência justa e transparente.

### **3 A LEI DE LICITAÇÕES NO BRASIL**

A evolução histórica das leis que regulamentam as licitações no Brasil é crucial para compreender o atual processo. Inicialmente estabelecido pelo Decreto n.º 2.926/1862, que regulamentava arrematações de serviços do Ministério do Comércio, Agricultura e Obras Públicas, o processo assemelhava-se à licitação contemporânea. Em 1922, o Código de Contabilidade da União consolidou a legislação relacionada, introduzindo a "Concorrência Pública" para obras com valor pré-fixado.

A reforma de 1967 via Decreto-Lei n.º 200/1967, cunhou o termo "licitações" e estabeleceu modalidades como tomada de preços, concorrência e convite. O concurso para projetos e leilão para alienações também foram contemplados. O Decreto-Lei n.º



2.300/1986 reforçou a publicidade em licitações, embora não tenha abordado a revogação, tratada posteriormente pela lei 8.666/93.

A Constituição Federal de 1988 superou debates sobre a aplicação da licitação para os entes federados. Na sequência, a Lei n.º 10.520/2002 introduziu o pregão, e em 2011, surgiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC). A nova lei de licitações reflete uma busca constante por eficiência, transparência e adaptação às demandas da administração pública.

A nova Lei de Licitações, aprovada em 2020 após tramitação desde 2013, representa uma reforma abrangente, substituindo a Lei de Licitações, a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações. Essa legislação estabeleceu normas gerais para licitações e contratos administrativos, aplicáveis a toda Administração Pública, direta, autárquica, funcional e entidades controladas.

Empresas estatais (públicas e sociedades de economia mista) continuam regidas pela Lei n.º 13.303/2016. A nova lei entrou em vigor imediatamente após a sanção presidencial, permitindo sua aplicação imediata pela administração pública. Contudo, é concedido um prazo de dois anos para revogar as leis atuais relacionadas a licitações.

Durante esse período de transição, a administração pode optar por licitar de acordo com a nova Lei ou seguir as leis anteriores. Essa escolha deve ser expressamente indicada no edital, e a aplicação combinada da nova lei com as antigas é proibida. Portanto, a administração tem flexibilidade para realizar licitações no novo regime, no antigo regime ou alternar entre eles, definindo claramente no edital o regime a ser aplicado em cada processo de licitação, conforme estabelecido pelo artigo 191 da Lei n.º 14.133/2021.

### **3.1 Princípios**

É necessário dispor em todos os processos administrativos o Princípio da Legalidade, pois decorre da existência do Estado de Direito como uma pessoa jurídica responsável por criar o direito, e conseqüentemente ser submissa ao ordenamento jurídico por ele mesmo criado e aplicado a todos os cidadãos em igualdade de condições.

De forma o entendimento apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, *apud, et al.* Carvalho "o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado é basilar para o Regime Jurídico-administrativo".

Assim, o propósito central é examinar a aplicação dos princípios constitucionais e

os novos princípios na nova lei de licitações.

A aplicabilidade de Princípios que notoriamente estavam dispostos implicitamente nos processos de licitações da Lei n.º 8.666/1993, foram introduzidos de forma expressa, objetiva e de fácil compreensão na nova lei de licitações, a Lei n.º 14.133/2021, indo além dos princípios do artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1.988, sendo os da legalidade, impessoalidade, moralidade e o da publicidade, e o incluso princípio da eficiência, que já fazia parte da Lei n.º 8.666/1993.

A amplitude desses princípios passa a fazer parte da nova lei de licitações, em seu artigo 5º, Lei n.º 14.133/2021, que são os princípios do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica (pacificação social), da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade (isonomia material), da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável.

Também de forma expressa contém a nova lei de licitações no artigo 190, Lei n.º 14.133/2021, que os contratos assinados anteriormente, serão regidos de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

As classificações dos princípios dentro da nova lei de licitações ficaram distribuídos da seguinte forma, conforme leciona Rodrigues (2021, p. 9):

Princípios gerais do Direito: Segurança jurídica, proporcionalidade, razoabilidade,

Princípios gerais do Direito Público Administrativo: Interesse público, motivação, planejamento,

Princípios da norma matriz do Direito Administrativo: Art. 37, CF/88, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, transparência, da eficácia e economicidade,

Princípios Postulados: Da igualdade, probidade administrativa,

Princípios específicos de licitações e contratos: vinculação ao edital, julgamento objetivo, competitividade, desenvolvimento nacional sustentável, segregação de funções e o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia é descrito com objetividade quando do tratamento da igualdade entre os participantes do processo licitatório, no entanto como leciona Carvalho,

*et. al.* (2023), "princípio da isonomia material acarretando a justa competição, é o desdobramento do princípio da impessoalidade, que ainda engloba a noção de igualdade".

Apesar de que este objetivo do princípio da isonomia material não deixa de existir diante de normas que privilegiam essa igualdade material, como a lei complementar no artigo 1º, LC, 123/2006, com tratamento diferenciado e favorecimento a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como considerados nos artigos, 24, 25, Lei n.º 8.666/1993, quando a licitação for dispensável ou inexigível, nas licitações públicas com saneamento *à posteriori* da regularidade fiscal e trabalhista, com cotas de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME e EPP, conforme redação da Lei n.º 9.841/1999 em certames de bens de natureza divisível e processo licitatório destinado exclusivamente à participação de pequenas empresas aos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). De acordo com o SEBRAE "o Estatuto Nacional das MPEs estabeleceu que para ser enquadrada como Microempresa, a receita bruta anual da empresa deve ser igual ou inferior à R\$ 360.000,00.", nessa mesma ordem de ideias o SEBRAE, também legisla "de acordo com o a LC 123/2006, em seu artigo 3º, pode ser considerada e enquadrada como de Pequeno Porte a empresa cuja receita bruta anual esteja compreendida entre R\$ 360.000,01 e R\$ 4.800.000,00".

Apesar de preservados este benefício na nova lei de licitações, o enquadramento da empresa de pequeno porte em seu § 1º do artigo 3º, LC, 123/2006, considera-se a receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). O produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, os serviços prestados e o resultado em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Este é o limite geral máximo para a sua incidência. Esta limitação aplica-se para as licitações em aquisições de bens ou serviços em geral, quanto para obras e serviços de engenharia.

As empresas ME e EPP tem o direito de preferência no processo licitatório. Entendemos por estes mandamentos que a hermenêutica dada em função da leitura de várias leis, regras, princípios, emendas à Constituição é o que apresenta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Lei n.º 12.376/2010, que amplia a visão jurídica, inclusive da Administração Pública.

### **3.2 Objetivos**

Resultantes do artigo 11, Lei n.º 14.133/2021, os objetivos estabelecidos trazem uma nova dinâmica das contratações pelo poder público. A sustentabilidade prevê a busca

das práticas oriundas dos acordos internacionais e tem definições na Agenda de 2.030 (dois mil e trinta), no ODS 12.7 – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, prevista na nova lei de licitações expressamente observáveis.

Inicialmente, será abordado o objetivo da proposta mais vantajosa. A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, considerando critérios como economicidade, qualidade e eficiência, é crucial para assegurar a satisfação do interesse público. Essa abordagem visa garantir que, entre as opções disponíveis, o serviço ou bem contratado represente a melhor relação custo-benefício.

O processo de contratação pública, seja por licitação ou contratação direta, é um mecanismo estratégico empregado pela Administração Pública. Seu propósito é viabilizar a aquisição de bens e serviços que atendam de maneira ótima às exigências e necessidades, visando à eficácia na consecução dos objetivos públicos. A ênfase na busca pela excelência na relação custo-benefício destaca-se como um princípio norteador, assegurando que os recursos públicos sejam empregados de maneira eficiente e eficaz para o benefício da sociedade.

Segundo objetivo, é o tratamento isonômico assegurado expressamente no artigo 11, inciso II, Lei n.º 14.133/2021, no processo licitatório, bem como a justa competição, sendo este o cerne, o ponto central dos certames, haja vista, que quanto mais interessados, menos formação de cartéis, sendo assim o polo central dos processos licitatórios.

Esta convicção é o sentido dado por Dworkin (*apud* Carvalho, Oliveira, Rocha, *et al*) da justa competição. É quando esta é ligada intimamente à igualdade em seu sentido material, refere-se igual respeito e consideração. Não basta somente a isonomia aplicada formalmente, mas é necessário que esta se reflita na relação da administração com os particulares, criando a lógica da justa competição.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 416), a isonomia, ou princípio da igualdade, visa “não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”.

O princípio da isonomia/igualdade é o alicerce central no processo licitatório, garantindo que não haja favorecimento a um licitante em detrimento de outros, assegurando a equidade nas condições. Essa premissa coexiste com o princípio da competitividade, estabelecido pela Lei n.º 14.133/2021, que visa a assegurar uma “justa competição”. Esse objetivo proíbe práticas da Administração Pública que restrinjam a competitividade do certame, evitando discriminações injustificadas que impeçam a participação de licitantes.

A legislação, ao expressamente destacar esses elementos como objetivos do processo licitatório, enfatiza a busca não apenas pela contratação da proposta mais vantajosa, mas também pelo fomento à ampla e justa competição. Isso se traduz em oportunidades equitativas para todos os interessados, reforçando a seleção da proposta que melhor atenda às necessidades da Administração Pública, independentemente da fonte.

Na prática, a observância desses objetivos é crucial para prevenir irregularidades nos procedimentos licitatórios, reduzindo os riscos de direcionamento ou favorecimento durante o certame. Desta maneira, a ênfase na igualdade e competitividade não apenas fortalece a integridade do processo licitatório, mas também reforça a transparência e a eficiência na utilização dos recursos públicos.

Na sequência, a Nova Lei de Licitações, em consonância com a Lei das Estatais, inova ao positivar a prevenção contra sobrepreços, preços inexequíveis e superfaturamento como um objetivo explícito do processo licitatório. Este avanço legal destaca a busca por combater a corrupção e fraudes que possam causar prejuízos ao erário.

A legislação detalha os conceitos de sobrepreço, superfaturamento e preços inexequíveis, eliminando lacunas interpretativas e reforçando a natureza preventiva dessas irregularidades. Embora alguns possam considerar essa positivação redundante, dada a reprovabilidade inerente a tais condutas, ela se revela crucial no contexto das licitações, um microsistema propenso a esquemas de corrupção, especialmente dada à magnitude dos valores envolvidos nos contratos públicos.

A definição explícita deste objetivo na Lei n.º 14.133/2021 instrumentaliza os agentes públicos, capacitando-os a prevenir tais irregularidades conforme os preceitos legais. Essa disposição contribui para a condução de processos licitatórios orientados pela satisfação eficaz das necessidades da Administração Pública, sendo um passo significativo na promoção da integridade e eficiência desses procedimentos.

O quarto objetivo apresenta um impacto profundo que serve como um novo rumo para as licitações da administração, bem como para as empresas participantes dos processos licitatórios, aumentando as inovações, empregos, e competitividade inclusive tecnológica. É o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável, expresso no artigo 11, inciso IV, Lei n.º 14.133/2021. É a assertiva da aplicação de políticas públicas quanto às compras das chamadas “Compras Verdes”, compras públicas sustentáveis, compras públicas eco eficientes, utilizando das licitações como forma de garantia e ou promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que possuem o respeito às gerações

presentes e futuras, à proteção do meio ambiente e o incentivo à inovação tecnológica. Tem seu propósito a prestação de novos serviços, novos produtos, novos processos no benefício do interesse público. Orienta ao dinâmico novo capitalismo em virtude das necessidades e demandas da sociedade, com preferências aos produtos nacionais, desenvolvendo o mercado interno, no sentido de produtos manufaturados e serviços nacionais, com ênfase dos bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, sendo esta última, uma mudança produzida pela Lei n.º 14.133/2021.

Outra introdução da nova lei é o da “Margem de Preferência”, onde 10% (dez por cento) e de até 20% (vinte por cento), para bens/serviços nacionais, resultantes dessa inovação tecnológica realizada no país, podendo ser estendida ao MERCOSUL, com contratação do objeto da sustentabilidade (contratos), onde a administração pública contrata mão de obra, à “Mulher vítima de violência doméstica” como a grande novidade desta lei de licitações, e não como novidade, mas juntamente com pessoa oriunda ou egressa do sistema prisional, este dispositivo já existente na Lei n.º 8.666/1993.

O quinto objetivo demonstra a Governança das Contratações. A nova lei de licitações nos processos licitatórios busca como objetivo o fortalecimento dos mecanismos de controles internos, colocando a prevenção de irregularidades. As contratações se tornam eficientes com seguimento por todos os agentes públicos envolvidos. São os protocolos de soluções estabelecidos pela portaria da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, SEGES/ME 8.678 de 19.07.2021, para garantir as finalidades previstas no artigo 11, Lei n.º 14.133/2021 que são diretrizes a serem seguidas, um verdadeiro checklist e sendo ainda instrumentos de governança pública.

A implementação é feita pela alta administração do órgão ou entidade responsável pela governança das contratações, que ao ser implantado impacta na gestão de riscos e controles internos e avaliações, direcionamento e monitoramento dos processos envolvidos nas licitações e os contratos promovendo uma uniformização de ambientes de integridade, saudável, colocando hermeneuticamente as leis orçamentárias e planejamentos confiáveis, em que pese à eficiência, a efetividade e a eficácia das contratações públicas.

Os controles internos é dever da Governança. O controle de estoque é um dos itens mais sensíveis neste sentido, pois, os prazos de entrada, de saídas, as validades, o ciclo de vida do objeto da contratação, visa o desenvolvimento sustentável.

### **3.3 As Fases e Modalidades da Licitação**

A lei n.º 14.133/2021 prevê mudanças das fases no processo licitatório, em relação com a Lei do Pregão de n.º 10.520/2002.

Os novos procedimentos passam a ser demonstrados expressamente no artigo 17, Lei n.º 14.133/2021:

**Art. 17.** O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

**I** - preparatória;

**II** - de divulgação do edital de licitação;

**III** - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

**IV** - de julgamento;

**V** - de habilitação;

**VI** - recursal;

**VII** - de homologação (Brasil, 2021).

A fase preparatória, uma inovação crucial na Lei de Licitações, fundamenta-se no princípio do planejamento e constitui a etapa interna do procedimento licitatório. Seu propósito é aperfeiçoar a condução do processo, abordando considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que impactam na contratação. Destaca-se a inversão das fases, anteriormente presente em modalidades como o pregão, onde a habilitação ocorre após o julgamento das propostas, permitindo a habilitação do vencedor.

Dentro da fase preparatória, encontra-se o “princípio geral” das licitações e contratos Administrativos, ou seja, os Institutos: ETP – Estudo Técnico Preliminar e o PAC – Plano Anual de Contratação, que é o planejamento que arquiteta todas as ações futuras dos gestores da Administração, disposto no artigo 18. Lei n.º 14.133/2021.

Na fase externa, determina-se a modalidade de licitação, critério de julgamento e elabora-se a minuta do edital ou carta convite, sendo essencial a análise jurídica para garantir conformidade legal. Inicia-se com a publicação do edital, permitindo que os interessados conheçam e apresentem suas ofertas. Durante esse processo, avalia-se a idoneidade jurídica, econômico-financeira e técnica dos proponentes. Após a análise das propostas pela comissão responsável, segue-se a fase de habilitação e julgamento.

A preferência pela forma eletrônica nas licitações, com a possibilidade da forma presencial, representa uma inovação relevante. A sessão pública é registrada em ata e

gravada com recursos tecnológicos de áudio e vídeo, promovendo segurança e transparência. Essa modernização busca eficiência, celeridade e redução da burocracia nos processos licitatórios.

O uso de recursos tecnológicos se estende a iniciativas como a criação de um catálogo eletrônico para padronização de compras, serviços e obras, um sistema informatizado de acompanhamento de obras com recursos de imagem e vídeo, e a adoção gradual de tecnologias integradas, permitindo a criação, utilização e atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

Outro ponto relevante é o destaque dado ao Portal Nacional de Contratação Pública (PNCP) como veículo oficial de divulgação dos atos relacionados a licitações e contratações públicas. Essas inovações convergem para uma modernização efetiva, garantindo transparência, agilidade e alinhamento aos avanços tecnológicos e melhores práticas de gestão pública. O processo licitatório, composto por fases interna e externa, visa assegurar a condução transparente, eficiente e legal, culminando na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Quanto à modalidade na nova Lei de Licitações, vale destacar a fluência de como é feito os procedimentos, podendo-se até dizer que é um processo, pois são vários atos que tem um objetivo a ser alcançado, caracterizados como normas gerais.

No aspecto de modalidade houve um impacto significativo, pois, foram criadas novas modalidades e combinações com as já existentes, vedando expressamente a criação de novas modalidades e ainda impede que leis estaduais e locais o façam. Foi suprimida a tomada de preços e o convite.

Ficou assim disposta com a nova lei de licitações expressas no artigo 28, Lei n.º 14.133/2021:

- I – Pregão,
- II – Concorrência,
- III – Concurso,
- IV – Leilão e,
- V – Diálogo Competitivo (Brasil, 2021).

Pregão, oriundo da Lei n.º 10.520/2002, porém ainda complexas e burocráticas quanto aos lances, trouxe uma sensível diferença, pois muda as fases com suas inversões



das fases de habilitação e julgamento, o que torna mais eficiente, com muita economicidade de tempo por parte da administração, já que com esse rompimento tradicionalista da habilitação inicial das propostas e que na nova lei de licitação, primeiramente é julgada a melhor proposta dentro dos interesses da administração, valendo-se de todos os princípios elencados anteriormente e sim posteriormente a averiguação detalhadamente da habilitação dessa proposta, ora vencedora.

São apresentadas via eletrônica, ainda que perdure na forma presencial, quando tiver motivo bem plausível, como expresso no artigo 17, § 2º, Lei n.º 14.133/2021, sendo esta em sessão pública, registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Lembrando que o pregão é uma modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, com critérios de julgamento com o de menor preço ou de maior desconto, combinados, com definição no artigo 6º, Lei n.º 14133/2021.

Quanto à concorrência, é uma modalidade de licitação para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, com os critérios de julgamento o menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou de maior desconto, definidos também no mesmo artigo da Lei n.º 14.133/2021. É uma modalidade não específica em que poderá participar quaisquer interessados, no entanto em razão da natureza do objeto.

Ela é obrigatória, por ser ampla e tem limitações nos contratos de concessão de serviço público, bem como em parcerias público-privadas, administrativas ou patrocinadas. Houve também significativa mudança pela nova lei de licitações, pois na legislação anterior a concorrência era direcionada para obras e compras no valor muito alto e agora não faz essa distinção de valores e sim a natureza do objeto.

O termo concurso descreve uma modalidade de licitação para escolha de trabalhos técnico-científicos ou artísticos e seu critério de julgamento é o de melhor técnica ou conteúdo artístico e, para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor, definidos também no mesmo artigo 6º da nova lei de licitações, e combinados nos moldes do artigo 30, incisos I, II, III, desta mesma lei, que trata da qualificação, diretrizes e condições de realização do concurso e ainda combinado com o artigo 93 desta mesma lei que diz sobre os direitos patrimoniais destas obras.

Essa espécie tem seu cerne à capacidade pessoalíssima tem como objetivo incentivo à cultura do país, sujeitos à qualificação dos participantes todos previstos nos editais.

Leilão é a modalidade de licitação para alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, a quem oferecer o maior lance, justificado de interesse público, avaliação prévia e do procedimento licitatório do leilão.

Na lei anterior era a alienação de bens penhorados, o que tornava errôneo.

Na aplicação da nova lei de licitações é sujeito aos bens empenhados, o que muda assertivamente o modo legal do objeto destinado ao leilão.

É feito por leiloeiro oficial ou servidor designado pela administração pública.

O leilão pode ser de bens imóveis. Neste caso acompanha no processo licitatório uma Declaração de Interesse público de Venda, avaliação prévia do bem e da Autorização Legislativa para que possa ser efetuada sua venda.

Por fim, diálogo competitivo, trata-se de modalidade de licitação para contratar obras, serviços e compras, em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados, mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. Seus fundamentos têm os moldes realizados na União Europeia e sua diretiva é do Parlamento Europeu. É também chamado de "Diálogo Concorrencial".

Reconhecidamente complexas e inovadoras. A administração pública com necessidades não satisfeitas, sem algumas adaptações de soluções existentes no mercado, porém ainda não alcançam as especificações técnicas aptas a concretizar as soluções de definição e identificação como a solução técnica adequada, requisitos técnicos mais adequados, e ainda a estrutura jurídica ou financeira do contrato, sem seu saneamento, há essa luz trazendo mais eficiência nas contratações e segurança jurídica, ou seja, há a necessidade do diálogo competitivo para nascer à estrutura adequada para tais contratações.

Após a definição, a administração apresentará por ocasião da divulgação do edital, em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e suas exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. Todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos serão admitidos, porém sem novos diálogos.

As soluções propostas ou informações sigilosas sem o seu consentimento não poderá ser revelada a outros licitantes. As reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravada mediante recursos tecnológicos de áudio e vídeo, é o

que nos revela o artigo 32, Lei n.º 14.133/2021. Este diálogo competitivo é conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 03 (três) servidores efetivos, podendo ainda ser admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, conforme o caso concreto.

#### **4 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, sítio eletrônico oficial. Este portal destina-se à divulgação centralizada e obrigatória envolvendo licitações e contratos, e também as contratações públicas, as atas de registros de preços, planos de contratações anuais, onde se promove a troca de informações.

A utilização de tecnologia para a gestão dos contratos públicos vem como implementação permitindo a participação de todos os entes e tendo a gestão compartilhada, dando publicidade obrigatória de todos os editais de licitações do país, inclusive aos órgãos que assim aderirem ao programa.

Expressa no artigo 174, Lei n.º 14.133/2021, a lei permite a realização de cadastro unificado anual, significando que só as empresas cadastradas poderão participar.

As contratações podem ser utilizadas pelos órgãos e entidades dos Poderes executivo, legislativo e judiciário de todos os entes federativos. A funcionalidade do portal pode demonstrar o sistema de registro cadastral, painel para consulta de preços, sistema eletrônico para realização de sessões públicas, acesso ao cadastro nacional de empresas inidôneas – CEIs e ao cadastro nacional de empresas punidas – CENEP, que impedem a contratação dessas empresas e restringe-as como sanções no ato de licitar, como Cadin, CNJ, CNDT, E-Sanções, Regularidade – FGTS, Relação de apenados- Impedimento Contrato-Licitação, Certidão de Débitos relativos aos Créditos Tributários Federais e da Dívida Ativa da União, Negativa de Dívida da União, Consulta situação no SICAF-ComprasNet- cadastro unificado de fornecedores, ficando excluída do certame. Neste portal nacional de contratação pública – PNCP permite a utilização de *Marketplace*, onde este ambiente reúna vendedores e compradores em que os vendedores oferecem seus produtos e serviços a potenciais compradores. Estes ambientes são devidamente cadastrados no portal.

Ensina-nos Rocha, Vanin e Figueiredo (2021, p. 428):

Para além do objetivo geral, que contém justamente os limites e possibilidades do controle social via PNCP e suas interações com a transparência e com a virtualidade, pode-se dizer que os objetivos

específicos do presente artigo constituem-se em: 1) estabelecer as premissas da transparência da Administração Pública, conectando com as possibilidades emergentes da virtualização; 2) explorar as relações entre os valores políticos clássicos da participação, conectando com a noção de contratação pública e; 3) elencar as potencialidades do controle social dos portais de contratação pública presentes na nova de lei de licitações.

Juntamente ao Ministério da Economia a plataforma "+Brasil", permite o cadastramento, acompanhamento e fiscalização das transferências voluntárias de recursos para entidades públicas e privadas.

A centralização de compras pela plataforma da Central de Compras privilegia os consórcios públicos em Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes para a realização das atividades previstas no artigo 181, Lei n.º 14.133/2021, nas compras com repasses voluntários do governo federal. Estas atividades e os seus procedimentos quanto às compras por mais de um órgão expressos no artigo 86 da mesma lei que orienta na fase preparatória com o prazo mínimo de 08 (oito dias) úteis a participação de outros órgãos ou entidades para equalizar este procedimento de manifestação de interesse, credenciamento, a qualificação, o sistema de registros de preços e o registro cadastral, conforme artigo 55 e 78 desta mesma lei, portanto conclui o artigo 19 desta mesma lei onde institui os instrumentos que permitam a Centralização, no que tange a aquisição e contratação dos bens e serviços.

## **5 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS**

A Lei n.º 14.133/2021 introduziu significativas inovações nas sanções e infrações administrativas, marcando uma evolução em relação à legislação anterior, especialmente a Lei n.º 8.666/93 e a Lei n.º 10.520/2002. A unificação de sistemas prévios resultou em quatro sanções distintas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

O avanço notável da nova lei reside na melhor tipificação das condutas irregulares, proporcionando transparência, previsibilidade e segurança às relações jurídicas entre licitantes/contratados e a administração pública. Destaca-se o caráter pedagógico da atividade sancionadora, evidenciado pelo artigo 156, § 1º, que estabelece cinco circunstâncias a serem consideradas ao aplicar sanções, incluindo agravantes, atenuantes e a implementação ou aprimoramento de programas de integridade.

A fixação de parâmetros mínimo e máximo para multas, entre 0,5% e 30% do valor do contrato, representa uma medida que confere equilíbrio e proporcionalidade às

penalidades. Além disso, a inovação que permite a desconsideração da personalidade jurídica em casos de abuso do direito contribui para coibir práticas ilícitas e confusão patrimonial.

No âmbito das sanções penais, a Lei de Licitações modificou o Código Penal, impondo punições mais rigorosas em casos de fraude em processos licitatórios e contratos administrativos. A expectativa é que essas mudanças fortaleçam as atividades decisórias e apuratórias, conferindo maior tenacidade e segurança às relações jurídicas entre licitantes e contratados, com ênfase em previsibilidade, transparência e equilíbrio.

## **6 CONTRATAÇÃO INTEGRADA**

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sofreu grande impacto com a nova lei de licitações, haja vista, que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básicos e executivos, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagens, testes, pré-operações e as demais fases da operação necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a definição no artigo 6º, inciso XXXII, Lei n.º 14.133/2021, onde coloca que para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e os casos em que ocorram eventos supervenientes, se façam análise de riscos e matriz de riscos e suas possíveis distribuições dos riscos ou suas locações, expressando em seu edital, baseado no artigo 22, desta mesma lei, e resguardados no artigo 103, também desta lei, quando da identificação dos riscos contratuais previstos e presumíveis.

Prevendo-se nestes casos a garantia inclusive a demonstração da capacidade técnica, econômico-financeira para cumprimento dos contratos quando da apresentação da proposta como enseja o artigo 58, §1º, Lei n.º 14133/2021, não podendo ser exigida a garantia de proposta superior a 1% (um por cento) do valor estimado da obra.

Didaticamente, pelo artigo 96, desta lei, poderá a critério da autoridade optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública e suas autorizações, seguro-garantia, ou ainda a fiança bancária, devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

Nos casos dos certames licitatórios das contratações de obras, serviços e fornecimento a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento), do valor inicial do contrato, no entanto autorizada a majoração até 10% (dez por cento), mediante justificativa e análise da complexidade técnica e do tamanho dos riscos existentes da obra, como expresso no *caput* do artigo 96, § 1º, II, da mesma Lei n.º 14.133/2021.

Na contratação de obras e serviços de engenharia de grande vulto, valores estimados superando R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). Com previsão no artigo 99, desta mesma lei o seguro-garantia, com cláusula de retomada, o percentual pode chegar até 30% (trinta por cento), do valor inicial do contrato.

Esta cláusula de retomada, o edital deve prever a exigência da prestação da garantia do seguro-garantia em que pese à obrigação da seguradora assumir a execução e concluir o objeto do contrato quando de seu inadimplemento. É uma cláusula complexa.

Feito isso, a seguradora cumpre os trâmites legais, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, passando a ter acessos às obras, execução do contrato com outras empresas a seus interesses, às auditorias técnica e contábil e demais controles internos e externos exigidos.

Caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice. É extremamente saudável esta cláusula, pois inibe os contratos que se tornam sem solução e obras inacabadas, amparada expressamente no artigo 102, parágrafos e incisos seguintes desta nova lei de licitações.

## **7 CONCLUSÃO**

O artigo analisou a Lei n.º 14.133/2021 em comparação com a antiga Lei n.º 8.666/93, destacando seu escopo, aplicação e integração com normativas como a Lei do Pregão 10.520/2002 e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC – Lei 12.462/11). A discussão é enriquecida pela abordagem da influência da pandemia de Covid-19 em 2020, que motivou a promulgação da Lei n.º 13.979/2019 e medidas provisórias para enfrentar emergências.

A necessidade de uma nova lei é justificada pela obsolescência da legislação anterior, datada de 1993, incapaz de atender às demandas evolutivas da administração pública. A Lei de licitações de 2021 consolida normativas dispersas, apresentando-se como uma extensa norma geral com 193 artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

Embora a nova lei represente avanços, destaca-se a persistência de uma burocracia excessiva e formalista, semelhante à sua predecessora. Essa rigidez pode comprometer a agilidade dos processos licitatórios e favorecer práticas corruptas. A análise sugere que a legislação, apesar das melhorias, ainda carece de eficiência para enfrentar os desafios contemporâneos.

A reflexão sobre a lentidão nos processos brasileiros ressalta a necessidade de celeridade, especialmente em licitações. As mudanças propostas, como diretrizes para

compras em grande escala e consórcios, são abordadas, mas a implementação esbarra na capacitação técnica insuficiente dos agentes públicos e em estruturas precárias.

A introdução de tecnologias, como sistemas informatizados e certificação digital, é reconhecida como essencial para otimizar processos. No entanto, a flexibilização do procedimento deve ser cuidadosa para garantir a observância de princípios constitucionais, como o devido processo legal, razoável duração do processo e eficiência.

O artigo conclui ressaltando o progresso alcançado e inspirando novos operadores do direito, destacando a importância de uma nação dinâmica e apta ao crescimento sustentável, com ênfase na preservação ambiental e equidade social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF; Presidência da República, 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 de out 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em 12 de out de 2023.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%ABblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%ABblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%). Acesso em: 12 de out de 2023.

BRASIL. **Lei no 9.841, de 5 de outubro de 1999**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9841.htm#:~:text=LEI%20No%209.841%2C%20DE%205%20DE%20OUTUBRO%20DE%201999.&text=Institui%20o%20Estatuto%20da%20Microempresa,e%20179%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9841.htm#:~:text=LEI%20No%209.841%2C%20DE%205%20DE%20OUTUBRO%20DE%201999.&text=Institui%20o%20Estatuto%20da%20Microempresa,e%20179%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal). Acesso em: 12 out de 2023.

BRASIL. **Lei do Pregão nº 10.520**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 12 de out de 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 12 de out de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm). Acesso em: 12 de out de 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 12 de out de 2023.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano – **Nova Lei de Licitações – Comentada e Comparada – Lei 14.133/2021** -Ed. Jus Podivm, 3ª ed. São Paulo – p.44.

CARVALHO, Murilo Alves - **Elementos de gestão aplicáveis ao processo judicial federal - Monografias do CEJ.** vol. 35, p. 70, 2021. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/Serie-monografias-35%20-%20MURILO%20ALVES%20-%20COMPLETO.pdf>. Acesso em: 12 de out de 2023.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo I.** 29 ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 416. Disponível: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8043353/mod\\_resource/content/2/DI%20PIETRO%20C%20Maria%20Sylvia%20Zanella.%20Direito%20Administrativo%20-%20pag%20411-459.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8043353/mod_resource/content/2/DI%20PIETRO%20C%20Maria%20Sylvia%20Zanella.%20Direito%20Administrativo%20-%20pag%20411-459.pdf). Acesso: 21 de novembro de 2023.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridge: **Harvard University** Press, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** Malheiros: São Paulo, 2007.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações.** Grupo Almedina (Portugal), p. 428, 2021. *E-book.* ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

RODRIGUES, Rodrigo B. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Editora Saraiva, p. 9, 2021. *E-book.* ISBN 9786555598230. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598230/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

SEBRAE, Santa Catarina. **EPP, Microempresa, MEI: Qual a diferença?**. Blog SEBRAE Santa Catarina, 2023. Disponível em: <https://www.sebrae-sc.com.br/blog/epp-microempresa-mei>. Acesso em: 21 de novembro de 2023.

## JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, A SOLUÇÃO QUE SE TORNOU PROBLEMA.

**DAVI FERNANDES FERREIRA:**

graduando em Direito pelo Centro  
Universitário UNA, campus  
Contagem/MG <sup>108</sup>

**BRENO MARQUES DE FREITAS**<sup>109</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O Juizado Especial regulamentado pela Lei 9.099/95, é uma instituição essencial no sistema Judiciário Brasileiro, que vem enfrentando diversos problemas em seu funcionamento. Criado para solucionar as dificuldades no acúmulo processual na justiça comum e proporcionar acesso facilitado e celeridade, neste artigo observa-se a falha em sua efetividade. De forma clara e objetiva, será dissertado algumas adversidades enfrentadas pelo Jesp, dentre elas, a sobrecarga de processos e os possíveis prejuízos à parte desacompanhada de um advogado, bem como, o termo Jus Postulandi juntamente com a hipossuficiência e a participação do Estado no acesso à justiça à todos. São alguns dos pontos abordados no presente artigo de forma aprofundada, com uma linguagem técnica, mas acessível; expondo a questionável efetividade do Juizado Especial Cível que mudou sua finalidade de origem ao decorrer do tempo e propondo uma solução viável de implementação através de novos meios que podem melhorar sua atividade.

**Palavras-chave:** Juizado Especial; Jus Postulandi; Hipossuficiência; Acesso à Justiça; Eficácia.

**Abstract:** The Special Court regulated by Law 9,099/95, is an essential institution in the Brazilian Judiciary system, which has been facing several problems in its functioning. Created to solve the difficulties in the procedural backlog in common justice and provide easier and speedy access, this article highlights the failure in its effectiveness. In a clear and objective way, some adversities faced by Jesp will be discussed, among them, the overload of processes and possible losses to the party unaccompanied by a lawyer, as well as the term Jus Postulandi together with hyposufficiency and the participation of the State in access to justice for all. These are some of the points covered in this article in depth, using technical but accessible language; exposing the questionable effectiveness of the Special

---

108E-mail: [davifernandesferreira16@gmail.com](mailto:davifernandesferreira16@gmail.com)

109 graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA, campus Contagem/MG.E-mail: [brenomarques25@gmail.com](mailto:brenomarques25@gmail.com)

Civil Court that changed its original purpose over time and proposing a viable implementation solution through new means that can improve its activity.

**Keywords:** Special Court; Jus Postulandi; Hyposufficiency; Access to justice; Efficiency.

## 1.INTRODUÇÃO

O Juizado Especial Cível<sup>110</sup> é um instrumento importante para a garantia dos direitos dos cidadãos que se encontram em situação de hipossuficiência<sup>111</sup>, ou seja, que estão em desvantagem social ou econômica em relação à outra parte do processo. No entanto, a realidade é que muitos desses cidadãos enfrentam dificuldades ao buscar seus direitos pelo Juizado Especial, principalmente aqueles que não possuem condições de pagar um advogado.

A legislação brasileira permite que as partes sejam assistidas por advogado ou, em casos específicos, possam exercer o direito de jus postulandi, ou seja, de representar a si mesma no processo. Entretanto, a falta de um advogado muitas vezes pode resultar em dificuldade para as partes que não possuem conhecimento jurídico ou não sabem como proceder na ação.

Além disso, há casos em que a própria burocracia e lentidão do sistema jurídico<sup>112</sup> dificultam ainda mais o acesso à Justiça. Certas ações podem levar meses ou até anos para serem resolvidas, o que pode causar graves prejuízos aos cidadãos necessitados.

É fundamental, portanto, que medidas sejam tomadas para garantir que as pessoas em situação de hipossuficiência tenham acesso efetivo à Justiça. Isso pode incluir a criação de programas de assistência jurídica gratuita ou aprimoramentos no próprio sistema do juizado especial cível.

O importante é entender que o direito à Justiça deve ser assegurado a todos, independentemente de sua condição econômica ou social<sup>113</sup>. A dramática realidade de muitas pessoas que não conseguem fazer valer seus direitos deve mobilizar as autoridades

---

110 L9099. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

111 Resolução nº 140, de 24 de junho de 2015, editada pela Defensoria Pública do Distrito Federal.

112 PEDROSA, Valtércio. A lentidão do Judiciário brasileiro.

113 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

públicas e a sociedade em geral a lutar por mudanças e avanços nessa área tão crucial para a garantia dos direitos dos cidadãos.

Somente assim pode-se alcançar uma sociedade onde a justiça não seja apenas uma ideia abstrata, mas uma realidade acessível a todos os cidadãos, independentemente de suas circunstâncias.

## **2. DESENVOLVIMENTO HUMANO - RELAÇÃO ENTRE SOCIEDADE, POLÍTICA, ESTADO E JUSTIÇA**

Desde os primórdios, o ser humano, ser social que é, procura pela integralização juntamente com os seus semelhantes<sup>114</sup>. Ainda que existam muitos embates entre os humanos, como estes, geneticamente, grosso modo, são iguais, existe uma incessante busca por acolhimento e aceitação entre eles<sup>115</sup>. Porém, devido às suas características distintas, ocorreram diversos conflitos, logo, houve a necessidade do estabelecimento de condutas sociais "admissíveis", e estas vem sendo desenvolvidas ao longo do tempo para um melhor convívio mútuo dos povos. Ainda hoje, encontram-se em construção, cooperando para a "concepção de mundo", "senso de justiça" presente na população.

Adiante o comentário acima, relata Ranelletti (p. 08 e 09, 2003):

Que onde quer que se observe o homem, seja qual for a época, mesmo nas mais remotas a que possa se volver, o homem sempre é encontrado em estado de convivência e combinação com os outros, por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem. O homem singular, completamente isolado e vivendo só, próximo aos seus semelhantes, mas sem nenhuma relação com eles, não se encontra na realidade da vida.<sup>116</sup>

Esta união de seres sob um só aspecto é o que desencadeou um novo conceito, chamado de sociedade<sup>117</sup>. Sendo assim, basicamente, é o encontro de diversas pessoas em um determinado território (cidades), com o fim de deleitar-se as exigências comuns, convivendo em harmonia e prezando pela sobrevivência de todos, através da cooperação e organização política.

---

114 RANELLETTI, Oreste. In *Instituzioni di Diritto Pubblico*. Parte Geral.

115 TROTTER, W. *Instincts of the Herd in peace and war*. Oxford: University Press. Parte Geral.

116 RANELLETTI, O. (2003). In *Instituzioni di Diritto Pubblico*.

117 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*.

Sob o ponto de vista de Wilfred Trotter (1919/1953, p. 2) aduz:

[...] Os dois campos – o social e o individual – são vistos aqui como absolutamente contínuos; toda a psicologia humana, isso é afirmado, deve ser psicologia do homem associado, visto que o homem como animal solitário é algo desconhecido para nós e todo indivíduo deve apresentar as reações características do animal social.<sup>118</sup>

Defronte a esta convivência social, diversos indivíduos se viam em corriqueiros atritos<sup>119</sup>. Fato que se atesta ante a miscigenação de ideias, pensamentos e valores incongruentes destes seres. E esta situação ainda se agrava por estes estarem contidos em um mesmo local, hoje conhecidos como “vilarejos”, “centros” ou “cidades”.

Na Grécia Antiga, mais especificadamente em Athenas, surgiu uma ideia inicial e breve de democracia, sendo uma das pioneiras neste quesito. Esta diretriz é conhecida como “*democracia atheniense*”<sup>120</sup>. O intuito desta, era solucionar e prestar atendimento diante das demandas trazidas pelos membros integrantes de determinado conglomerado social.

Após este conceito primário que fora criado sobre democracia (anteriormente eludido), houve uma nova formação organizacional social, e isto referindo-se mais precisamente ao período medieval, chamada então de Feudalismo.

No Feudalismo, o poder era descentralizado e dividido entre os donos das maiores quantidades de terras, chamados de senhores feudais. A disposição econômica na qual se figuravam era a posse de terra e as atividades desenvolvidas em torno desta<sup>121</sup>.

Consecutivamente, surge o Estado absolutista, trazendo outra nova estruturação. Neste caso, há uma centralização de poder político e administrativo, além da unificação de fronteiras, línguas e culturas. Tendo como objetivo principal a disciplina estável e permanente de seus integrantes<sup>122</sup>.

---

118 TROTTER, W. (1953). *Instincts of the Herd in peace and war*. Oxford: University Press (A primeira edição do texto integral é de 1919. Os dois primeiros ensaios são de 1909).

119 LINDGREN, & BYRNE. (1982). *Don. Psicologia: Personalidade e Comportamento Social*.

120 ARISTÓTELES, Política.

121 BLOCH, M. *A sociedade feudal*. Lisboa: Edições 70, 1989.

122 ENGELS, Friedrich.

Posteriormente, com o intuito de erradicar o Estado Absolutista, revoluções (Inglesas e Francesas) importantes aconteceram, e ao final destas, sucedeu-se outra nova disposição: O Estado de Direito.

Referindo-se ao Brasil, foco deste artigo, adotou-se a composição denominada Estado Democrático de Direito.

A principal diferença entre os sistemas políticos pós-revolucionistas, é destacada pela soberania da "vontade geral". A vontade geral é o atendimento do interesse comum da sociedade, obtido por meio do consenso das partes.

Para ROUSSEAU:

[...] a primeira e mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum.<sup>123</sup>

Isto posto, o regime adotado é o democrático, sendo o sistema político, o Presidencialismo. Tem-se como forma de organização de Estado e conseqüentemente de seu povo, a República Federativa. Nesta configuração, o poder está descentralizado e dividido entre executivo, legislativo e judiciário<sup>124</sup>.

A Justiça, se tratando de um conceito abstrato, é o princípio básico de um Estado ideal em que impera o equilíbrio e o respeito a igualdade de todos cidadãos e que por si só, deve ser razoável e imparcial entre os interesses, fortunas e ensejos entre as pessoas atreladas a determinado grupo social.

Sob a ótica do filósofo Aristóteles sobre o aspecto da justiça, segundo sua ideia, o objetivo era de equiparar as partes correlatas, fragmentando-se entre justiça distributiva – repartição de bens, de acordo com o merecido por cada indivíduo – e justiça correlativa. Neste último, em face do desacordo iminente entre as partes, seria necessário a intervenção de um terceiro, alheio ao conflito, para que pudesse dirimir e ditar o que de fato é justo<sup>125</sup>.

---

123 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Cartas escritas da montanha. São Paulo: EDUC: UNESP, 2006. Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada. São Paulo: Brasiliense, 1982. P.49

124 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

125 ARISTÓTELES, Política.

Passado o tempo e adaptando-se a um conceito mais “moderno” de justiça, é importante salientar que, de forma bem comprimida, a justiça não é mero procedimento formal, material e processual. Em verdade, está ligada à busca pela satisfação de dois litigantes, em face de um litígio, para qual sozinhos, estes não encontraram uma conclusão passível e necessitam de um terceiro para a resolução e liquidação da problemática em apreço. E esta resposta dada pelo representante do judiciário, estando de acordo com as principais fontes do direito, sendo então: as leis, costumes, jurisprudência, doutrina, analogia, princípio geral do direito e equidade.

### **3. ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO**

Não se sabe exatamente como surgiu a “ideia” dos Direitos Fundamentais, entretanto, existem duas correntes doutrinárias que explicam o possível surgimento. Sendo estas, o jusnaturalismo e o juspositivismo. O jusnaturalismo<sup>126</sup> defende que estes direitos provêm da própria natureza humana, ou seja, eles foram desenvolvidos com o nascimento do homem e se tornaram inerentes para a espécie. No caso do juspositivismo<sup>127</sup>, infere-se que são frutos da positivação das leis no dispositivo legal, e isto em face da ação humana já executada, logo, partir deste ato, constituiu o que hoje conhecemos como Direito Fundamental.

Existe ainda outra divergência doutrinária acerca do tema Direito Fundamental<sup>128</sup>. Esta consiste na diferenciação dos Direitos Humanos<sup>129</sup> e o próprio anteriormente citado. Para fins de elucidação sobre este, pode-se dizer que os Direitos Humanos são aqueles que estão positivados e acordados nos tratados e convenções internacionais, ou seja, integrantes de um plano internacional de “condutas admissíveis e passíveis”.

Ao passo que, quando se refere aos Direitos Fundamentais, estes estão diretamente ligados às Constituições de cada país, podendo estes, variar de Estado para Estado, de acordo com a ideologia, cultura e história dele, fazendo então, parte de um plano interno de normas e comportamento.

---

126 FINNIS, J. *Direito Natural em Tomás de Aquino*. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

127 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

128 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

129 ALVES, J.A. Lindgren. *Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

O Brasil faz parte e aderiu diversos tratados e convenções internacionais, os quais, considerados mais importantes, foram votados na câmara e no senado, vindo a ser assegurados em sua carta magna vigente<sup>130</sup> (CF/88).

De acordo com art. 8º, 1ª da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – São José da Costa Rica:

[...] toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de qualquer natureza”.<sup>131</sup>

A referida disposição, destaca a importância da justiça e do devido processo legal para proteger os direitos individuais. Garantir que toda pessoa tenha a oportunidade de ser ouvida por um juiz ou tribunal imparcial é um princípio central para prevenir abusos e assegurar a equidade no sistema de justiça. Essa cláusula reforça o compromisso das nações signatárias com o respeito aos direitos humanos e a promoção da justiça como base para sociedades justas e democráticas.

Aduz ainda, a Constituição Federal de 1988:

Art. 5, Caput - 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 [...]

[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;).<sup>132</sup>

Logo, o acesso à justiça tem relação direta com o ordenamento jurídico, tratados e convenções internacionais aderidos, e com a carta magna que rege determinado Estado<sup>133</sup>. Pois são estas previsões positivadas que irão atestar a possibilidade de rever

---

<sup>130</sup> No ordenamento jurídico brasileiro o Presidente da República tem competência para celebrar o tratado e, posteriormente, o Congresso Nacional irá aprová-los, mediante decreto legislativo. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o tratado volta para o Poder Executivo para que seja ratificado.

<sup>131</sup> OEA, O. d. (1969). Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. São José, Costa Rica.

<sup>132</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>133</sup> Idem.



determinada situação, bem como conduzir o processo para a resolução imparcial do litígio, e claro, se tratando de um Estado Democrático de Direito<sup>134</sup>.

O acesso à justiça é o meio existente para acionar a satisfação dos litígios por meio do poder estatal, ou seja, a Jurisdição exercida pelo Estado através de seu órgão jurisdicional chamado Poder Judiciário, que busca a aplicação da justiça. Aguiar (p. 38, 1999) preceitua:

Para haver justiça, é preciso que haja alteridade, isto é, a necessidade de exigir outro, outra pessoa, já que a justiça é uma virtude que se situa na relação entre os seres humanos. É necessário também que haja um devido de um para com o outro, um devido que seja justo, e, para sê-lo, ele necessita ser igual, isto é, que haja uma reciprocidade entre o direito de quem exige e a obrigação de quem é exigida certa conduta. 135

De acordo com o entendimento de Aguiar, evidencia-se que o acesso à justiça não se limita apenas à busca por uma resolução imparcial e equitativa de conflitos. Envolve também a fundamental noção de que a justiça é uma construção coletiva, emergindo da interação entre indivíduos na sociedade.

A igualdade e a reciprocidade são pilares essenciais desse processo, pois garantem que as demandas de um sejam atendidas de maneira justa, sem violar os direitos e as obrigações daqueles que são demandados<sup>136</sup>.

Não discrepa da matéria, Lyons (p. 127, 1999) quando afirma:

[...] A igualdade pode ser apreciada como uma fonte de jurisdição e justiça de cada pessoa que tem a mesma base para exigir uma parte dos bens ou de qualquer outra questão. 137

A afirmação de Lyons, destaca a igualdade como uma fonte de jurisdição e justiça, complementa e fortalece a ideia de que a igualdade é um elemento central no acesso à justiça. Ao reconhecer que cada pessoa tem uma base igual para exigir sua parte em bens

---

134 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013.

135 AGUIAR, R. A. (1999). O que é justiça: uma abordagem dialética. São paulo: 5 ed. Alfa-Ômega

136 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.

137 LYONS, J. (2000). Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes.

ou questões diversas, Lyons reforça a importância da igualdade como um princípio que permeia todo o sistema jurídico.

Portanto, o acesso à justiça não apenas confere poder aos indivíduos para buscar a resolução de litígios, mas também sustenta os alicerces de uma sociedade justa e harmoniosa, onde a alteridade e a equidade são valorizadas como princípios fundamentais<sup>138</sup>.

### **3.1 Acesso à justiça em uma perspectiva leiga**

Diante do ponto de vista dos leigos, juridicamente falando, existe a ideia de que nem sempre se alcança o que é almejado. O desleixo quanto ao significado dos termos “direito”<sup>139</sup> e “justiça”<sup>140</sup>, é um dos indiciadores deste questionamento. Em verdade, infelizmente é raro uma pessoa comum saber a diferença entre estas palavras e o conceito real emanado por estas. Geralmente o “praticado” (juridicamente) é diverso do “conhecido” (popularmente). Há ainda o fator renda que atua como um dificultador no acesso formal à justiça. Logo, os fatores anteriormente externalizados, criam a ideia de que a justiça não é igualitária e tem os seus privilégios.

Explana com sabedoria o Doutrinador Bezerra (p. 125, 2001) que elucida:

[...] É, sem nenhuma margem de dúvida, essa visão distorcida do homem comum, do leigo, ao que se constitui o verdadeiro acesso à justiça, que causa uma desilusão histórica e social, um sentimento de frustração do litigante, ao constatar que longe está de si, um efetivo acesso à justiça, por não conseguir ultrapassar o que Capelletti chama de “obstáculos a serem transpostos”, como custas judiciais, tempo processual, recursos financeiros para depósitos recursais, honorários advocatícios e periciais, e outros menos morais, que desengrenadamente ocorrem, sem se falar na alienação a respeito do que é justo, do que sejam direitos. Nesse passo, a ilusão da justiça desboca numa desilusão aterradora dos que pretendem o direito de

---

138 ARISTÓTELES, Política.

139 Em sua acepção mais restrita, o direito, em seu sentido objetivo, é o sistema de normas que regula as condutas humanas por meio de direitos e deveres.

140 Justiça é um conceito abstrato que se refere a um estado de interação social ideal onde há um equilíbrio, por si só, razoável e imparcial, entre os interesses, riquezas e oportunidades das pessoas envolvidas em determinado grupo social

acesso à justiça, pois sequer conseguem um efetivo acesso formal ao processo. 141

A efetividade do acesso à justiça se vê frustrada e dificultada aos olhos da sociedade, vez que quando se é ofertada a possibilidade, logo após, se demonstra incabível por quaisquer que sejam os obstáculos a estes impostos<sup>142</sup>.

#### **4. JUIZADO ESPECIAL - LEI REGULAMENTADORA**

A Lei 9.099/95 foi criada em 26 de setembro de 1995 e regulamenta o Juizado Especial. Sua origem fundamenta-se na grande insatisfação social em relação a morosidade processual do sistema judiciário, problemas com lentidão e a sua ineficiência<sup>143</sup>.

Dentre os princípios norteadores da Lei 9.099/95, os critérios basilares estabelecidos e mais notáveis para quem opta pela busca ao referido órgão, estão na informalidade, na oralidade, na celeridade e na simplicidade dos procedimentos, conforme prevê o Art. 2º da lei citada:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. 144

Desta forma, visa facilitar o acesso à justiça à pessoas que não possuem condições financeiras, bem como conhecimento jurídico aprofundado, reduzindo a burocracia e optando por uma linguagem mais clara e concisa<sup>145</sup>.

##### **4.1 Juizado especial e sua finalidade**

O principal objetivo da criação dos Juizados Especiais (JESP) é de simplificar e informalizar os atos judiciais, tendo em vista que a imagem "comum" institucional do Poder

---

141 BEZERRA, P. C. (2001). Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar.

142 Para que haja o verdadeiro e efetivo acesso à justiça é necessário o maior número de pessoas admitido a demandar e a defender-se adequadamente, além de diminuir a distância entre o cidadão comum e o poder judiciário.

143 Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Brasília, 1994.

144 Idem.

145 CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Judiciário, impacta negativamente e gera grande insatisfação popular em face da morosidade processual<sup>146</sup>.

A fim de atender de maneira mais célere e solucionar os conflitos de forma mais prática, em face dos litigantes (atendo-se ao princípio do devido processo legal), o legislador elaborou alternativas, nas quais, as partes determinam o melhor fim para os conflitos iminentes, resultando em uma melhor satisfação para ambas as partes, em relação ao interesse pleiteado.

Além disso, o JESP visa facilitar o acesso popular e dimensionar o risco jurídico-patrimonial, conforme aduz o art. 9º que "Nas causas de valor até vinte salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória." (Lei nº 9.099, 1995). Inclusive, é assegurado a autoria do litígio, ao maior de 18 anos, podendo ainda, participar da audiência de conciliação<sup>147</sup>.

Em acréscimo, questões passíveis de diálogo que antes demandavam anos para que fossem apreciadas, com a integração da conciliação e a mediação, descritas no Art. 3º do Novo CPC, percebe-se que ambas se tornaram fundamentais e indispensáveis dentro do sistema judiciário, principalmente quando se refere ao Juizado Especial. Extremamente importante para ressaltar às partes uma ferramenta que possibilite um acordo/transação para a reparação do dano causado, como também, abstém o sistema judiciário do acúmulo de ações a serem julgadas, corroborando assim para a celeridade e a finalização do processo.

Nota-se, ante ao exposto, o poder das partes em expor seus argumentos com maior facilidade, sem a excessiva formalidade dos tribunais comuns. Vale destacar que o processo se torna menos burocrático, e as decisões são tomadas com base no senso comum, na sabedoria popular e na sensatez humana. Considerando também que todos esses aspectos serão aliados à um juízo ágil e descomplicado, garantindo que as causas sejam resolvidas com maior facilidade e rapidez em todo o seu percurso.

#### **4.2 Morosidade processual**

Levando em consideração o principal problema do poder judiciário brasileiro em sua integralidade, e que o permeia há mais de um século, a morosidade processual possui algumas causas iniciais e contínuas que acarretam o acúmulo de ações no Judiciário. A falta

---

<sup>146</sup> Os resultados apresentados pelo relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2008 sobre a situação do poder judiciário brasileiro demonstram que é crescente o número de processos judiciais na justiça estadual (27,5% entre 2004/2008).

<sup>147</sup> Cf. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Manual do Valor da Causa, São Paulo, Saraiva, 1995, p.115.

de investimento e gestão institucional de todo o Poder Judiciário impacta negativamente na sociedade causando grande insatisfação popular com o acesso à justiça, principalmente em pessoas com situação de hipossuficiência técnica, intelectual e financeira<sup>148</sup>.

## 4.2 Hipossuficiências

O público que recorre ao Juizado Especial para solucionar suas demandas, são pessoas que em sua maioria encontram-se em situações de hipossuficiência. Considerando que a hipossuficiência se subdivide em: técnica, intelectual e financeira. Uma vez constatada, podem afetar uma das partes em um processo judicial, sendo importante compreender suas definições<sup>149</sup>.

A hipossuficiência econômica se refere à condição financeira de um cidadão, ou seja, uma pessoa que não possui recursos financeiros suficientes para arcar com as custas judiciais sem prejuízo de seu sustento familiar. Este fato ocorre com pessoas desempregadas, com problemas de saúde ou de 'classe social inferior', o que muitas vezes dificulta o acesso à informação e à justiça.

Hipossuficiência técnica se refere à situação em que uma das partes não possui conhecimentos técnicos ou habilidades específicas para atuar no processo judicial. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma pessoa leiga precisa defender seus direitos em uma ação judicial que envolve termos técnicos e/ou jurídicos complexos.

Já a hipossuficiência intelectual, por sua vez, está relacionada à falta de capacidade cognitiva de uma das partes. Isso pode ocorrer, por exemplo, em casos envolvendo pessoas com deficiência mental ou idosos com problemas de saúde que comprometem sua capacidade de compreensão.

Nesse sentido, elencando o tema com o princípio fundamental de acesso à justiça que vem sendo uma pedra angular do estado de direito e considerando o contexto do sistema judiciário contemporâneo, observamos que a hipossuficiência vem se apresentando como um tema de alta relevância e interesse para pessoas nessas condições. No entanto, o sistema judicial tradicional muitas vezes coloca barreiras substanciais àqueles que possuem recursos limitados.

---

<sup>148</sup> CAPPELLETTI, GARTH apud ABREU, Pedro Manoel. Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.38.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

Como resultado, a busca por uma resolução justa para solucionar seus litígios com mais autonomia através dos meios legais apresentados pelo sistema judiciário, o Jesp se apresenta como um avanço de origem a problemática, mas que pode não alcançar uma solução tão significativa e efetiva às partes nessas condições.

Sobre o tópico em questão, Fernando da Costa Tourinho Neto oferece uma perspicaz elucidação:

[...] Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à libertação da indesejável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa.<sup>150</sup>

No entanto, a ênfase na hipossuficiência e na simplificação dos procedimentos legais, embora benéfica para ampliar o acesso à justiça, suscita uma preocupação importante. A autonomia das partes hipossuficientes em decidir o curso de seus litígios é comprometida pela falta de conhecimento técnico e jurídico. A simplificação, por si só, não pode garantir decisões justas e informadas; tornando-se imperativo combinar a simplificação com esforços para educar e orientar às partes leigas.

#### **4.3 A suposta eficácia do juizado especial**

É possível identificar, conforme já abordado, o intuito do legislador na criação do Juizado Especial. No entanto, apesar da sua proposta inicial ser válida, a eficácia do Juizado Especial tem sido questionada por diversos especialistas, sendo um dos principais pontos de crítica; a falta de estrutura adequada para lidar com as demandas que chegam até ele.

Atualmente, tornam-se evidentes os problemas de sobrecarga de processos no referido Juizado, pela falta de servidores e defensores públicos, o que acaba por comprometer a qualidade da prestação jurisdicional e seu principal intuito. Além disso, a falta de uniformização de entendimentos entre os juízes também é apontada como um entrave à eficácia do Juizado Especial, já que muitas vezes há decisões divergentes sobre o mesmo tema, o que gera uma certa insegurança jurídica.

---

150 TOURINHO NETO, F. d. (2005). Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. São Paulo: RT, 4. Ed. p. 42 e 43.

Cabe ressaltar também que outra crítica notória ao Juizado Especial é em relação ao seu funcionamento no que tange à resolução de conflitos de forma amigável, através da conciliação e mediação. Embora, seja uma proposta interessante, na prática, muitas vezes a resolução amigável não é possível devido às diferenças entre as partes envolvidas, dentre outros fatores, o que acaba por tornar o processo mais longo e complexo<sup>151</sup>.

Embora o valor teto estipulado para ações no Juizado Especial seja um mecanismo importante para a definição e resolução das pequenas causas, muitos conflitos de maior complexidade acabam por ser submetidos ao Juizado com o objetivo de agilizar o processo. Este fato acaba por gerar ainda mais demandas judiciais, causando assim, além da morosidade processual, diversos outros pontos que tendem a depreciar a imagem do sistema judiciário de maneira evidente. Nesses casos, a falta de recursos e a falta de capacidade técnica do Juizado Especial para lidar com esses casos podem comprometer ainda mais a efetividade da sua atuação.

Nesse contexto, é vital reconhecer a importância de um sistema de justiça que responda adequadamente às necessidades de uma sociedade em constante evolução. Embora temos recebido tais meios jurídicos como um avanço, sua operação muitas vezes enfrenta desafios significativos instigando assim, debates sobre sua real eficácia.

Sobre a interseção entre a processualística e as novas atitudes ideológicas analisadas internacionalmente que moldam o sistema de Justiça de acordo com uma sociedade em evolução, Caetano Lagrasta suscita que:

É um avanço e uma resposta à efetiva adequação entre a processualística e as novas atitudes ideológicas. Tratando-se de vasto empreendimento internacional, que parte da concepção do moderno "Estado Social" e de seus deveres, analisa os obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos que dificultam ou até impossibilitam, a muitos, o uso do "sistema jurídico", o acesso a aparato jurisdicional e, conseqüentemente, à "própria virtude da garantia de igualdade". 152

---

151 TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. Meios alternativos de solução de conflitos. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 7.

152 LAGRASTA NETO, C. (1998). Juizado Especial de Pequenas Causa no Direito Comparado. São Paulo: Editora Oliveira Mendes p. 9.

É evidente que o acesso à justiça e a garantia de igualdade perante a lei são princípios centrais em sociedades democráticas. No entanto, a realização plena desses princípios é frequentemente obstruída pelos desafios mencionados.

Contudo, além de todos os pontos contraproducentes citados, o ponto mais debatido é a ausência de um advogado na ação, associado à dificuldade de compreensão da parte em relação a complexidade do sistema judicial e dos procedimentos legais. Podendo levar o litigante desacompanhado a decisões desfavoráveis e, em casos extremos, à perda de direitos ou indenizações que a parte obteria êxito se tivesse sido adequadamente representada.

## **5. JUS POSTULANDI**

Este ponto gera um grande debate no meio jurídico. O jus postulandi refere-se ao direito de a parte postular em juízo sem o auxílio de um advogado. Ou seja, permite ao litigante agir em causa própria sem a necessidade de um profissional habilitado<sup>153</sup>.

A “Criação do jus postulandi das partes” deu-se início por via da Lei 1.237/39, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, estando presente primariamente no âmbito da Justiça do Trabalho. Posteriormente, foi mantido o referido tema na CLT, sendo estabelecido em seu art. 791 e tendo vigência atualmente.

Diante desta iniciativa e com a elaboração posterior da Lei 9.099/95, que vinha com o intuito de desafogar o sistema comum de justiça, foi incluída esta perspectiva retratada no parágrafo anterior. Ela foi trazida como justificativa aos direitos fundamentais relacionados ao acesso à justiça, nos quais estão assegurados na Constituição Federal de 1988, bem como, se baseia no princípio da celeridade no processo judicial.

Ocorre que não é tão simples assim a efetivação do acesso à justiça, bem como do Jus Postulandi, tendo como base, a forma com que é vulgarmente absorvido pela população comum. Existem algumas particularidades para que haja a efetivação do jus postulandi, e nesse caso, referindo-se ao JEC (Juizado Especial Cível) e a Lei 9.099/95, é exposto em seus artigos 8º e 9º, a descrição de quem poderá ser parte no JEC e como proceder-se-á aplicação do jus postulandi.

Entretanto, levando em consideração a perspectiva prevista no Art. 5º, inc. XXXV da CF/88, sobre o acesso à justiça ser assegurado aos cidadãos, e com base no princípio da isonomia, tem-se que todas as pessoas, em se tratando do jus postulandi, ao requerê-lo,

---

<sup>153</sup> NOGAROTO, Tainara Delafina. Os juizados especiais e o jus postulandi. Jurisway sistema educacional online, 30 de julho de 2013.



estas estariam em pleno cumprimento de seu direito constitucional e fundamental previsto<sup>154</sup>.

Acontece que na prática, o direito das partes no “auto postulação” é flagelado. Isto porque no exato momento em que num litígio, um litigante possui um profissional graduado e com experiência de atuação na área jurídica e a outra parte processual não possui um representante com o mesmo conhecimento e age de forma autônoma, sem quaisquer conhecimentos sobre prazos ou ritos, está ali evidenciada a disparidade processual. Afinal, o direito é uma área complexa e exige conhecimentos específicos para que se possa atuar com eficácia.

Nesse sentido aduz Brevidegli:

[...] O jus postulandi é uma falácia e uma afronta a princípios constitucionais de contraditório, isonomia e ampla defesa entre as partes. Qualquer pessoa que atue na área jurídica sabe que um leigo sem advogado torna-se um personagem sem voz no processo, visto que a construção da verdade processual exige muito mais do que a posse da verdade real: exige habilidade para prová-la e construí-la aos olhos do Juiz, usando como armas, uma retórica bem elaborada e uma compreensão das leis. 155

Diante disso, muitos juristas são consoantes no entendimento de que o jus postulandi é inconstitucional, isto porque na CF/88 em seu Art. 133 está previsto que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Somando-se a isso, esclarece-se que as garantias referidas nesse artigo da CF/88 (Art.133) são distintas, segundo demonstrações de Mario Antônio Lobato de Paiva:

[...] duas garantias distintas: a primeira, pertinente a indispensabilidade da presença do advogado à administração da justiça, que é uma garantia das partes, pois somente a estas pertencem os interesses em conflito e a respeito dos quais deve ser administrada a justiça; e a segunda, imprescindível à efetividade da primeira, diz respeito à inviolabilidade, esta sim, uma garantia do

---

154 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

155 BREVIDELLI, S. R. (2002). A falácia do jus postulandi: garantia de acesso à injustiça. SP: In: Jus Navigandi, nº 54.

advogado, mas que, restrita aos atos e manifestações praticadas no exercício da profissão, segundo limites da lei, é conferido para assegurar a independência necessária à plena defesa dos interesses da parte. 156

Diante a afronta ao Art. 9º da Lei 9099/95 ao art. 133 da Constituição Federal de 1988, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 1539-7) a qual foi julgada improcedente pelo Superior Tribunal Federal.

Quando o STF decide pela improcedência da ADIN retromencionada, este permite que haja dentro das relações processuais uma alta disparidade entre as partes, além de fragilizar a classe dos operadores do direito, incluindo advogados e defensores públicos na medida em que estes trabalhadores se sentiram desvalorizados. Ademais, neste sentido, o Tribunal acabou vislumbrando a possibilidade da celeridade em detrimento da qualidade e justiça ao cidadão comum, e ainda abrindo um leque para que temas que requerem uma seriedade maior, sejam lidados e conduzidos por pessoas sem qualquer experiência e competência para o devido andamento.

O fato é que o jus postulandi é um direito legítimo das partes. A supressão deste, seria uma vedação em face de direitos fundamentais e diante da situação econômica atual do país, esta possibilidade, muitas das vezes, pode ser a única viável para algumas pessoas conseguirem o devido reparo de seu direito infringido.

No entanto, é necessário ressaltar que na constituição federal em seu Art. 5º, inc. LXXIV é evidenciado o direito à assistência jurídica gratuita e sendo esta, uma obrigação atribuída ao Estado. Por esta razão, se uma pessoa não tem condições de pagar por um advogado, ela tem o direito de receber assistência jurídica gratuita por meio da Defensoria Pública.

Destarte, o jus postulandi trata-se de uma questão com uma alta complexidade e que se deve ser amplamente debatido. Pode-se dizer que, sem o devido aprofundamento sobre o tema, esta alternativa parece ser bastante atrativa, mas seu cumprimento na prática pode trazer mais transtornos do que reparação e eficácia em relação ao direito pleiteado. Diante dessas circunstâncias, é necessário que sejam criados mecanismos que visam garantir a concretização do acesso à justiça, sem o detrimento de princípios indispensáveis,

---

156 LOBATO, M. A. (1998). A supremacia do advogado em face da supremacia do advogado em face do jus postulandi. Belém do Pará: Pag. 40.

como por exemplo, o da isonomia, e que se estabeleça de forma equânime e justa, sem a necessidade de recorrer ao jus postulandi. 157

## **6. MÉTODOS CRIADOS PARA A MELHORIA DO ACESSO À JUSTIÇA E DO JUS POSTULANDI**

De acordo com o contexto apresentado, é perceptível a consolidação e positivação do princípio do jus postulandi no âmbito da jurisdição. Todavia, atualmente acompanhada por estímulos voltados à adoção de uma postura contrária, almejando uma atuação adversarial.

O sistema jurídico contemporâneo, tem experimentado uma crescente consolidação, refletindo uma tendência que tem destaque nas esferas jurídicas. A positivação desse fenômeno é acompanhada por estímulos que visam promover uma postura mais ativa e combativa por parte das partes litigantes. Além disso, esse desenvolvimento está intrinsecamente ligado à presença de organizações e instituições que desempenham um papel vital na disseminação do conhecimento jurídico e na prestação de esclarecimentos relativos ao funcionamento do sistema judiciário. Sendo por ora, responsáveis por disseminar e ampliar o escopo do conhecimento jurídico<sup>158</sup>.

Dentre um dos meios facilitadores temos o Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) e o Serviço de Assistência Judiciária (SAJ) que são instituições acadêmicas que desempenham um papel fundamental no processo de formação e capacitação dos estudantes de direito, ao mesmo tempo em que presta assistência jurídica à comunidade em situação de hipossuficiência.

A criação dos referidos núcleos surge da necessidade de integrar o aprendizado teórico do direito com a vivência prática da profissão, conferindo aos estudantes a oportunidade de desenvolverem habilidades essenciais, como pesquisa jurídica, elaboração de peças processuais, negociação e argumentação, através da resolução de casos reais, considerando que atuam em áreas diversas do direito. Oferecendo assim, auxílio jurídico às camadas mais vulneráveis da sociedade que muitas vezes não teriam acesso ao sistema judiciário sem essa ajuda. Essa criação reflete o compromisso da

---

157 NOGAROTO, Tainara Delafina. Os juizados especiais e o jus postulandi. Jurisway sistema educacional online, 30 de julho de 2013.

158 CAMPO, Hélio Márcio. Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 55.

instituição de ensino juntamente com alguns princípios como a formação prática, servindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

A população conta também com o Programa "Justiça Cidadã" sendo uma iniciativa voltada para a capacitação de agentes multiplicadores em questões fundamentais de direito, justiça e cidadania, bem como o emprego de métodos alternativos para a resolução de conflitos sem a necessidade de intervenção judicial. Esse programa consiste em cursos de capacitação ministrados voluntariamente por profissionais altamente qualificados, como desembargadores, juízes, servidores públicos e promotores de justiça.

As aulas abordam diversos temas e matérias essenciais do direito com o objetivo de fornecer aos participantes uma visão abrangente e compreensão clara dos direitos e deveres legais, capacitando-os a disseminar esse conhecimento em suas comunidades.

Essa capacitação visa empoderar os agentes multiplicadores tornando-os disseminadores de informações básicas sobre direitos e leis, permitindo que as pessoas compreendam melhor seus direitos e possam tomar decisões informadas em suas vidas cotidianas. Com o envolvimento voluntário de profissionais experientes do sistema judiciário, o referido programa também incentiva uma maior aproximação entre a justiça e a sociedade civil, fortalecendo a confiança no sistema legal e facilitando o acesso à justiça para todos os cidadãos.

Dessa forma, o Programa "Justiça Cidadã" desempenha um papel essencial na construção de uma sociedade mais consciente de seus direitos e responsabilidades, bem como na promoção de uma cultura de paz e resolução pacífica de conflitos. Ele reforça a importância da cidadania ativa e da participação da comunidade no processo de construção de uma justiça mais inclusiva, equitativa e eficiente<sup>159</sup>.

## **7. SETOR DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA ESPECIALIZADA – SAJE**

Como uma proposta inovadora, é possível que se estabeleça um novo setor dentro do Juizado Especial que ofereça assistência jurídica por meio de estudantes de direito no décimo período, bem como advogados recém-formados, como uma abordagem interessante para mitigar os desafios enfrentados por partes hipossuficientes no processo. Esta iniciativa pode contribuir para garantir que indivíduos sem recursos financeiros suficientes tenham acesso a uma representação adequada e justa em procedimentos judiciais complexos, enquanto também oferece uma oportunidade valiosa para que os advogados recém-formados desenvolvam suas habilidades práticas.

---

159 SILVA, João. *Justiça Cidadã: Princípios e Práticas*. São Paulo: Editora Jurídica, 2020.

Seria a criação de um setor semelhante ao funcionamento do NPJ e SAJ, mas no âmbito do Juizado Especial, sendo denominado como "Setor de Assistência Jurídica Especializada" (SAJE). Funcionaria como uma extensão do Juizado Especial, voltado especificamente para fornecer assistência direta aos indivíduos hipossuficientes que optam por exercer o jus postulandi. Tendo como característica principal, a parceria com universidades e com a OAB, permitindo com que estudantes de direito e advogados recém-formados atuem sob a supervisão de advogados experientes. Isso garantiria a participação de profissionais habilitados no processo de assistência jurídica.

Como ponto de agregação, percebe-se também a supervisão e orientação de advogados mais experientes sobre os profissionais recém-formados e formandos, tendo ali a oportunidade de adquirir conhecimento prático e orientação na condução de casos trazidos no âmbito do Juizado Especial. O SAJE visa promover programas de capacitação contínua para os advogados recém-formados e formando, abrangendo áreas de prática relevantes; ética profissional e habilidades de negociação. Sendo sujeito a avaliações regulares para medir a eficácia do referido setor (SAJE) em termos de acesso à justiça, qualidade da assistência jurídica prestada e desenvolvimento profissional dos advogados recém-formados e formandos.

Uma proposta interessante para promover a integração de meios de auxílio para as partes processuais mais carentes seria vincular o exercício da advocacia à prestação de assistência judiciária durante um período determinado. Nesse contexto, ao ser aprovado nas duas etapas do exame de ordem, o candidato recém-formado deveria dedicar-se voluntariamente à assistência judiciária no Juizado Especial (JESP)<sup>160</sup> por um período de seis meses.

Durante esse período, o advogado em formação atuaria de forma colaborativa, não como representante autônomo da parte, mas como um auxiliar que fornece informações e esclarecimentos sobre questões processuais específicas, nas quais a parte necessita de um entendimento mais aprofundado sobre o sistema judiciário. Esse auxílio contribuiria com o transcurso processual, deixando mais claro o direito da parte e ajudando assim, a garantir que as pessoas envolvidas em processos judiciais sem advogado compreendam melhor os procedimentos legais envolvidos em suas demandas.

Essa abordagem teria benefícios tanto para os advogados em formação e formandos quanto para as partes carentes que necessitam de assistência legal. Podemos

---

<sup>160</sup> CAMPOS, Antônio Macedo de. Juizado especial de pequenas causas: comentários à Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Saraiva, 1985.

considerar que, os recém-aprovados no exame da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e formandos, teriam a oportunidade de ganhar experiência prática e aprofundar seus conhecimentos jurídicos ao lidar diretamente com situações reais e com as necessidades específicas das partes envolvidas em processos judiciais. Além disso, essa prática também permitiria aos jovens advogados desenvolverem habilidades de comunicação e empatia, essenciais para uma advocacia mais humanizada e sensível às necessidades dos clientes.

Por outro lado, a prestação de assistência judiciária por parte dos advogados em formação e formandos traria benefícios significativos para as partes carentes, pois elas teriam acesso a informações e esclarecimentos sobre seus casos, o que poderia ajudá-las a compreender melhor os trâmites processuais e a tomar decisões mais informadas ao longo do processo judicial. Isso, por sua vez, contribuiria para uma maior equidade e acesso à justiça efetivo para aqueles que não têm condições de contratar um advogado particular.

Em resumo, o estabelecimento de um pré-requisito para aprovação no exame da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil)<sup>161</sup> vinculado à prestação de assistência judiciária voluntária no JESP pode ser uma alternativa promissora para a integração de meios de auxílio aos mais carentes. Essa iniciativa teria o potencial de beneficiar tanto os advogados em formação, ao proporcionar-lhes experiência prática valiosa, quanto às partes carentes, ao garantir-lhes maior compreensão do sistema judiciário e um maior acesso à justiça.

Em termos jurídicos, a implementação do SAJE demandaria ajustes na legislação pertinente, possivelmente através de regulamentações específicas que definam os critérios de atuação dos advogados recém-formados, a supervisão necessária e outras diretrizes operacionais. Essa proposta do SAJE representa um avanço no aprimoramento do sistema de acesso à justiça e poderá contribuir significativamente para equilibrar a equação entre a hipossuficiência.

## **8.CONCLUSÃO**

Cabe mencionar que em consonância com as dinâmicas evolutivas do sistema judiciário brasileiro, a Lei 9.099/95, está sujeita a avaliações periódicas que visam a sua melhoria e adequação às demandas contemporâneas, incluindo a ampliação da competência dos Juizados Especiais, para abarcar casos de maior complexidade. Além disso, reformas podem ser direcionadas para fortalecer a estrutura de recursos humanos e

---

<sup>161</sup> ABIKAI, Antônio José Ferreira. "Reflexões pedagógicas sobre a Portaria do MEC nº1886/94". In: OAB, Conselho Federal. OAB Ensino jurídico: balanço de uma experiência. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000, p.51-65

materiais dessas unidades, a fim de garantir a eficiência e eficácia na prestação jurisdicional<sup>162</sup>.

No entanto, esse sistema não está imune a desafios e críticas. Dentre os principais desafios enfrentados pela estruturação dos Juizados Especiais, destacam-se a carência de recursos financeiros e estruturais em algumas unidades judiciárias, o que pode comprometer a eficiência do processo.

Em razão disto, a constante avaliação e aperfeiçoamento da Lei 9.099/95 se tornam fundamentais para assegurar que os Juizados Especiais continuem a cumprir seu papel. A busca por reformas e atualizações deve ser orientada e incentivada pelo sistema judiciário brasileiro para busca de equilíbrio entre a simplificação processual e a garantia de direitos, com vistas a manter esse importante instrumento jurídico alinhado com as necessidades da sociedade e do sistema de justiça como um todo.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R. A. (1999). O que é justiça: uma abordagem dialética. São paulo: 5 ed. Alfa-Ômega.
- ARISTÓTELES. (1997). Política. Tradução, introdução e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. Universidade de Brasília.
- BEZERRA, P. C. (2001). Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar.
- BLOCH, M. (1989). A sociedade feudal. Lisboa: Edições 70.
- BRASIL. (promulgada em 05 de outubro de 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal: Vade Mecum RT 2009 Universitário, Revista dos Tribunais.
- BREVIDELLI, S. R. (2002). A falácia do jus postulandi: garantia de acesso à injustiça. SP: In: Jus Navigandi, nº 54.
- ELGELS, F. (1984). A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

---

162 CUNHA. Maurício Ferreira. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 8 ed. Salvador: Juspodvim, 2016

LAGRATA NETO, C. (1998). Juizado Especial de Pequenas Causa no Direito Comparado. São Paulo: Editora Oliveira Mendes p. 9.

Lei nº 9.099. (26 de setembro de 1995). Brasília, Brasil.

LINDGREN, & BYRNE. (1982). Don. Psicologia: Personalidade e Comportamento Social. RJ: Ed.: Sindicato Nacional dos Editores de Livros - Traduzido do original americano por Ary Band.

LOBATO, M. A. (1998). A supremacia do advogado em face da supremacia do advogado em face do jus postulandi. Belém do Pará: Pag. 40.

LYONS, J. (2000). Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes.

OEA, O. d. (1969). Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. São José, Costa Rica.

PEDROSA, V. (2005). A lentidão do Judiciário brasileiro. Teresina: Revista Jus Navigandi.

RANELLETTI, O. (2003). In Instituzioni di Diritto Pubblico.

REALE, G., & ANTISERI. (2005). D. História da Filosofia. São Paulo: Paulus, V.

Rousseau, J. J. (1983). Discurso sobre os fundamentos das desigualdades entre os homens.

STATT, D. A. (1978). Introdução à Psicologia. SP: Harbra.

STF, J. S. (24 de 04 de 2003). Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fonte: JusBrasil: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771120/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1539-uf-stf>.

TOURINHO NETO, F. d. (2005). Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. São Paulo: RT,4. Ed. p. 42 e 43.

TROTTER, W. (1953). Instincts of the Herd in peace and war. Oxford: University Press (A primeira edição do texto integral é de 1919. Os dois primeiros ensaios são de 1909).

WEBER, M. (1999). Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Barbosa. São Paulo: UNB.



## **OS DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE IMAGEM NA INTERNET: A REALIDADE BRASILEIRA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**MATHEWS AMADEU VERLANGIERI:**  
bacharelado em direito pela  
Universidade de Gurupi-TO<sup>163</sup>.

**RESUMO:** Cada vez mais estamos ligados à internet, utilizando-a como entretenimento, passatempo e, muitas vezes, trabalho. As plataformas de vídeo e imagem estão cada vez mais presentes no nosso dia-a-dia, mas como vivemos em um mundo que está cada vez mais público, como podemos resguardar nossos Direitos da Personalidade? Esse estudo vem com a proposta de entender como o Direito Brasileiro está lidando com a questão do Direito de imagem e os Direitos Autorais na internet, em foco nas redes sociais, nos aplicativos de transmissão ao vivo (streaming) e em plataformas de vídeos autorais. Utilizando a Constituição Federal, o Código Civil, e as normas e diretrizes dos mais famosos aplicativos da atualidade analisando nossa legislação e jurisprudências e identificar como se encontra nosso código para essa inovação do mundo moderno.

**Palavras-chave:** Direito da Personalidade. Direitos Autorais. Direito de Imagem. Internet. Rede Sociais.

**ABSTRACT:** We are increasingly connected to the internet, using it as entertainment, hobby and, often, work. Video and image platforms are increasingly present in our daily lives, but as we live in a world that is increasingly public, how can we safeguard our Personality Rights? This study comes with the proposal to understand how Brazilian law is dealing with the issue of image rights and copyright on the internet, focusing on social networks, live streaming applications (streaming) and copyright video platforms. Using the Federal Constitution, the Civil Code, and the rules and guidelines of the most famous applications of today, analyzing our legislation and jurisprudence and identifying how is our code for this innovation in the modern world.

**Keywords:** Personality Law. Copyright. Image rights. Internet. Social networks.

### **1.INTRODUÇÃO**

Até recentemente, o autor e o editor mantinham uma relação muito profissional. Essa situação começou a mudar na década de 1970, quando a literatura brasileira conquistou pela segunda vez a simpatia dos leitores (a primeira foi no início deste século).

---

163 E-mail: [mverlangier@gmail.com](mailto:mverlangier@gmail.com)

Naquela época, o Brasil já tinha uma indústria bem desenvolvida e conseguiu espalhá-la por quase todo o território nacional. Antes disso, a relação paternalista entre editores e autores dominava. Uma pessoa é um benfeitor e aceita a publicação de seu livro porque acredita que seu ofício é uma missão, não um modo de vida. Falar em vender livros é quase uma heresia. Quando o autor começou a vender, essa situação começou a mudar e o purismo foi deixado de lado: começou a fase de especialização. Os autores já discutiram seus direitos e contratos obrigatórios. Enquanto o livro for publicado, não haverá mais necessidade de assinar quaisquer artigos. Isso se deve principalmente à falta de legislação e até mesmo ao desconhecimento das leis existentes.

Se quase nada se sabe sobre direitos autorais de obras até hoje, o que dizer das ferramentas relacionadas a direitos de imagens, sons, programas, CD-ROMs, softwares, hardwares e Internet? "Os direitos autorais lidam basicamente com a imaterialidade, principal característica da propriedade intelectual. Estão presentes nas produções artísticas, culturais, científicas etc." (FILHO, 1998, p.2).

A introdução do alfabeto grego escrito (aproximadamente 700 aC) mudou a cultura humana porque inventou a cultura da alfabetização. No passado, havia apenas comunicação verbal, seguida de representações gráficas. Todas as obras são manuscritas. Apenas os chamados copistas recebiam por seu trabalho, e os autores só recebem honra.

Com o aparecimento dos tipos móveis, atribuído a Gutenberg, em meados do século XV, a forma escrita fixa-se e as idéias finalmente atingem uma escala industrial. Só a partir daí aparece o problema dos direitos autorais, a proteção e a remuneração dos autores. O *copyright* começa a ser reconhecido na Inglaterra através do Copyright Act de 1790, que protegia as cópias impressas por 21 anos, contados a partir da impressão. Obras não-impressas eram protegidas por apenas quatorze anos. (FILHO, 1998, p.183).

A Revolução Francesa aumentou o status elevado da obra do autor, com foco em sua originalidade, patriarcado e integridade da obra, que não pode ser modificada sem seu consentimento explícito. Seus direitos são tidos por lei e se estendem durante toda a vida. No caso do Brasil, os direitos autorais não foram regulamentados até a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1993. Em 19 de junho de 1998, a nova lei de direitos autorais entrou em vigor.

Os direitos de imagem permitem que as pessoas usem suas próprias imagens, reproduzir ou dispor desta. Assim, podendo ser comercialmente ou não. Além disso, o direito permita que o indivíduo obste a reprodução sem permissão ou justificativa, tendo o poder de proteção.

Nasce do próprio uso vulgar do termo “imagem”, o qual passa a significar não apenas a fisionomia e a sua reprodução, mas também o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. (...). Assim, cumpre ressaltar que as particularidades que compõem a imagem-atributo de uma pessoa serão colhidas através da reiterada observação de seu comportamento nas relações sociais. (SOUZA, 2003, p. 42).

O direito à imagem serve principalmente para proteger os interesses de sobrevivência das pessoas e é entendida como direitos da personalidade, já que está diretamente ligada ao indivíduo. “Nesse sentido, compreende-se que tal direito pertenceria à integridade psicofísica do indivíduo, uma vez que está ligado tanto ao aspecto físico, ao corpo do ser humano, quanto ao moral e psíquico” (TEFFÉ, 2016, p. 175).

Para Chiara Spadaccini De Teffé (2016), a tecnologia e a modernidade estão diretamente ligadas a necessidade de proteger a imagem e existir leis que se relacionem:

À medida que a tecnologia evolui, novas ferramentas são desenvolvidas e, conseqüentemente, surgem novas formas de causar danos a terceiros, sendo possível destacar, entre as diversas situações: a divulgação não autorizada de imagens íntimas e/ou de cenas de nudez em aplicativos e sites de compartilhamento de conteúdo; a criação de perfis falsos em redes sociais virtuais; a indexação por provedores de pesquisa de conteúdo em desacordo com as características atuais do indivíduo; a criação de página com mensagens ofensivas a determinada pessoa ou com atribuição de características em desacordo com a atual personalidade do retratado; e a exposição abusiva da imagem de uma determinada pessoa em notícia jornalística ou em quadro de humor. Areladas ao uso indevido de imagem encontram-se também práticas de intimidação e de agressão a terceiros na internet, como o cyberbullying e a chamada pornografia de vingança. (TEFFÉ, 2016, p. 174).

Inicialmente, o conceito de imagem foi analisado de forma limitada com base em aspectos puramente visuais. A imagem foi entendida como qualquer trabalho gráfico, fotografia, escultura ou filme de uma pessoa. Mais tarde, devido ao grande progresso e ao desenvolvimento da tecnologia, percebeu-se que os meios tecnológicos impactam o tratamento, a divulgação e também a captação de imagens. Também foi possível entender que as pessoas constroem que são por meio do caráter, das características pessoas, as

atitudes e os comportamentos, o que torna cada pessoa única. “Ao longo de sua existência, o ser humano desenvolve características e qualidades que são incorporadas à sua personalidade, o que o torna individualizado e reconhecido no meio em que transita” (TEFFÉ, 2016, p. 176).

Sendo assim, torna-se oportuno e pertinente analisar com pesquisa bibliográfica entender como funciona a questão dos direitos autorais e de imagem na internet. Na web, que para muitos é considerada como uma “terra de ninguém”, os sujeitos podem cometer delitos e infrações, o que gerou em uma provocação por parte da população com o Poder Judiciário por questões que se vinculam ao desrespeito quanto aos direitos de imagem dos indivíduos.

Segundo a metodologia de classificação que reputamos mais adequada, o direito à imagem deve ser elencado entre os direitos de cunho moral, e não ao lado dos direitos físicos. Isso porque, a par de traduzir a forma plástica da pessoa natural, os seus reflexos, principalmente em caso de violação, são muito mais sentidos no âmbito moral do que propriamente no físico (GAGLIANO; FILHO, 2016, p. 234).

Portanto, enfatiza-se que a pesquisa trata de um tema que é relevante e atual, e, que a conclusão tem o intuito de auxiliar na geração de senso crítico dos sujeitos quando a imagem e os direitos autorais. O trabalho também pretende apoiar futuras pesquisas sobre o tema, contribuindo com conceitos e análises.

## **2.SOBRE DIREITOS AUTORAIS**

### **2. 1 DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL**

O direito autoral é caracterizado pelo moral ou o patrimonial. O direito moral é aquele que garante que o criador de algo (foto, vídeo, música, desenho, entre outros) tenha a autorização legal de ter o nome na divulgação da obra. Além disso é um direito manter a integridade, visto que o autor é quem pode modificar ou impedir que ela circule. Por sua vez, o direito patrimonial é aquele responsável por regular as relações jurídicas da utilização de forma econômica das iniciativas intelectuais. Para Henrique Gandelman (1997), é possível relacionar alguns fundamentos que são considerados básicos ao direito autoral, conforme a Lei 5988:

I. Idéias – As idéias em si não são protegidas, mas sim suas formas de expressão, de qualquer modo ou maneira exteriorizadas num suporte material.

II. Valor intrínseco – A qualidade intelectual de uma obra não constitui critério atributivo de titularidade, isto é, a proteção é dada a uma obra ou criação, independentemente de seus méritos literários, artísticos, científicos ou culturais.

III. Originalidade – O que se protege não é a novidade contida na obra, mas tão-somente a originalidade de sua forma de expressão. Dois autores de química, por exemplo, podem chegar, em seus respectivos livros, aos mesmos resultados e conclusões. O texto de cada um deles, porém, é que está protegido contra eventuais cópias, reproduções ou quaisquer utilizações não-autorizadas.

IV. Territorialidade – A proteção dos direitos autorais é territorial, independentemente da nacionalidade original dos titulares, estendendo-se através de tratados e convenções de reciprocidade internacional. Daí ser recomendável, nos contratos de cessão ou licença de uso, que se explicitem os territórios negociados.

V. Prazos – Os prazos de proteção diferem de acordo com a categoria da obra, por exemplo, livros, artes plásticas, obras cinematográficas ou audiovisuais etc.

VI. Autorizações – Sem a prévia e expressa autorização do titular, qualquer utilização de sua obra é ilegal.

VII. Limitações – São dispensáveis as prévias autorizações dos titulares, em determinadas circunstâncias.

VIII. Titularidade – A simples menção de autoria, independentemente de registro, identifica sua titularidade.

IX. Independência – As diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si (livro, adaptação audiovisual ou outra), recomendando-se, pois, a expressa menção dos usos autorizados ou licenciados, nos respectivos contratos.

X. Suporte físico – A simples aquisição do suporte físico ou exemplar contendo uma obra protegida não transmite ao adquirente nenhum dos direitos autorais da mesma.

Segundo a Lei 9.610 art. 1º, que regula os direitos autorais, entende-se que o autor deve exercer os direitos que lhe são conexos, seja ele intérprete, artista, editor, produtor, fotógrafo, entre outros. A publicação desse autor pode ser uma transmissão, distribuição, coletiva, audiovisual, entre os variados outros formatos. Além disso, o artigo 6º aponta que mesmo que o governo (federal, estadual ou municipal) custeie as obras, elas não serão de domínio administrativo governamental.

São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Estão incluídos aqui textos de obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, alocações, sermões etc.; obras dramáticas e dramático-musicais; obras coreográficas cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra forma qualquer; obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; obras fotográficas; desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, arte cinética; ilustrações e mapas; projetos, esboços e obras plásticas referentes à arquitetura, paisagismo, cenografia etc.; adaptações, traduções e outras informações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; programas de computador; coletâneas, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituem uma criação intelectual (FILHO, 1998, p.184).

Por fim, os programas, como os do pacote Microsoft ou Adobe, são regulamentados pelo art. 3º da Lei 9.609, que fala sobre a proteção da propriedade intelectual e da comercialização destes programas.

## 2.2 DIREITOS AUTORAIS NA PRÁTICA

Os sistemas, conceitos, os projetos, os métodos e metodologias, os planos, decisões judiciais, decretos, os calendários, as agendas, os atos oficiais, entre outros, não precisam e não estão protegidos por lei.

<b>CONTAM COM DIREITOS AUTORAIS</b>	<b>NÃO CONTAM COM DIREITOS AUTORAIS</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas, textos literários, artísticos ou científicos;</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Os formulários em branco para serem preenchidos por</li></ul>

<ul style="list-style-type: none"><li>• Conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;</li><li>• Obras dramáticas e dramático-musicais, com ou sem partitura;</li><li>• Obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra forma qualquer;</li><li>• Ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;</li><li>• Argumentos e roteiros cinematográficos;</li><li>• Adaptações, arranjos musicais, traduções e outras transformações de obras originárias (que não estejam no domínio público), desde que previamente autorizadas e se apresentem como criação intelectual nova; são aceitas para registro com expressa e específica autorização de seu autor (ou autores) e/ou detentores dos direitos autorais patrimoniais (cessionários);</li><li>• Coletâneas ou compilações, como seletas, compêndios, antologias, enciclopédias, dicionários, jornais, revistas, coletâneas de textos legais, de despachos, de decisões ou de pareceres administrativos, parlamentares ou judiciais, desde que, pelos critérios de seleção e organização, constituam criação intelectual;</li><li>• Composições musicais, com ou sem letra;</li><li>• Obras em quadrinhos (personagens);</li><li>• Letras e partituras musicais;</li><li>• Obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia</li></ul>	<p>qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Os textos de tratados ou convenções;</li><li>• Leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;</li><li>• As informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados;</li><li>• O aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.</li></ul>
---	---

--	--

A proteção de direitos autorais não tem relação com o registro, mas os autores podem registrar suas obras na Biblioteca Nacional, na Escola de Música e Belas Artes da Universidade do Rio de Janeiro ou na Comissão Federal de Engenharia e Agronomia, dependendo de sua natureza. Um autor é um indivíduo que cria uma obra literária, artística ou científica. Os autores podem se identificar pelo sobrenome, nome completo ou iniciais, abreviaturas, pseudônimos ou quaisquer outros símbolos convencionais. O detentor dos direitos autorais se refere à pessoa que adapta, traduz ou organiza uma obra que se encontra no domínio público, não podendo opor-se a outras adaptações, arranjos ou traduções.

Os coautores são aqueles que utilizam nomes, pseudônimos ou símbolos convencionais. Não é um coautor quem simplesmente auxilia o autor na criação da obra. "Em obras coletivas o organizador é o titular dos direitos patrimoniais, sendo que o contrato com o organizador deverá especificar a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução" (FILHO, 1998, p.185).

Portanto, a proteção aos direitos do autor não depende do registro da obra, pois os direitos morais e patrimoniais já pertencem a ele. Desse modo, pode reivindicar em qualquer momento a autoria e de assegurar a integridade do trabalho, se opondo as modificações ou escolhendo modificar. "No caso de audiovisuais, cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos autorais sobre a obra. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis" (FILHO, 1998, p.184).

Conforme Ursula Blattmann e Gregório Jean Varvakis Rados (2001):

As mudanças decorrentes das tecnologias digitais necessitam ser analisadas e tratadas sob enfoque dos aspectos legais e profissionais nas diferentes áreas interdisciplinares do conhecimento e principalmente aos envolvidos no campo da educação. Questões sobre os direitos autorais, copyright e concessão de licenças para o uso de materiais digitais na educação presencial e a distância precisam ser esclarecidas, pois são vitais para aquisição, armazenamento e disseminação dos diferentes tipos de publicações em bibliotecas e, mais especificamente, no acesso e entrega de documentos eletrônicos e digitais na educação a distância (BLATTMAN; RADOS, 2001, p. 11).



Os direitos autorais dizem respeito, então, a imaterialidade, uma das principais características de tudo que é propriedade intelectual. “O importante a ressaltar é que todas as obras intelectuais (livros, vídeos, filmes, fotos, obras de artes plásticas, música, intérpretes etc.), mesmo quando digitalizadas, não perdem sua proteção, portanto não podem ser utilizadas sem prévia autorização” (FILHO, 1998, p. 183). No Brasil, conforme as legislações, o objetivo é proteger e garantir que os titulares dos produtos tenham seus direitos em toda e qualquer situação, de acordo com as leis:

- Constituição Federal - art. 5º: inciso XXVII: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;" inciso XXIX: "A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País"; • Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (revogando a Lei de n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973), que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências;
- Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (substitui a Lei 7.646/87), dispõem sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no Brasil;
- Lei sobre propriedade industrial, n. 9.279/96, de 14 de maio de 1996, apresenta os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial; direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.2.98); Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997, sobre cultivares. Regulamentada pelo Decreto 2.366, de 5 de novembro de 1997, institui a proteção de propriedade intelectual referente a cultivares; e, • Lei de Bio-segurança n. 8.974/95. Dispõe sobre o uso de técnicas de engenharia genética e liberação de organismos modificados no meio ambiente<sup>164</sup>.

### **3.0 DIREITO DE IMAGEM**

#### **3.1 O DIREITO DE IMAGEM NO BRASIL**

O direito à imagem é protegido e amparado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil Nacional de 2002, como um direito da personalidade autônoma. É uma

---

164 \_\_\_\_\_ Informações sobre as leis disponível em:  
[https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/10536/ssoar-etd-2001-3-blattmann\\_et\\_al-direitos\\_autorais\\_e\\_internet\\_do.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2001-3-blattmann\\_et\\_al-direitos\\_autorais\\_e\\_internet\\_do.pdf](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/10536/ssoar-etd-2001-3-blattmann_et_al-direitos_autorais_e_internet_do.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-etd-2001-3-blattmann_et_al-direitos_autorais_e_internet_do.pdf). Acesso em: 14/05/2021.

projeção da personalidade física da pessoa, incluindo suas características físicas, corpo, atitude, gesto, sorriso, vestimenta etc. Alguns juristas também distinguem a personalidade moral pessoal como o direito à imagem, que inclui características como aura, fama e reputação. Acredita-se que essa dita personalidade moral pode até constituir outros direitos de personalidade, mas não direitos de imagem.

A imagem é a individualização figurativa de pessoa, autorizando qualquer oposição contra adulteração da identidade pessoal, divulgação indevida e vulgar indiscrição, gerando o dever de reparar o dano moral e patrimonial que advier desse ato. Não se pode negar que o direito à privacidade ou intimidade é um dos fundamentos basilares do direito à imagem, visto que seu titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua representação externa (imagem retrato) ou sua imagem-atributo seja difundida (DINIZ, 2016, p. 148).

Isso quer dizer que a imagem de uma pessoa não pode ser reproduzida sem que ela permita, nem mesmo exposta se permissão. Pois, o Superior Tribunal de Justiça delimitou que o uso da imagem de um indivíduo para fins publicitários, por exemplo, se que o sujeito autorize caracteriza em dano moral, sendo necessário que ocorra uma retratação, “se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada” (GONÇALVES, 2016, p. 208).

No entanto, para que o uso indevido de imagem seja considerado crime, deve haver um dolo no que corresponde a divulgação da imagem, sendo assim, vinculada a questões ligadas a honra, o que pode caracterizar mentira, difamação ou insulto. “Podendo assim haver reparação pelo dano, ou seja, indenização que deve ser respaldada pelo princípio da razoabilidade, não podendo caracterizar enriquecimento ilícito, ou seja, não se receberá milhões pelo dano causado” (SANTOS et al, 2016, p.2).

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2015), a imagem ultrapassa o aspecto meramente físico, visto que:

Trata-se de uma noção ampla, que inclui os traços característicos da personalidade, fisionomia do sujeito, ar, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa. Envolve, também, a imagem física, a reprodução em manequins e máscaras, por meio televisivos, radiodifusão, revistas, jornais, periódicos, boletins, que reproduzem, indevidamente, gestos,

expressões, modos de se trajar, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama etc. (BULOS, 2015, p. 160).

O direito de imagem também pode ser compreendido como uma questão complexa e jurídica, visto que teoricamente a noção de imagem ultrapassa o físico e aborda tudo que constitui a matéria, mesmo o que não é perceptível a olho humano. Ao longo dos anos, o Direito entende que os indivíduos são objetos de proteção por parte do legislativo. Para Frederico Caldas (1997):

Se a tutela à imagem se apresenta protetora, nos casos em que não há violação de outro direito da personalidade, como a intimidade e a honra, revela-se lógico que venha a gozar de autonomia em relação àquelas. Isto ocorrerá, mesmo que a lesão à imagem atinja outros direitos, isolada ou conjuntamente (CALDAS, 1997, p. 38).

Os direitos têm como propósito as características físicas e morais como o modo de agir e se relacionar, mas abrangendo aos valores próprios do sujeito como o bem-estar, a integridade e a vida. Por isso, há uma norma jurídica que promove a proteção das pessoas, o direito da imagem é discutido há anos e teve a previsão legal em 1824, quando se falava sobre a proteção da intimidade, a imagem foi considerada como parte desse conjunto de fatores para manter a privacidade e cada indivíduo.

Aduz-se, por oportuno, ter a pessoa a previsão legal de se opor ao uso, por qualquer meio, de sua forma exterior, protegendo-se, inclusive, suas características identificadoras, tendo essas, igualmente, a vedação ao uso distorcido ou modificado. Notável é a importância dada, pelo constituinte de 1988, ao direito de imagem, colocando-o dentro do rol de maior destaque quando se trata de direitos fundamentais (PAIVA, 2018 p.15).

A constituição de 1988, traz as normas para proteção a imagem de maneira concreta no 5º artigo e em três passagens que se sucedem:

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: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

pessoas, assegurado o direito à indenização. (...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2011).

No mesmo ano, o legislador infraconstitucional abordou o mesmo tema no art. 20 do Código Civil:

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. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (BRASIL, 2011).

O desenvolvimento da sociedade influenciou a criação das novas comunicações, como é o caso da web. Na internet, as informações são divulgadas e replicadas rapidamente, atingindo um número incontável de pessoas ao redor do mundo, onde as imagens, sons, memes, entre outros, chegam ao outro lado do mundo em segundo e se tornam global. A comunicação fácil e a possibilidade de conhecimento tornaram a internet um fascínio. Porém, mesmo com todas as características favoráveis, “a existência de ilícitos envolvendo práticas virtuais só tende a aumentar e observando esse fenômeno, o legislador pátrio cuidou de promover medidas que regulamentassem as ações no ciberespaço, especialmente por meio do Marco Civil da Internet, instituto que agora passa ser analisado de maneira mais detida” (PAIVA, 2018 p.16).

#### **4. ESPAÇO DIGITAL E A ADAPTAÇÃO DA LEI**

A internet ainda é um espaço novo para a legislação do mundo inteiro. Vários países lutam para entender quais são as formas de estar regularizando melhor o convívio social e da divulgação de ideias. Muito se fala sobre regulamentação acerca do combate a fake news, mas nosso foco é outro.

Vários artistas veem na internet hoje formas de ganhar dinheiro, seja vendendo sua imagem, ou criando filmes e séries para consumo da população geral, mas este criador não divulga seu conteúdo sem utilizar uma plataforma de terceiros. Temos casos de

peessoas que ficaram famosas simplesmente postando vídeos na internet falando da sua vida, como Whindersson Nunes ou o Felipe Neto, utilizando o site Youtube, outras fazendo "lives", transmissões ao vivo, em plataformas como Twitch ou Instagram. Conforme isso foi acontecendo, ações referentes a direitos de imagem e direitos autorais começaram a surgir no Brasil.

Todas essas plataformas possuem normas e diretrizes de utilização para nortear os usuários da plataforma, mas nunca é o suficiente. É muito comum termos ações judiciais envolvendo marcas sendo mostradas de forma indevida, músicas e imagens sendo utilizadas em produções audiovisuais sem as devidas licenças, até mesmo conteúdo sendo copiados por terceiros, a lista é imensa. Mas temos uma grande questão, em grande maioria das vezes, a legislação brasileira não é levada em consideração, tivemos o caso recente em que a legislação brasileira proíbe a propaganda infantil em TV aberta, mas na plataforma Youtube é permitido, e somente proibiu a propaganda quando uma lei dos Estados Unidos da América veio e solicitou que a plataforma vetasse tais propagandas. Nós, enquanto nação, devemos temer que as leis de países estrangeiros forcem os brasileiros a seguir diretrizes que não são permitidas em nossos países devido a legislação das plataformas virtuais.

Temos já a proteção de imagens e direitos autorais na internet devido a uma adaptação do Direito Civil em adição com o Marco Civil da Internet, que estabelece regras para a responsabilidade de provedores de serviços online, bem como a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que também tem impacto sobre a proteção dos direitos autorais na medida em que aborda a coleta e o tratamento de informações pessoais online, mas ainda devemos fazer mais. O Direito Penal se esparrama em leituras e discussão para que os crimes virtuais sejam devidamente combatidos, mas legislação civil ainda é muito ampla e pouco precisa quando falamos do âmbito virtual o que faz com que inúmeros criadores de conteúdo da internet se sintam um pouco inseguros e preocupados, sendo muitas vezes forçados a seguirem leis estrangeiras sobre o assunto, mesmo o Brasil tendo mais de 105 milhões de usuários mensais.

Sabendo disso, quando há casos que envolvem direitos autorais na internet, a legislação brasileira deve adaptar o Código Civil para atender tais necessidades. Temos criadores de conteúdo, como por exemplo, o Felipe Castanhari do canal "Nostalgia" que recebeu um processo de direitos autorais ao criar um vídeo falando sobre a série animada de TV "Os Simpsons". Mesmo possuindo o "Fair Use", ou "Uso Justo", que consiste em você poder utilizar o conteúdo de terceiros contanto que você crie algo novo, o mesmo quase perdeu seu canal e a legislação brasileira não o auxiliou, e o mesmo teve que excluir o vídeo para que não perdesse seu sustento de vida.

Há também outras questões a se discutir, como a difusão de deepfakes (conteúdo falso e manipulado) e a disseminação de notícias falsas na internet destacam a necessidade de regulamentação eficaz. Vimos claramente isso nas eleições de 2018 e principalmente no pleito de 2022, onde pessoas públicas se utilizavam de todo tipo de manipulação para alcançar seu eleitor.

O Brasil tem feito esforços para adaptar a lei ao espaço digital, como a implementação da LGPD, que visa proteger a privacidade dos usuários online, o artigo 2º da Resolução 23.714 de outubro de 2022, que transforma em crime a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados no âmbito das eleições e por fim a tentativa de legislação nas redes sociais presentes no PL 2630/2020.

## **5. CONCLUSÕES FINAIS**

A internet veio e alterou completamente o jeito de ver e viver o mundo. Os legisladores do mundo inteiro lutam para que o ambiente virtual não se transforme em uma terra sem lei e se torne o mais próximo possível do mundo real, mas devido à universalização da internet, as leis do mundo inteiro incidem na administração e o Brasil não pode ficar atrás nessa corrida. O Direito Penal já vem criando leis desde 2012 para os crimes virtuais enquanto nosso Direito Civil está parado no tempo.

Claro que não é necessária uma grande reforma no Código Civil, e as leis de combate a “fake news” vem como uma forma de impedir calúnia e difamação, mas ao invés de nosso foco ser somente crimes virtuais, devemos nos preocupar nas relações sociais, em contratos sendo firmados na internet, em pessoas trabalhando para sites virtuais e etc.

Realizando esse artigo, percebo que estamos caminhando para um grande futuro no que tange as relações humanas, mas temos que tomar cuidado para não ficar para trás e resolver problemas conforme eles aparecem. Como diz Malcom X, o futuro pertence àqueles que se preparam pra ele.

## **REFERÊNCIAS**

- BLATTMAN, U; RADOS, G. J. V. Direitos autorais e internet: do conteúdo ao acesso. Rev. Online da Bibl. Prof. Joel Martins, Campinas, v.2, n.3, p.86-96, jun.2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CALDAS, Pedro Frederico, Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 1997.

Código Civil de 2002. In: Vade Mecum Compacto de Direito Rideel. São Paulo: Rideel, 2016.

Constituição Federal de 1988. In: Vade Mecum Compacto de Direito Rideel. São Paulo: Rideel, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Direitos da Personalidade. In: Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 131-163.

FILHO, P. Direitos autorais na Internet. Ci. Inf., Brasília, v. 27, n. 2, p. 183-188, maio/ago. 1998.

GAGLIANO, Pablo S. FILHO, Rodolfo P. Direitos da Personalidade. In: Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195-239.

GONÇALVES, Carlos R. Dos Direitos da Personalidade. In: Direito Civil Brasileiro, Volume 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 188-210.

PAIVA, Frederico Cevithereza. Violação do direito à imagem: hipóteses passíveis de indenização em casos de pessoas notórias. [S.l], 2018.

SANTO, B. et al. Direito de imagem: o uso indevido nas redes sociais e suas implicações. Anais 2016: 18ª Semana de Pesquisa da Universidade Tiradentes. "A prática interdisciplinária alimentada a Ciência". 24 a 28 de outubro de 2016.

SOUZA, C. A. P. Contornos atuais do direito à imagem. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

TEFFÉ, C. S. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. RIL Brasília a. 54 n. 213, p. 173-198, 2016.

## O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

**STEBBIN ATHAIDES ROBERTO DA SILVA:**

Pós-Graduado em Execução Penal e Tribunal do Júri, Pós-Graduado em Lei Geral de Proteção de Dados, Pós-Graduado em Direito Administrativo, Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil e Pós-Graduado em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco.<sup>165</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é, em suma, analisar o cabimento e os parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário para se impor à Administração Pública, via decisão judicial, consecução de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais, tais como, a título exemplificativo, a obrigação de executar obras em estabelecimentos prisionais em prol da dignidade das pessoas submetidas à custódia estatal. Tendo por pressuposto o reconhecido e declarado “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário pátrio e, portanto, que há massiva e persistente violação das normas de caráter constitucional, internacional e infraconstitucional referentes ao direito à saúde, ao saneamento básico e a viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conclui-se não existir óbice à pronta intervenção judicial.

**Palavras-chaves:** Poder Judiciário. Administração Pública. Controle judicial de políticas públicas. Sistema Penitenciário.

**ABSTRACT:** The objective of this work is, in short, to analyze the appropriateness and parameters for the Judiciary to impose on the Public Administration, via judicial decision, the achievement of public policies aimed at the implementation of fundamental rights, such as, by way of example, the obligation to carry out works in prison establishments in favor of the dignity of people placed in state custody. Taking as a presupposition the recognized and declared “unconstitutional state of affairs” of the national penitentiary system and, therefore, that there is a massive and persistent violation of constitutional, international and infra-constitutional norms regarding the right to health, basic sanitation and to live in an environment healthy and ecologically balanced, it is concluded that there is no obstacle to prompt judicial intervention.

---

165 E-mail: [stebbin.adv@gmail.com](mailto:stebbin.adv@gmail.com)



**Keywords:** *Judiciary. Public administration. Judicial control of public policies.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Controle judicial de políticas públicas. 2 Parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário 684.612/RJ. 3 O reconhecido estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil incorporou em sua Carta Política a veiculação de um amplo espectro de direitos sociais, outorgando aos seus cidadãos direitos que impunha uma notável atuação estatal, e que até então ostentavam mero caráter programático.

Nesse cenário, o Poder Judiciário passou a ostentar um notável papel dentre as instituições que compõe o Estado brasileiro, notadamente por ter a Constituição Federal adotado o modelo de inafastabilidade da jurisdição, unicidade de jurisdição e de amplo acesso à Justiça.

Nessa perspectiva, inicialmente aborda-se a questão envolvendo a organização jurisdicional, a conceituação de políticas públicas enquanto atos administrativos, enfatizando o sistema de controle a que está sujeito o Administrador Público, mesmo quando da edição de atos administrativos discricionários.

Adentra-se, também, nas problemáticas legais e jurisprudenciais que culminaram na edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de parâmetros para que decisões judiciais sobre o implemento de políticas públicas envolvendo a concretização de direitos fundamentais.

Por fim, fez-se uma análise específica quanto ao sistema penitenciário brasileiro e sua reconhecida condição de estado de coisas inconstitucional, sob a perspectiva de o Poder Judiciário compelir o Poder Público a adotar medidas, dentre as quais, a realização de obras emergenciais, a fim de salvaguardar direitos das pessoas custodiadas.

Este artigo busca oferecer uma visão abrangente do controle judicial das políticas públicas, com foco na condução pelo Poder Judiciário de parâmetros a serem observados para que as decisões judiciais não se baseiem em casuísmos, mas sim na solução, numa perspectiva social, da inércia ou insuficiência de políticas públicas que buscam concretizar as promessas formuladas pela Constituição Federal de 1988.

## **1 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Por força do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, conquanto reconheça o princípio da separação dos Poderes e sua convivência harmônica, adotou, como regra, o sistema de inafastabilidade da jurisdição, de unicidade da jurisdição e de amplo acesso à Justiça, de modo que, em tese, todas as situações que tenham repercussão jurídica e que importem ofensa a direitos da pessoa podem ser levadas ao Poder Judiciário para que cumpra a sua missão de pacificação social.

Como ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>166</sup>,

a doutrina da separação de poderes, na sua interpretação e aplicação, evoluiu desde os dois séculos de sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros (...) a teoria da separação dos poderes importa, assim, a identificação das funções estatais e a sua atribuição a órgãos independentes, segundo critérios de especialização funcional. Se a especialização obedece a critérios mais ou menos rígidos, a identificação das funções estatais, embora se curve a circunstâncias do momento histórico considerado, e por isso mesmo se apresente razoavelmente modificada e distante da formulação original, ainda segue a tricotomia ditada por Montesquieu.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva<sup>167</sup> ensina que

hoje, o princípio (da divisão de poderes) não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

Nessa perspectiva, em tema de Direito Administrativo, concebe-se que a atuação do Poder Público, diversamente da lógica inerente a atuação de particulares – em que vige a

---

166 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 16-17p.

167 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999. 113p

ampla liberdade, sob determinação contrária em lei –, está jungida aos parâmetros estabelecidos pela lei em sentido estrito. É a aplicação do princípio da legalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que tem por fundamento o próprio princípio democrático, com a escolha pelos representantes eleitos quanto aos caminhos que pode o Administrador Público tomar, tendo por guia os preceitos do próprio texto constitucional.

Há situações, porém, que mesmo diante da determinação legal, existe margem de conformação para a atuação do Administrador Público, na medida em que a lei em sentido estrito traça limites mínimos e máximos para sua atuação. É a chamada discricionariedade administrativa, que é ampla quando se está diante da questão envolvendo a implementação políticas públicas, em especial àquelas voltadas à concretização de direitos sociais (a exemplo do rol de direitos enunciados no *caput* do art. 6º da Constituição Federal).

A esse respeito, a professora Maria Paula Dallari Bucci<sup>168</sup> ensina que política pública deve ser conceituada como

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Vê-se, assim, que políticas públicas compõem um conceito extrajurídico, isto é, estão fora do espectro de atuação do Direito; em verdade, representam uma ação

---

<sup>168</sup> Maria Paula Dallari Bucci, O conceito de política pública em direito, p. 39. Adotam esse conceito Luís Francisco Aguilar Cortez, Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, p. 287; Juliana Maia Daniel, Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, p. 114; Cesar Augusto Alckmin Jacob, A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, p. 243. Características do conceito também são mencionadas por Eduardo Appio, Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil, p. 134.

coordenada, tomada não num ato isolado, mas em conjunto, que busca dar eficácia à atuação do Estado na consecução de seus objetivos sociais.

O modelo implementado pela Constituição Federal de 1988 relaciona-se ao movimento de constitucionalização de direitos sociais, reflexo de um movimento mundial de reaproximação da noção de direito natural, sem se afastar do direito positivo. E, como decorrência desse fenômeno, desdobra-se uma maior amplitude de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos. Isso porque a atuação do Poder Público passou a estar embasada pelo seu conteúdo e pela sua correspondência com o paradigma axiológico delineado pela Carta Política.

A par disso, Eduardo Cambi<sup>169</sup> ensina que “somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detém o poder”.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>170</sup>, por sua vez, aduz que

Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua razoabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado de bem-estar social.

Cumprido dizer que o Poder Judiciário, frente à nova ordem constitucional, assume papel seletivo e distinto quanto às instituições do Estado Democrático de Direito brasileiro, na medida em que passou a gozar do poder, ainda que excepcional, de decidir sobre

---

<sup>169</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, p. 26.

<sup>170</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? Revista da USP, nº 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.18p.

políticas públicas, mediante o controle do próprio mérito do ato administrativo em confronto com a Constituição Federal.

Para desvencilhar-se de tal desiderato, o Poder Judiciário poderá se valer das mais variadas técnicas de construção da decisão judicial. Todavia, ganha relevo, no que se refere ao controle judicial de políticas públicas, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Outra não é a lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>171</sup>, que sobre o tema da intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas defende que

(...) por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada (...). Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.

A problemática envolvendo a judicialização de direitos sociais provoca discussões decorrentes dos reflexos financeiro-orçamentários, visto que há, em regra, a alocação de bens escassos para cumprimento de demandas deduzidas individualmente, ao passo que, por sua própria origem, os direitos sociais pertencem a todos indistintamente. Justamente nesse contexto que, conforme será abordado no item seguinte, mostra-se necessária a observância a certos critérios e parâmetros para que a decisão judicial seja efetiva no intuito de concretizar direitos fundamentais.

---

<sup>171</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, O processo – estudos e pareceres, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009. 47p.

## **2 PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612/RJ172**

Em meados de 2003, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro elaborou relatório apontando diversas inconsistências estruturais e de atendimento envolvendo o Hospital Municipal Salgado Filho, encaminhando ao Ministério Público do Rio de Janeiro.

Ato contínuo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaurou inquérito civil, findo o qual restou demonstrado o déficit de aproximadamente 283 profissionais da área da saúde, ausência de vedação dos recipientes coletores de lixo, cruzamento de materiais estéril com material contaminado, além de falta de manutenção e substituições de equipamentos hospitalares, que estavam em péssimo estado de conservação.

Diante disso, em razão de péssimas condições estruturais e de recursos humanos voltados ao serviço público prestado no Hospital Municipal Salgado Filho, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro, pleiteando, em síntese, a abertura de concurso público para o provimento de cargos vagos na área de saúde, que os servidores aprovados fossem lotados na referida unidade de saúde e, por fim, que fossem tomadas providências pela administração municipal a fim de sanar as irregularidades indicadas na inicial com relação ao aludido hospital.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau de jurisdição, sob o fundamento de mostrar-se impossível a sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas em razão do princípio da separação de poderes e da atuação discricionária do administrador frente aos finitos recursos da Administração.

Interposto o recurso de apelação pelo autor da ação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o conheceu e proveu, reformando a sentença para o fim de, basicamente, compelir o Município do Rio de Janeiro a promover: i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

Irresignado com o Acórdão supracitado, o Município do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário que, distribuído no Supremo Tribunal Federal, foi autuado sob o n.

---

172 BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RE 684.612/RJ, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, redator do acórdão Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/07/2023, DJ 07/08/2023.

684612/RJ, tendo por relatoria o Min. Ricardo Lewandowski. Diante da complexidade da discussão, foi admitido o ingresso na lide diversas entidades como *amicus curiae*, dentre elas, o Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINMED/RJ, além de diversos entes públicos, tais como a Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul e a Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

Durante o julgamento, os debates pontuaram sobre a questão da separação dos poderes preconizada pelo texto constitucional e a inércia estatal que acaba por frustrar a realização de direitos fundamentais. Ressaltou-se, outrossim, a necessidade de construção de parâmetros para se permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, a fim de promover a concretização de direitos fundamentais, observando-se o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas.

A conclusão do julgamento ocorreu em 03/07/2023, ao que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, estabeleceram parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, sendo a ementa redigida nos seguintes termos:

Ementa: Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário com repercussão geral. Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Direito social à saúde. 1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina. 2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento. 3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem

incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador. 5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados. 6. Fixação das seguintes teses de julgamento: "1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)". (RE 684612, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 04-08-2023 PUBLIC 07-08-2023)

Extrai-se do julgado acima, que o Poder Judiciário deve adotar tom cauteloso e pragmático não proferir provimento jurisdicional que, de alguma forma, impacte na implementação de políticas públicas. Isso porque, segundo tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, conquanto reconheça a ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes, a decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. Além disso, no caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público



ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)

Em verdade, o Acórdão editado pelo Supremo Tribunal Federal caminha na linha do que já preconizava a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018, senão vejamos:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Desta forma, não resta dúvida de que se mostra possível e viável, em determinados cenários de inércia e ineficiência estatal, a intervenção do Poder Judiciário no tocante à análise do mérito dos atos administrativos, mesmo os discricionários, que envolvam o implemento de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais, que deverá se ater aos parâmetros firmados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 684.612/RJ, submetido ao rito da repercussão geral.

### **3 O RECONHECIDO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n.º 347/MC, de relatoria do então Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, reconheceu que o sistema penitenciário nacional perpassa por um “estado de coisas inconstitucional”.

O julgamento da aludida ação de descumprimento de preceito fundamental, quanto mérito, fora concluído no dia 04/10/2023, assentando-se a declaração de que vigora, no

Brasil, um quadro de violação persistente e massiva de direitos fundamentais envolvendo as pessoas custodiadas no sistema penitenciário brasileiro em razão de falhas estruturais e inércia ou deficiência de políticas públicas efetivas voltadas a melhoria das condições constatadas. Reconheceu-se, ainda, que a atuação estatal para concretização de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade demanda o implemento de amplas medidas de cunho normativo, administrativo e orçamentário, cabendo ao Poder Judiciário, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, prover a adequada proteção a direitos fundamentais do referido grupo vulnerável.

Segundo relatório divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público<sup>173</sup>, os problemas envolvendo as penitenciárias brasileiras são de variadas origens, abrangendo situação de superlotação das unidades, condições insalubres, descaso com as pessoas acometidas de transtornos mentais.

A título ilustrativo, dados divulgados pelo Governo do Mato Grosso do Sul, por sua Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, vinculada à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, dão conta de que existem, no total, 20.606 (vinte mil seiscentos e seis) pessoas presas nos regimes fechado, semiaberto e aberto, dentre as quais 13.334 (treze mil trezentos e trinta e quatro) são presos condenados; ao passo que, em nível estadual, existem apenas 11.748 (onze mil setecentos e quarenta e oito) vagas ofertadas para o sistema penitenciário<sup>174</sup>.

É flagrante a omissão estatal na solução do problema envolvendo a superlotação do sistema penitenciário nacional, que demanda não só a necessidade de ampliação do número de vagas, como também a adoção de efetivas políticas criminais e de prevenção ao crime. Porém, limitando-se ao enfoque deste trabalho, indaga-se ser ou não possível ao Poder Judiciário exercer o controle judicial de políticas públicas e compelir a Administração Pública a executar obras em estabelecimentos prisionais.

A precariedade em que se encontram os presídios brasileiros é inegável. Contudo, a solução esbarra na sensível situação orçamentária que muitos Estado federados se encontram. Fato é que a efetivação de um direito, mesmo que tenha assento constitucional, gera necessariamente um custo ao ente político, que se vale de recursos finitos na ânsia de cumprir todas as promessas constitucionais, que não podem (ou não deveriam) ter sido feitas em palavras vãs.

---

173 <https://www.cncmp.mp.br/portal/noticias-cddf/4079-relatorio-mostra-descaso-do-estado-com-presidios>.

174 <https://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/2023/10/MAPA-UNICO-SETEMBRO-2023-FECH.-30-09-2023-.pdf>.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal assentou mostrar-se viável ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de promover medidas ou executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, notadamente com fundamento na supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana. Justificou-se não existir, nesse proceder, ofensa à teoria da reserva do possível, nem mesmo violação ao princípio da separação dos poderes.

A orientação do Pretório Excelso restou firmada no julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob o n. 592.581/RS, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 220) e envolve especificamente a questão dos estabelecimentos prisionais, sendo a ementa transcrita da seguinte forma:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido." (STF – RE 592581. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Tribunal Pleno. Julg.: 13/08/2015. ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL)

Conquanto haja entendimento em sentido contrário, prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a orientação que admite a preponderância da dignidade da pessoa humana frente a interesses meramente econômico-financeiros do Poder Público, que não pode “lavar suas mãos” alegando a insuficiência de recursos materiais e impor às pessoas custodiadas a restrição a sua liberdade de modo não condizente com o ordenamento jurídico, não importando em violação do princípio da separação dos poderes, nem ofensa à teoria da reserva do possível.

Vale dizer que a Constituição Federal assegura, especialmente em seus arts. 1º, III, e 5º, XLIX, a dignidade da pessoa presa e o respeito a sua integridade física e moral. No mesmo sentido, os arts. 3ª, 40 e 85, da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, asseguram ao condenado, ao internado e ao preso provisório todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, vedando-se a existência de estabelecimentos penais com lotação incompatível com sua estrutura e finalidade.

No âmbito infralegal, existem normas regulamentares tais como a Resolução nº 14 de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP (BRASIL, 1994), Órgão Vinculado ao Ministério da Justiça, que fixa as regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil, assim dispendo em seus arts. 1º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10 e 13:

Art. 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º. O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

O direito ao respeito à dignidade e à integridade física e moral das pessoas custodiadas também estão albergados em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e

declarações de natureza *“soft law”*, que a República Federativa do Brasil, em certa medida, obrigou-se a observar. Por ora, vale citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Arts. 5º, 6º, e 8º); o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 7º e 10º); e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 5º).

Adotando a teoria do duplo estatuto, o Supremo Tribunal Federal assentou que tratados internacionais de direitos humanos podem assumir, perante o ordenamento jurídico, natureza jurídica de equivalência às emendas constitucionais ou de atos supralegais, hipótese em que geram a denominada eficácia paralisante em relação às normas infraconstitucionais que lhes forem contrárias, conforme decisão tomada no julgamento dos Recursos Extraordinários 466.343/SP e 349.703/RS.

Nesse particular, há que se reconhecer a necessidade de observância dos preceitos veiculados nos tratados internacionais de direitos humanos que veiculam normas protetivas a direitos das pessoas custodiadas ante a posição hierárquica a que estão inseridos no ordenamento jurídico.

Destaca-se, ainda na perspectiva da normativa internacional, a edição, em meados 1955, das chamadas Regras de Mandela<sup>175</sup>, assim intitulados os preceitos mínimos exarados pela Organização das Nações Unidas (ONU) para o tratamento de presos. Aludido documento, de natureza não vinculante, tem por objetivo a melhoria das condições do sistema carcerário e garantia do tratamento digno oferecido às pessoas em situação de privação de liberdade.

Não obstante careçam de densidade normativa própria dos “tratados internacionais” estrito senso, as Regras de Mandela vêm sendo reconhecidas como norma complementar e meio legítimo de interpretação dos tratados sobre o tema, como destaca o ex-relator especial das Nações Unidas para a Tortura, Sir Nigel Rodley (NIGEL, 1999), para quem:

As Regras Mínimas podem servir de guia para a interpretação da exigência geral do artigo 10 (1) do Pacto (Internacional dos Direitos Civis e Políticos) de tratamento humano e respeito pela dignidade humana, assim como em relação à exigência específica do artigo 10 (3) do Pacto que afirma que 'O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

---

175 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>.

A conclusão a que se chega, assim, é de que há um complexo normativo no plano interno e internacional, que legitima a atuação do Poder Judiciário à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição e com o objetivo de promover a recomposição da ordem jurídica violada, notadamente para implemento de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais que gozam as pessoas presas.

Cumprido destacar que a reiterada inércia estatal para superação dos problemas envolvendo o sistema carcerário nacional, que está à míngua de oferecer condições de vida minimamente dignas aos detentos, impõe a necessidade de solução do problema transcendentemente ao Poder Executivo. Cabe, pois, ainda que em regime de excepcionalidade, ao Poder Judiciário a tutela do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de rechaçar a possibilidade de promessas vãs da Constituição Federal estarem revestidas de mera discricionariedade do administrador.

Desta forma, refirma-se que, em tema de direito penitenciário, há flagrante violação das normas de índole constitucional, internacional e infraconstitucional referentes a direitos à integridade física e moral, à saúde, ao saneamento básico e a viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, por parte da República Federativa do Brasil, evidenciando-se o chamado estado de coisas inconstitucional, situação que legitima a pronta intervenção judicial para o afastamento e superação desse estado de desconformidade.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo deste estudo, explorou-se o conceito do princípio da inafastabilidade da jurisdição e de políticas públicas, além de estabelecidos os fundamentos que autorizam o Poder Judiciário a realizar o controle judicial quanto ao implemento de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais.

A análise detalhada revelou a evolução legislativa e jurisprudencial levadas a efeito para harmonizar o princípio constitucional da separação de Poderes, a fim de legitimar não só a atuação do Administrador Público frente ao exercício da discricionariedade que lhe é inerente, como também possibilidade, ainda que em sede excepcional, a atuação do Poder Judiciário enquanto órgão de controle da inércia ou insuficiência da atuação da Administração quanto aos valores expressos na Constituição Federal.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário submetido ao rito da repercussão geral, estabeleceu parâmetros para o controle judicial de políticas públicas, evidenciando a necessidade de solução da controvérsia não em nível individual-atomizado, mas sim em nível coletivo-molecular.

A declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro evidencia hipótese de que políticas públicas voltadas a esse segmento se mostram insuficientes à concretização das promessas veiculadas no ordenamento jurídico, notadamente quanto ao respeito à integridade física e moral das pessoas custodiadas, circunstância que legitima a atuação do Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, mostrar-se perfeitamente possível o controle judicial de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, inclusive aqueles de titularidade de pessoas custodiadas pelo Estado brasileiro, definitiva ou provisoriamente, em razão da prática de infração penal.

## REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 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 05 nov. 2023.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. DECRETO N.º 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. DECRETO N.º 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.



BRASIL. LEI N.º 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994. Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/1994/resolucao14de11denovembrode1994.pdf/view>. Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 349703/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, julgado em 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;re:2008-12-03;349703-2035659>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347/MC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, julgado em 09/09/2015, DJ 19/02/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592581/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/08/2015, DJ 25/08/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 684.612/RJ, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, redator do acórdão Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/07/2023, DJ 07/08/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP, nº 21, p. 12-21, mar./mai. 1994

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, O processo – estudos e pareceres**, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009. P. 47.

MATO GROSSO DO SUL. **Sispestatística**. 2023. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/2023/10/MAPA-UNICO-SETEMBRO-2023-FECH.-30-09-2023-.pdf>.> Acesso em: 15 nov. 2023.

RODLEY, Nigel. **The Treatment of Prisoners Under the International Law**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 294-5 (em inglês no original).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

## **ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO PROCESSO PENAL E O ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA**

**SÉRGIO VINÍCIUS CALVES:**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos <sup>176</sup>

**RESUMO:** O presente artigo examina o princípio do acesso à justiça no âmbito do Processo Penal e analisa os desafios enfrentados pelos indivíduos que não possuem recursos financeiros ou enfrentam as mais diversas vulnerabilidades para alcançarem assistência jurídica. O acesso à justiça é um direito fundamental, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo que todos, independentemente da situação financeira, não terão excluída, por lei ou de qualquer forma, a apreciação do Poder Judiciário da lesão ou da ameaça a direito. Além disso, o artigo examina o direito de assistência jurídica integral e gratuita aos vulneráveis, positivado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. O artigo tem como finalidade abordar a relação entre o acesso à justiça e o direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita aos vulneráveis, percorrendo sobre as nuances e o delineamento do tema. O artigo inicia tratando do conceito de assistência jurídica integral e gratuita e do conceito de acesso à justiça, destacando as diferenças entre ambos os direitos e aprofundando seus embasamentos teóricos e doutrinários, esclarecendo como podem ser realizados na vida prática e a importância dessa observância pelo Estado.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral e gratuita. Processo Penal.

### **1. INTRODUÇÃO**

O acesso à justiça e a garantia de assistência jurídica integral e gratuita são essenciais no sistema de justiça e constituem em direitos constitucionais fundamentais. No contexto do Processo Penal, vislumbra-se ainda maior importância para o tema, uma vez que promovem a proteção dos demais direitos e a prevenção de uma condenação injusta. O artigo examina a relação entre o acesso à justiça e o direito de assistência jurídica integral e gratuita no âmbito do Processo Penal, com foco na necessidade de sua efetiva implementação e na identificação dos desafios que surgem nesse percurso.

---

176 E-mail: sergiovalves@gmail.com

O direito ao acesso à justiça é a base da democracia e do Estado Democrático de Direito. Garantir que todos, independentemente de sua situação financeira, tenham a capacidade de buscar justiça perante as instâncias judiciais é essencial para a manutenção da igualdade material e da equidade perante a lei. Todavia, esse princípio muitas vezes é confrontado com a realidade, uma vez que o custo dos serviços legais e as barreiras burocráticas podem tornar o acesso à justiça uma dificuldade para muitos.

A assistência jurídica integral e gratuita é a forma que os vulneráveis e economicamente desfavorecidos tenham acesso ao direito de contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal. Sobretudo, no âmbito do Processo Penal, em que há o bem jurídico indisponível da liberdade em risco, a importância da assistência jurídica é ainda mais evidente.

O artigo examinará a base legal do acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita, a base doutrinária e a forma de implementação prática desses institutos. Além disso, serão abordados os desafios e as dificuldades em torno do tema, como a falta de recursos, a escassez de defensores públicos.

O artigo tem como finalidade contribuir para a compreensão e estudo sobre o acesso à justiça e o direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, essenciais para a proteção de todos os demais direitos e para a manutenção de um sistema de justiça efetivamente democrático e eficiente.

## **2. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA**

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito. Neste sentido, a Constituição Federal torna positivado o acesso à justiça como um direito fundamental, como uma forma de garantir a proteção dos demais direitos.

Sobre o acesso à justiça, dispõe a doutrina de Franklyn Roger e Diogo Esteves:

Em linhas gerais, o direito de acesso à justiça deriva diretamente da própria teoria do contrato social, como matriz fundante do Estado e da ordem social. Quando os indivíduos abrem mão de determinados direitos, inclusive o direito de resolver suas disputas por meio da força, recebem em troca do Estado a correspondente promessa de justiça, paz e bem-estar social. Tendo o Estado assumido o monopólio da jurisdição, assumiu também o compromisso de assegurar a igualdade

de todos perante a lei, bem como garantir a igualdade de oportunidades para acessar a ordem jurídica justa.<sup>177</sup>

Compreendendo o acesso à justiça como um direito fundamental, é importante destacar que parte da doutrina faz distinções entre os direitos fundamentais em dimensões ou gerações. Portanto, é relevante, ao estudar o assunto, abordar em qual dimensão o acesso à justiça se encaixaria, razão pela qual serão abordadas dimensões mais pertinentes para o presente artigo.

No que diz respeito à primeira dimensão ou geração dos direitos fundamentais, explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Os direitos de primeira geração realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos, reconhecidos nas revoluções Francesas e Americana. Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não fazer, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação de cada indivíduo. São as chamadas liberdades individuais, que têm como foco a liberdade do homem individualmente considerado, sem nenhuma preocupação com as desigualdades sociais. Surgiram no final do século XVIII, como uma resposta ao Estado liberal ao Estado absoluto. Dominaram todo o século XIX, haja vista que os direitos de segunda dimensão só floresceram no século XX.<sup>178</sup>

Por sua vez, no que diz respeito aos direitos de segunda geração, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais. Foram os movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social,

---

177 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.

178 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 89.

centrando na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo). (...) São, por isso, denominados direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados.<sup>179</sup>

Sobre a classificação doutrinária atribuída ao direito fundamental de acesso à justiça, dispõe Franklyn Roger:

Tradicionalmente, os direitos que salvaguardam o acesso à justiça têm sido classificados como direitos fundamentais sociais, compondo a segunda geração dos direitos fundamentais. (...) Por outro lado, em virtude de sua indispensabilidade à liberdade fundamental humana e à plena igualdade jurídica de todos os cidadãos perante a lei, os direitos que garantem o acesso à justiça têm sido considerados por alguns estudiosos como direitos fundamentais civis, como leciona o professor Cleber Francisco Alves. (...) Atualmente, entretanto, essa diferenciação teórica tem perdido relevância com a cada vez mais estreita aproximação das dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais. (...) Por essa razão, independentemente do enquadramento dado entre as gerações dos direitos fundamentais, os direitos que salvaguardam o acesso à justiça devem ser considerados como elementos instrumentais da própria dignidade humana (art. 1º, III, da CFRB), pois garantem a efetividade de todos os demais direitos fundamentais. Justamente por isso, devem ser compreendidos como parte indissociável do mínimo existencial e elemento indispensável para a vida humana digna, não estando limitados, portanto, pela reserva do possível.<sup>180</sup>

Nesse sentido, Cappelletti e Garth produziram o ensaio para o “Projeto de Florença”, destacando as ondas renovatórias no acesso à ordem jurídica. Portanto, serão estudadas apenas brevemente no artigo aquelas que forem mais pertinentes.<sup>181</sup> A primeira onda é elaborada em 1965, tratando da assistência jurídica aos hipossuficientes econômicos, que pode ser prestada principalmente, dentre outras formas, através de: (i) atuação profissional esporádica realizada por caridade e benevolência, modelo

<sup>179</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>180</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit, p. 6.

<sup>181</sup> CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 31.

denominado como "*pro-bono*"; (ii) advogado remunerado pelo Estado e designado para a prestação de um determinado serviço judicial, modelo denominado como "*judicare*"; (iii) instituição estatal de profissionais que prestam serviços jurídicos, na esfera judicial e extrajudicial, remunerados através de uma relação direta permanente com o Estado, modelo denominado como "*salaried staff model*" e adotado no Brasil (art. 134 da CF/88).

Já no que diz respeito à segunda onda renovatória, abordam-se os direitos difusos e coletivos, e a terceira onda renovatória é conceituada a partir do acesso à representação em juízo com uma concepção mais ampla de acesso à justiça, por meio de um novo enfoque.<sup>182</sup>

Como decorrência do princípio de acesso à justiça, por exemplo, não mais se admite no sistema constitucional brasileiro a denominada "*jurisdição condicionada*", uma vez que é desnecessário o esgotamento das vias administrativas para socorrer-se ao Poder Judiciário, com exceção no que diz respeito à Justiça desportiva (art. 217, §1º e 2º da CF/88), consagrada pelo Poder Constituinte Originário.

Já no que diz respeito especificamente ao direito de assistência jurídica integral e gratuita aos vulneráveis, dispõe o texto 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 vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

De acordo com Diogo Esteves e Franklyn Roger:

Para garantir que esse direito fosse efetivamente concretizado na prática, a Constituição Federal formalizou expressamente a previsão da Defensoria Pública como instituição permanente e a incumbiu, fundamentalmente de prestar "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" (art. 134, caput, da CFRB).

---

<sup>182</sup> Ibidem, p. 49-67.

Desse modo, a assistência jurídica estatal e gratuita aos necessitados deve ser prestada exclusivamente pela Defensoria Pública, restando vedado ao Poder Público realizar a destinação de recursos para o custeio ou manutenção de qualquer modelo jurídico-assistencial diverso (art. 134 da CFRB, c/c art. 4º, §5º, da LC nº80/1994).<sup>183</sup>

Convém destacar que a assistência jurídica integral e gratuita é novidade prevista pela Constituição Federal de 1988, em distinção aos ordenamentos jurídico-constitucionais anteriores. O status constitucional brasileiro foi obtido pela primeira vez na Constituição de 1934, quando restou fixada aos necessitados assistência judiciária, pela União e os Estados, a partir da seguinte disposição: “113, item 32). A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. patrocínio gratuito, aos pobres, de causas nos juízos criminais e cíveis.”<sup>184</sup>

Na Constituição Federal de 1937, por sua vez, não foi previsto o direito de assistência judiciária. Todavia, nos artigos 68 e 79, o Código de Processo Civil de 1939 dispõe sobre a justiça gratuita aos necessitados. De acordo com a antiga norma processual civil, vejamos:

## CAPÍTULO II

### DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

---

<sup>183</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit, p. 298.

<sup>184</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 15 nov. 2023.



IV – das indenizações devidas a testemunhas;

V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.<sup>185</sup>

Posteriormente, na Constituição Federal de 1946 retorna o dever estatal de assistência judiciária aos necessitados, remetendo à legislação infraconstitucional a regulamentação do tema, o que fez surgir a Lei 1.060/50. Dispõe o antigo texto Constitucional: “Art. 141, § 35: “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”<sup>186</sup>

Em seguida, até o advento da Constituição Federal de 1988, não houveram alterações significativas em relação ao disposto pela Constituição de 1946. No entanto, quando surge o texto constitucional de 1988, altera-se o conceito de “assistência judiciária” para “assistência jurídica”. Sobre essa distinção, dispõe Barbosa Moreira:

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consistem em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo judiciário, mas passa a compreender tudo que seja jurídico. A mudança do adjetivo qualificador da ‘assistência’, reforçada pelo acréscimo integral, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica,

---

<sup>185</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939** (Código de Processo Civil). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm). Acesso em: 15 nov. 2023.

<sup>186</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 15 nov. 2023.

praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.<sup>187</sup>

Importa salientar que foram expostas apenas as principais considerações acerca do direito fundamental de acesso à justiça e do direito de assistência jurídica integral e gratuita aos vulneráveis, sem a pretensão de exaurir os institutos durante este estudo.

### **3. AS PRINCIPAIS RELAÇÕES ENTRE O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

No âmbito do Processo Penal, o acesso à justiça é um direito fundamental que assegura que o indivíduo possa ser protegido pelo Poder Judiciário, a partir da lesão ou da ameaça de lesão aos seus bens jurídicos.

Nesse contexto, o acesso à justiça no Processo Penal está intimamente relacionado com a proteção dos demais direitos fundamentais em risco. Trata-se da característica da interdependência e da complementaridade dos direitos fundamentais, que sobre o assunto dispõe Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

g) as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades; assim, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como à previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial; h) os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte.<sup>188</sup>

No que diz respeito ao Processo Penal como um instrumento de garantia do indivíduo, este estabelece um conjunto de normas e princípios que se destinam ao objetivo principal de aplicação jurisdicional do Direito Penal. No entanto, sem a observância de direitos fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, CFRB), garantidos a partir do acesso à justiça, ao final da relação processual, o indivíduo pode vir a sofrer arbitrariamente a violação do seu direito de

---

<sup>187</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 215.

<sup>188</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p. 88.

liberdade, a perda dos seus bens, a perda ou suspensão dos seus direitos políticos, dentre outras penas que são admitidas pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, a inobservância do acesso à justiça pode resultar em violações de direitos que vão além das penas admitidas pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, é possível destacar a possibilidade de eventuais casos de:

1. **Detenções Arbitrárias:** A prisão de indivíduos em desrespeito ao ordenamento jurídico é um exemplo de encarceramento arbitrário, em desconformidade aos direitos humanos (art. 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Por exemplo, a prisão temporária que ultrapassa o prazo decorrido no mandado de prisão e não é o indivíduo imediatamente colocado em liberdade o indivíduo, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva (art. 2º, §7º, da Lei 7.960/1989).

2. **Erros do Sistema de Justiça Criminal:** O comprometimento do acesso à justiça pode resultar em processos judiciais e investigações criminais que não permitem ao réu produzir provas e exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa no decorrer do devido processo legal, o que pode levar à condenação de inocentes ou à impunidade de culpados.

3. **Condições Precárias nas Prisões:** Como disposto pelo STF na ADPF 347, o sistema penitenciário é acometido de um 'Estado de Coisas Inconstitucionais'. Trata-se de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades em modificar a conjuntura. Apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. Portanto, a superlotação, falta de acesso a cuidados médicos e condições precárias nas prisões podem resultar em tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III, da CFRB, c/c art. 5.1 e 5.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos), tornando o acesso à justiça imprescindível para combater essas violações.

4. **Tortura e Maus-Tratos:** Em situações nas quais os custodiados sejam submetidos a tratamento de tortura e maus-tratos, afetando a dignidade humana e direitos

fundamentais básicos, como o direito à integridade física e mental, descredibilizando todo o sistema de justiça, o acesso à justiça pode prevenir ou reprimir esses casos de violação.

Apesar da exposição da fundamental importância do acesso à justiça no contexto do Processo Penal, muitas vezes esse direito não é implementado na prática. Isso ocorre quando não há Defensoria Pública para atuar como 'custos vulnerabilis' (ou fiscal dos vulneráveis), e os réus economicamente hipossuficientes não possuem recursos financeiros para contratar advogados particulares. Isso resulta em nomeações de advogados dativos para o exercício da assistência judicial. Sobre os advogados dativos na aplicação subsidiária do sistema judicare ao eleito pela Constituição Federal (*salaried staff model*), vale destacar a seguinte passagem doutrinária:

Podemos afirmar que a advocacia dativa apresenta dois problemas. Carece de legitimidade, por não encontrar previsão na Constituição da República, tal como ocorre com a Defensoria Pública, e por não ser objeto de deliberação de uma assembleia constituinte. E viola, ainda, a exigência constitucional de realização de concurso público para ingresso no serviço público, já que sua escolha ocorre aleatoriamente, por nomeação, sem que tenham sido averiguadas as condições técnicas julgadas essenciais pelo Estado, para que o profissional cumpra a função de patrocínio do acesso à justiça para os economicamente necessitados. Na verdade, os administradores públicos se valem da figura do advogado dativo como forma de se esquivar de seu mister de criação e estruturação da Defensoria Pública. Por meio de tal figura, os governantes afirmam garantir o acesso à justiça dos pobres, porém ferem a legalidade, já que o constituinte previu órgão próprio competente para instrumentalizar essa garantia, que é a Defensoria Pública. A advocacia dativa, por conseguinte, não fere só o texto constitucional, por constituir burla à existência constitucional de ingresso no quadro público por meio de concurso, mas também se afigura como maquiagem de que se valem os governantes, para se esquivarem da obrigação de efetivar o amplo acesso à justiça através da Defensoria Pública.<sup>189</sup>

No que diz respeito ao direito de assistência jurídica integral e gratuita, incumbência constitucional conferida para a Defensoria Pública (art. 134, caput, da CFRB), é imprescindível a análise dos seguintes dados: no âmbito das Defensorias Públicas dos

---

189 BITTENCOURT, Fabrícia da Fonseca Passos. Defensoria Pública: Modelo Constitucional de Assistência Jurídica. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública** – Funções Públicas Essenciais à Justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 166-167.

Estados e do Distrito Federal, o Brasil apresenta a razão de 1 Defensor(a) Público(a) para cada 33.796 habitantes. Levando em consideração exclusivamente a população economicamente vulnerável, o Brasil apresenta a razão de 1 Defensor(a) Público(a) para cada 29.730 habitantes com renda familiar de até 3 salários mínimos. Com base na análise demográfica e considerando o quantitativo de Defensores(as) Públicos(as), os dados revelam que, no âmbito das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, o Brasil apresenta a razão de 1 Defensor(a) Público(a) para cada 31.140 habitantes. Levando em consideração exclusivamente a população economicamente vulnerável, o Brasil apresenta a razão de 1 Defensor(a) Público(a) para cada 27.401 habitantes com renda de até 3 salários mínimos. (Fonte: Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal | Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2023). Dados sobre a estruturação geográfica das comarcas obtidos junto aos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal. Porcentagem da população com renda de até três salários mínimos por comarca projetada do Censo Demográfico 2010 com base nos dados populacionais do Censo Demográfico IBGE (2022).

De acordo com o parágrafo supracitado, evidencia-se o déficit de Defensores Públicos em relação à demanda populacional que necessita de atendimento, comprometendo efetividade prática do direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita. Além disso, a ausência de Defensores Públicos também constitui uma afronta à Emenda Constitucional 80/2014, que dispõe:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Analisando norma supracitada e os dados anteriormente mencionados, evidentemente, o prazo de 8 (oito) anos não será o suficiente para a implementação

completa da Defensoria Pública pelo país. Além disso, mesmo considerando a ADPF 279 e o julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade dos Municípios criarem instrumentos de assistência jurídica, ainda assim será insuficiente para o atender a demanda necessária e efetivamente cumprir o dever constitucional de dispor aos necessitados o direito de assistência jurídica integral e gratuita.

Com base no exposto, a ausência de realização efetiva pelo Estado da assistência jurídica integral e gratuita demonstra um obstáculo na concretização do acesso à justiça, possibilitando cada vez mais violações de direitos no sistema penal. A desproporção entre a demanda por serviços jurídicos e os recursos disponíveis para atendê-la a população ainda mais vulnerável, especialmente aqueles que ocupam o polo passivo da relação processual penal, que, unicamente por serem réus em uma ação penal, já se encontram em um estado de vulnerabilidade. Caso o direito fundamental à assistência jurídica continue insuficiente, a igualdade material entre os cidadãos ricos e pobres (aqueles que podem pagar advogados particulares e os que não podem) se tornará cada vez mais uma ilusão, comprometendo o sistema de justiça como um todo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ausência de implementação efetiva pelo Estado da assistência jurídica integral e gratuita no âmbito do Processo Penal destrói a possibilidade de acesso à justiça aos necessitados, e possibilita ainda mais a ocorrência de violações de direitos no sistema penal. A desproporção entre a demanda por serviços jurídicos e os recursos disponíveis para atendê-la torna a população mais vulnerável, especialmente aqueles que ocupam o polo passivo da relação processual penal, que, somente por serem réus em uma ação penal, já se encontram em um estado de vulnerabilidade. A ineficácia de políticas públicas torna o acesso à justiça um desafio cada vez mais inalcançável, comprometendo a integridade do sistema de justiça como um todo, além do sistema penal.

A implementação da assistência jurídica no âmbito do Processo Penal é crucial para garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além dos demais direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal dos necessitados. A falta de recursos e estrutura adequada pode constituir a linha tênue entre a proteção ou a violação da dignidade humana de quem mais necessita dos serviços jurídicos fornecidos pelo Estado. Além da sanção penal, outras formas de violação ao indivíduo podem resultar a partir da ausência de uma representação efetiva no Processo Penal.

É dever constitucional do Estado prover assistência jurídica de qualidade para aqueles que não podem pagar por serviços jurídicos particulares, incumbência que não pode ser eximida. O fortalecimento da Defensoria Pública para ampliar o acesso à justiça é medida fundamental para assegurar que todos os cidadãos, independentemente de sua

situação econômica, tenham a oportunidade de fazer valer seus direitos no sistema penal. A realização desse compromisso não apenas protegerá os direitos individuais, mas também fortalecerá a integridade de todo o sistema de justiça.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Fabrícia da Fonseca Passos. Defensoria Pública: Modelo Constitucional de Assistência Jurídica. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública** – Funções Públicas Essenciais à Justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm).

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm).

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939** (Código de Processo Civil). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm).

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2022.

## TEMPO, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E PRISÃO PREVENTIVA

**BEATRIZ ALTIMARI FERREIRA**<sup>190</sup>

(autora)

LETICIA LOURENÇO SANGALETO

(Orientadora)

**RESUMO:** Neste artigo, foi abordada a importância do princípio da duração razoável do processo no contexto da prisão preventiva. Verificou-se que a falta de um prazo definido para a prisão preventiva e a dilatação excessiva de sua duração podem violar os direitos e garantias constitucionais do acusado. Foi destacado que o respeito ao princípio da duração razoável do processo é fundamental para garantir um processo penal justo e eficiente. A prisão preventiva deve ser decretada apenas quando estritamente necessária, levando em consideração a proporcionalidade e a adequação da medida em relação ao crime cometido. A falta de um prazo específico para a prisão preventiva e a falta de critérios claros podem levar a interpretações divergentes e colocar em risco a aplicação do princípio da duração razoável do processo. Portanto, é necessário estabelecer limites temporais claros para a prisão preventiva, a fim de evitar excessos e garantir o equilíbrio entre a proteção da sociedade e a presunção de inocência do acusado. Em suma, a análise do princípio da duração razoável do processo no contexto da prisão preventiva evidencia a importância de conciliar a efetividade do processo com o respeito aos direitos fundamentais do acusado, buscando evitar prazos excessivos e garantir um processo penal justo e equilibrado.

**Palavras-chave:** Prisão. Preventiva. Tempo. Razoável.

**ABSTRACT:** In this article, the importance of the principle of reasonable duration of the process in the context of pre-trial detention was addressed. It was found that the lack of a defined period for pre-trial detention and the excessive extension of its duration may violate the rights and constitutional guarantees of the accused. fair and efficient. Pretrial detention should only be ordered when strictly necessary, taking into account the proportionality and adequacy of the measure in relation to the crime committed. jeopardizes the application of the principle of reasonable duration of proceedings. Therefore, it is necessary to establish clear time limits for pretrial detention, in order to avoid excesses and guarantee the balance between the protection of society and the presumption of innocence of the accused. preventive detention highlights the importance

---

190 E-mail: beatriz\_altimari@hotmail.com



of reconciling the effectiveness of the process with respect for the fundamental rights of the accused, seeking to avoid excessive periods of time and guarantee a fair and balanced criminal procedure.

**Keywords:** Prison. Preventive. Time. Reasonable.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, examinamos a importância do princípio da duração razoável do processo no contexto da prisão preventiva. A análise indicou que a falta de prazo previsto para a prisão preventiva pode infringir direitos constitucionais. Enfatizamos a necessidade de clareza nesse princípio para garantir um processo penal justo. Diante disso, defendemos a definição de limites temporais claros para a prisão preventiva, equilibrando a segurança da sociedade e os direitos do acusado.

A metodologia se baseou em pesquisa bibliográfica e qualitativa, incluindo livros, artigos, leis e encomendas. Esta abordagem aprofundou o entendimento sobre direito penal e processual, e a análise foi enriquecida por contribuições de especialistas, fornecidas e literatura acadêmica, culminando em uma avaliação detalhada do princípio da duração razoável da prisão preventiva.

Este estudo se propõe a uma análise minuciosa a respeito do tempo, duração razoável do processo e a prisão preventiva. O objetivo é explorar os efeitos do princípio da duração razoável da prisão preventiva, alinhada com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, na instauração de uma prisão preventiva.

Em domínio jurídico, é de senso comum que a prisão preventiva está estabelecida nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal Brasileiro, e pode ser determinada pelo juiz tanto durante o inquérito policial como na fase processual, podendo ser passível de aplicação até após a sentença condenatória.

Quando estudamos a fundo o âmbito do direito processual penal, sobretudo na liberdade do réu, a duração do processo se mostra de grande importância. Analisa-se que o legislador, ao abordar a prisão preventiva, não estabeleceu um limite temporal para tal medida cautelar, ou seja, não há previsão legal que defina um prazo máximo para a prisão preventiva, deixando-a ao arbítrio do julgador.

Assim, torna-se indiscutível analisar a questão do tempo de duração dessa medida, não apenas sob a ótica do Direito Processual Penal, mas, principalmente, através de uma

interpretação em conformidade com a Constituição, já que a discussão acerca da liberdade do indivíduo se insere, em especial, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, uma questão se faz necessária: quais as implicações do tempo de duração de uma detenção cautelar, em especial a prisão preventiva, frente à duração razoável do processo e a um possível constrangimento causado pelo excesso de tempo?

As seguintes hipóteses norteiam a essa discussão: i) o princípio da presunção de inocência deve ser observado, com particular consideração às prisões cautelares; ii) a prisão preventiva, sendo uma modalidade de prisão cautelar, deve ser aplicada tendo como premissa a presunção de inocência; iii) o prazo da prisão preventiva deve estar em conformidade com a duração razoável do processo; iv) a definição de um prazo para a prisão preventiva pode não ser operacionalmente viável; e v) o réu preso preventivamente não será prejudicado pelo excesso de prazo.

A decisão brasileira tem destruído intensamente o princípio da duração razoável da prisão preventiva, buscando equilibrar a efetividade do processo com os direitos fundamentais do acusado. A instrução criminal, etapa que envolve a coleta de provas e depoimentos, é crucial nessa discussão, pois seu tempo de duração pode especificar o período da prisão preventiva. A prisão preventiva deve ser aplicada obedecendo a critérios claros e objetivos, como a gravidade do crime e a necessidade de garantir a ordem pública. No entanto, é imperativo que a instrução criminal seja ágil, prevenindo atrasos injustificados que possam violar o princípio da duração razoável do processo. Em resumo, a jurisdição busca um equilíbrio entre uma instrução criminal e o direito do acusado a um processo rápido, evitando detenções prolongadas sem justa causa .

Desta feita, a relevância do presente se manifesta por incitar uma discussão crucial ao direito processual penal, que só pode ser plenamente entendido à luz do respeito à sistemática constitucional de 1988, com especial enfoque nos direitos e garantias fundamentais.

## ***2 DETENÇÃO PREVENTIVA: UMA AVALIAÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL***

A prisão preventiva é um tema abordado pela Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LXI, que estabelece os requisitos mínimos para a sua aplicação. Conforme Vanessa Carnieto (2015), a prisão cautelar é uma medida que pode ser decretada antes da condenação, restringindo a liberdade do indivíduo, com o propósito de atender às finalidades processuais penais. Ela é considerada uma autodefesa do sistema jurídico e só deve ser aplicada quando necessária para alcançar tais finalidades e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Lopes Junior (2016) menciona em sua obra que a prisão preventiva deve ser fundamentada em perigo real, respaldada por fatos e provas suficientes para justificar essa medida. Portanto, é evidente que as medidas cautelares não têm a finalidade de "fazer justiça", mas sim garantir o funcionamento adequado do processo penal. Elas são instrumentos a serviço do processo, sendo sua característica básica a instrumentalidade qualificada.

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a "fazer justiça", mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. (Lopes Jr. 2016. p. 526)

De acordo com Cunha (2016, S/P), a prisão preventiva foi estabelecida na Constituição imperial de 1824, embora já existisse legalmente desde a Proclamação da Independência em 1822, por D. Pedro I. Posteriormente, com o Código de Processo Penal de 1941, a prisão cautelar foi denominada de prisão preventiva e sofreu alterações com a Lei 12.403 de 2011, passando a ser uma espécie de prisão processual provisória. Com natureza cautelar, sua imposição é justificada apenas quando as demais medidas cautelares não são suficientes, sendo a última opção aplicada pelo magistrado em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, conforme o artigo 42 do Código Penal.

É importante destacar que essa medida cautelar é embasada no conceito de instrumentalidade, como sustenta Lopes Júnior (2016), ou seja, ela é considerada cautelar apenas quando serve ao processo de conhecimento, garantindo a eficácia e o funcionamento do mesmo. Portanto, o que for considerado cautelar é considerado constitucional. Segundo Cleber Masson (2011), o objetivo das alterações trazidas pela Lei 12.403 de 2011 é adequar as regras processuais penais aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, já que o Código de Processo Penal foi concebido na década de 1940, com base na Constituição de 1937.

Assim, fica evidente a necessidade da alteração promovida pela Lei 12.403 de 2011, como ressalta Carnieto ao citar Souza (2011), uma vez que essa lei trouxe novos parâmetros para a prisão cautelar, atendendo a demandas da doutrina nacional que há tempos clamava por uma legislação mais atualizada.

A lei 12.403/2011, fruto de lei já com dez anos de idade (PL 4.208/2001) e cujo texto original sofreu, durante esse decênio,

várias alterações, introduziu significativas alterações no Código de Processo Penal, na esteira das minirreformas processuais iniciadas em 2008, trazendo modificações e inovações no tratamento da prisão processual e outras medidas cautelares pessoais. (SOUZA, 2011 apud CARNIETO, 2015, S/P)

O artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece os parâmetros para a decisão sobre a admissão das medidas cautelares em geral. Esses parâmetros envolvem a necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, bem como para evitar a prática de infrações penais. Além disso, a medida deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, em conformidade com o Princípio da Proporcionalidade.

HABEAS CORPUS. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. É inviável o conhecimento do habeas corpus, uma vez que a defesa se insurge contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de origem, contra a qual seria cabível agravo regimental, que não foi interposto. Precedentes do STJ e do STF. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO PASSIVA. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DIVERSAS. ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA. 1. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do artigo 282 do Código de Processo Penal, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação. 2. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do artigo 282, § 6º, da Lei Penal Adjetiva. 3. Na espécie, não se desprezando a potencialidade lesiva das infrações noticiadas, tem-se que estas foram praticadas sem violência ou grave ameaça a pessoa, tratando-se de réus primários e que já foram afastados do exercício dos respectivos mandatos de vereadores, o que revela que as medidas cautelares diversas se mostram eficazes e suficientes para os fins visados quando da ordenação da preventiva. Precedentes. CADEIA DE CUSTÓDIA NÃO RESPEITADA. CAPTAÇÃO AMBIENTAL NÃO PRESERVADA E NÃO

## PERICIADA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

O Superior Tribunal de Justiça reforça que, antes de decretar a prisão preventiva, é necessário analisar a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, como exemplificado em um caso de Habeas Corpus citado no texto. Essa análise é fundamental, conforme o entendimento do tribunal, para garantir que a restrição da liberdade seja proporcional e necessária. O fundamento da prisão preventiva, de acordo com Oliveira (2013), reside na sua natureza cautelar, que visa tutelar a persecução penal, evitando que condutas praticadas pelo suposto autor ou por terceiros coloquem em risco a efetividade da investigação e do processo. É importante ressaltar que a prisão preventiva deve ser vista como exceção, sendo interpretada de forma restrita, pois sua imposição acarreta sérias consequências ao acusado. Lopes Júnior (2016) destaca que a prisão preventiva é de curta duração e não deve assumir características de antecipação da pena. No entanto, um dos problemas do sistema cautelar brasileiro é a falta de determinação clara sobre a duração da prisão preventiva. Exceto no caso da prisão temporária, cujo prazo máximo é previsto em lei, a prisão preventiva não tem um prazo definido, o que pode levar a situações de indefinição e potencial violação aos direitos do acusado.

Portanto, em conformidade com os princípios constitucionais que regem os direitos individuais, a prisão preventiva deve ser aplicada apenas quando fundamentada por uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em consonância com o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. A sua decretação deve considerar a necessidade e a adequação da medida, levando em conta os requisitos estabelecidos pelo artigo 282 do Código de Processo Penal, bem como a proporcionalidade em relação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado.

Conforme afirmado por Távora e Alencar (2012) em sua obra, a prisão preventiva deve ser tratada como uma medida excepcional, devendo ser interpretada de forma restrita, uma vez que a prisão cautelar em si já é prejudicial ao acusado. A prisão preventiva possui um caráter provisório, como apontado por Lopes Júnior (2016), sendo sua duração breve e não podendo assumir características de antecipação da pena.

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar

enquanto o juiz ou tribunal entender existir o periculum libertatis.(LOPES JR. 2016 p. 483)

Segundo Oliveira (2013), devido à gravidade da medida e ao sistema que valoriza as garantias constitucionais individuais, a prisão preventiva somente será decretada quando houver uma "ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente", em conformidade com o disposto no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Conforme descreve Aury Lopes Júnior (2016), no que diz respeito ao requisito da conveniência da instrução criminal para a decretação da prisão preventiva, uma vez que o acusado tenha sido ouvido e as provas tenham sido produzidas, os fundamentos para a manutenção da segregação deixam de existir. Portanto, se o acusado for mantido preso nessa situação, apenas se abrem oportunidades para a alegação de constrangimento ilegal e a diminuição de suas possibilidades de defesa.

Segundo Aury Lopes Júnior (2016), em relação ao requisito da aplicação da lei penal, trata-se de uma medida de natureza cautelar. A questão central é determinar se há uma "necessidade cruel" para que essa medida seja considerada legítima. Isso significa que a prisão preventiva deve ser justificada pela efetiva necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, garantindo a ordem pública, a instrução criminal ou a conveniência da persecução penal. A medida deve ser adequada e proporcional aos objetivos pretendidos, evitando-se o uso abusivo ou desproporcional da prisão cautelar.

De acordo com os princípios constitucionais que regem os direitos individuais, é fundamental considerar que a prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza provisória. No entanto, em muitos casos, a utilização dessa medida acaba sendo trivializada, negligenciando os critérios estabelecidos no artigo 282 do Código de Processo Penal. Esses critérios determinam que a prisão preventiva só deve ser decretada quando estritamente necessária e adequada, levando em conta a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado. Portanto, é essencial que sejam observados os requisitos legais e que a prisão preventiva não seja utilizada de forma indiscriminada ou abusiva

### ***3 A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO APROPRIADA DO PROCESSO***

De acordo com Cunha (2016), a compreensão do princípio da duração razoável do processo requer uma análise sobre o conceito de princípios e sua relação com as demais interpretações jurídicas. Os princípios jurídicos são fundamentos do ordenamento jurídico, orientando os caminhos que o Direito irá percorrer. Nesse sentido, Barroso (2008) explica que os princípios constitucionais são elementos essenciais das normas contidas na Constituição, constituindo a base e a essência da ordem jurídica.

É importante distinguir entre regras e princípios. Segundo Barroso (2018), essa distinção é especialmente relevante no contexto das normas constitucionais. Os princípios constitucionais representam a incorporação de valores éticos no mundo jurídico. Ao ingressarem no sistema jurídico, os princípios deixam de ser fontes secundárias e subsidiárias, passando a influenciar a interpretação e aplicação das normas em nosso ordenamento.

Barroso (2018) destaca três critérios distintivos entre regras e princípios: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. No que diz respeito ao critério do conteúdo, os princípios expressam decisões políticas fundamentais e os valores que devem ser apreciados, tanto no que diz respeito aos direitos individuais quanto aos interesses coletivos.

Quanto à estrutura normativa, os princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que a norma descreva objetivamente a conduta a ser seguida. Conforme Barroso (2018, p. 244), "uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida".

A principal diferença entre regras e princípios reside no modo de aplicação. Enquanto as regras são aplicadas de forma binária, ou seja, produzindo o efeito previsto apenas quando ocorre o que está descrito em si, os princípios são aplicados de maneira mais flexível, considerando as circunstâncias do caso concreto e a busca pelos ideais que representam.

Nesse contexto, o princípio da duração razoável do processo ganha relevância, pois busca conciliar a garantia de um processo efetivo com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. A sua aplicação requer uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso, levando em consideração o tempo necessário para a realização da instrução criminal sem que haja violação dos direitos do acusado. Assim, o princípio da duração razoável do processo representa um importante instrumento para garantir a justiça e a efetividade do sistema jurídico.

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. [...] Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados

na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. (BARROSO, 2018, p.246)

Princípios e regras desempenham papéis distintos no ordenamento jurídico. Enquanto as regras são normas descritivas que estabelecem condutas específicas, os princípios têm natureza finalística, direcionando o alcance de valores fundamentais. Nesse sentido, conforme aponta Pedro Lenza (2018), o direito à duração razoável e satisfatória do processo já era reconhecido como um direito fundamental em outros instrumentos internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No contexto brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe uma explicitação do princípio da razoável duração do processo em nosso ordenamento jurídico. Essa inclusão constitucional reforça a importância de garantir um tempo adequado para a tramitação dos processos judiciais, assegurando que a morosidade não prejudique a efetividade do direito de acesso à justiça e a realização da justiça substancial.

Dessa forma, o princípio da razoável duração do processo ganha relevância no sistema jurídico brasileiro, orientando a interpretação e a aplicação das normas processuais. Sua observância busca evitar a procrastinação injustificada, a fim de assegurar a celeridade e a eficiência na solução das demandas judiciais, sem comprometer os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois, "o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law'". O Supremo Tribunal Federal entendeu, por exemplo, que a "a demora demasiada para o julgamento do recurso, em razão do elevado número de substituição de relatores" desrespeita o princípio da razoável duração do processo e determinou seu imediato julgamento. (MORAES, 2019, p. 121)

Em relação ao princípio da razoável duração do processo, os doutrinadores Távora e Alencar abordam que se trata de um princípio fundamental do direito processual. Segundo eles, a duração excessiva de um processo pode acarretar diversos problemas, como a violação do direito de acesso à justiça, a inefetividade das decisões judiciais e o desgaste das partes envolvidas.

Esses doutrinadores destacam que o princípio da razoável duração do processo está intrinsecamente ligado aos princípios da eficiência e da celeridade processual. Ele busca



garantir que os processos sejam conduzidos de maneira ágil e eficaz, evitando a procrastinação e a demora injustificada na resolução dos litígios.

Além disso, Távora e Alencar ressaltam que a observância desse princípio é essencial para garantir a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos no sistema de justiça. A demora excessiva pode gerar incertezas e insegurança, comprometendo a credibilidade do Poder Judiciário.

Diante disso, é fundamental que os órgãos judiciais adotem medidas para agilizar os processos, como a utilização de tecnologias, a redução de formalidades excessivas e a adoção de práticas mais eficientes. Somente assim será possível assegurar a efetividade do direito à tutela jurisdicional e promover a justiça de forma adequada.

A justiça como tal, não pode ser tardia. A Emenda à Constituição de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs que 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (art. 5º, LXXIII, CF/1988). (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.73)

Conforme Távora e Alencar (2012), a Emenda Constitucional nº 45/04 foi promulgada considerando os efeitos prejudiciais do excesso de tempo nos processos, bem como a garantia do princípio da celeridade tanto para a vítima quanto para o réu, visando evitar a estigmatização e a desumanização da persecução penal, que representam uma antecipação da pena.

De acordo com Alexandre de Moraes (2019), embora a EC nº 45/04 tenha introduzido mecanismos processuais com o objetivo de agilizar a tramitação dos processos e reduzir a morosidade do sistema judiciário brasileiro, essas medidas foram consideradas insuficientes. Isso demonstra a necessidade de reformas infraconstitucionais no sistema processual, que ofereçam garantias para a solução dos conflitos, uma melhor distribuição da justiça e maior segurança jurídica.

Nesse sentido, Pedro Lenza, ao mencionar Grinover em sua obra, resalta a importância de reformas infraconstitucionais relacionadas a esse princípio, destacando a necessidade de adaptações no âmbito legislativo visando sua efetividade. Tais alterações são fundamentais para garantir a adequada aplicação do princípio da razoável duração do processo, de modo a assegurar a prestação jurisdicional de forma célere e eficiente, em conformidade com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos envolvidos no processo.

Como sinalizou Grinover, “esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”. (LENZA, 2018, p. 1302 e 1303)

Conforme mencionado anteriormente, todos os princípios constitucionais possuem o mesmo valor e não há uma hierarquia entre eles, o que pode levar a conflitos quando aplicados em situações concretas. Barroso (2018) destaca que a colisão entre princípios ocorre devido à diversidade de preceitos e interesses presentes na Constituição. Nesses casos, é necessário estabelecer uma priorização entre os princípios envolvidos, levando em consideração as circunstâncias específicas. Portanto, a coexistência harmoniosa dos princípios constitucionais é fundamental.

No contexto da prisão preventiva, a falta de definição de parâmetros temporais para sua duração prejudica o escopo fundamental do poder punitivo do Estado no âmbito do Processo Penal, conforme ressaltado por Cunha (2016). Além disso, a ausência de um prazo legal para a prisão preventiva entra em conflito com a natureza provisória de todas as medidas cautelares.

A duração razoável do processo é uma questão de extrema importância, como esclarece Cunha, destacando a necessidade de que o tempo de tramitação do processo seja adequado e proporcional, garantindo assim os direitos e as garantias fundamentais dos envolvidos no processo penal.

Verifica-se desse modo tratar-se de princípio de suma importância, pois sua observância coaduna com o mais cristalino direito, dando um sentido de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso que estiver sob análise. (CUNHA, 2016, S/P)

No que se refere à ausência de um prazo definido para a prisão preventiva, o autor também ressalta que essa lacuna pode gerar consequências indesejadas.

A falta de previsão legal para a duração do processo com réu preso criou posições doutrinárias e jurisprudências antagônicas, restando com isso prejudicado o princípio constitucional da razoável duração do processo, estabelecido pela emenda constitucional 45/2004, que

tratava da reforma do judiciário, que entre outras mudanças, inseriu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII, que prevê expressamente o direito a todos, tanto jurídica como administrativamente, de ter assegurado o direito a razoável duração do processo bem como a todos os cidadãos, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (CUNHA, 2016, S/P)

Portanto, considerando que os princípios constitucionais são fundamentais para o direito nacional e estão intrinsecamente relacionados às garantias individuais, é imprescindível que sejam rigorosamente observados, especialmente nos casos em que o acusado se encontra sob prisão.

#### **4.A RELEVÂNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

De acordo com Araújo (2017), entre as diversas características das medidas cautelares, destaca-se a sua instrumentalidade, que visa assegurar o bom funcionamento do processo, protegendo-o de eventuais obstáculos que possam comprometer o alcance do resultado esperado. Nesse sentido, as medidas cautelares são utilizadas quando a instrução processual ainda não está concluída, representando uma garantia para a efetivação de uma eventual condenação. Sobre a prisão preventiva, Nobre (referenciado por Araújo) esclarece que:

Ao contrário do flagrante, a prisão preventiva é regida pelo princípio da reserva de jurisdição e só pode ser decretada por juízes ou tribunais, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em decisão fundamentada. Se for decretada durante o processo, pode ser feita de ofício pelo juiz. (NOBRE, et al. 2011, S/P)

Conforme expõe Mendonça (2011), caso exista uma medida menos gravosa que possua a mesma capacidade de evitar o perigo, a decretação da prisão preventiva deve ser recusada, em consonância com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, deve-se sempre optar pela medida menos gravosa ao agente, levando em consideração a necessidade da medida.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), reconhecendo a obrigação de revisar a manutenção das prisões provisórias, editou a Resolução 66 em janeiro de 2009. O artigo 3º dessa resolução estabelece que, quando houver paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos com indiciado ou réu preso, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao juiz para análise.

Mendonça (2011) destaca que a decretação da prisão preventiva deve se basear em fundamentos que demonstrem sua necessidade para uma instrução probatória precisa, não devendo ser decretada por mera conveniência, conforme previsto em lei.

Para Oliveira (2013), a justificativa da prisão preventiva está relacionada à privação da liberdade de um indivíduo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Sua decretação deve visar à proteção da persecução penal e deve ser considerada como última medida a ser adotada para satisfazer essa necessidade.

Além dos pressupostos estabelecidos no Código de Processo Penal, é necessário que a decretação da prisão preventiva decorra de um risco à efetividade do processo, como afirmado por Oliveira.

Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal. (OLIVEIRA, 2013, p. 551)

Segundo Lopes Júnior (2006), o processo é um instrumento essencial para a realização do direito penal, desempenhando uma dupla função: viabilizar a aplicação da pena e garantir os direitos e liberdades individuais. Portanto, é necessário que o processo seja conduzido de forma efetiva e equilibrada, atendendo a essas duas finalidades.

Quanto à duração do processo, Távora e Alencar (2012) destacam a importância de evitar excessos, pois a mera existência do processo já acarreta consequências negativas para o acusado, inclusive de ordem econômica. Portanto, é indiscutível que o réu possui interesse na solução rápida e eficiente da incerteza que paira sobre ele.

Cunha (2016) ressalta que todo indiciado possui o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável, sem ficar indefinidamente à mercê da justiça. A espera prolongada pelo término do processo pode acarretar graves danos ao acusado, considerando que, ao final, ele pode ser absolvido. É fundamental garantir que o direito à celeridade processual seja efetivado, evitando assim prejuízos injustificados ao acusado.

Ademais, Hoffman destaca que:

É lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem que nada na ineficiente estrutura e nas condições do Poder Judiciário fosse alterado, a EC 45 simplesmente acrescentou o parágrafo LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir

o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Infelizmente, o simples acréscimo da Constituição Federal não modificará em nada a duração do processo. Trata-se, por ora, somente de mais uma garantia constitucional vazia. (HOFFMAN, 2006, S/P)

Conforme aponta Mendonça (2011), a legislação brasileira não estabelece um prazo máximo expresso para a duração da prisão preventiva. No entanto, isso não significa que essa medida cautelar possa perdurar de forma excessiva. É fundamental respeitar o princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual a prisão cautelar não pode ser mais gravosa do que a pena a ser fixada ao final do processo, uma vez que o remédio não pode causar mais danos do que a doença a ser tratada.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de evitar a decretação indiscriminada da prisão preventiva, como ilustrado no trecho abaixo. Isso reforça a necessidade de se avaliar criteriosamente a proporcionalidade e a necessidade da medida, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e respeitando os direitos fundamentais do acusado.

Portanto, é crucial que a decretação da prisão preventiva esteja em conformidade com os princípios constitucionais, evitando prazos excessivos em sua duração. Por se tratar da restrição da liberdade de um indivíduo e ter um caráter provisório, não é admissível que o acusado fique detido por tempo indeterminado, pois isso descaracterizaria a natureza cautelar da medida, transformando-a em uma espécie de antecipação da pena.

A prisão preventiva deve ser utilizada como um instrumento para garantir a efetividade do processo penal, resguardando os direitos fundamentais do acusado. Portanto, é essencial que sua aplicação seja necessária, proporcional e fundamentada, de modo a evitar abusos e preservar a presunção de inocência até que haja uma condenação definitiva.

Assim, é imprescindível que o sistema de justiça adote medidas para agilizar os procedimentos processuais, assegurando uma análise rápida e eficiente da prisão preventiva, a fim de evitar a sua prolongação desnecessária e garantir o respeito ao princípio da presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana. A finalidade da prisão preventiva é proteger a sociedade e o regular desenvolvimento do processo, não podendo ser utilizada como uma forma de antecipação de pena.

## **5. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA AVALIAÇÃO À LUZ DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**

A análise dos efeitos do princípio da duração razoável da prisão preventiva, em conjunto com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é fundamental para garantir que essa medida cautelar seja decretada de forma justa e equilibrada.

O princípio da duração razoável do processo busca assegurar que a tramitação do caso penal ocorra dentro de um tempo adequado, evitando a demora excessiva que possa causar prejuízos ao acusado, como a violação do direito à liberdade ou a restrição prolongada de seus direitos fundamentais. Dessa forma, a aplicação desse princípio também se estende à prisão preventiva, que é uma das medidas mais drásticas que podem ser impostas a um indivíduo.

Nesse sentido, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são essenciais para a análise da decretação da prisão preventiva. O princípio da razoabilidade implica que as medidas adotadas devem ser adequadas e proporcionais aos fins que se busca atingir, ou seja, a prisão preventiva deve ser uma medida necessária para a garantia da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade exige que a restrição da liberdade do acusado seja proporcional à gravidade do crime, às circunstâncias do caso e às condições pessoais do indivíduo. Isso significa que a prisão preventiva não pode ser decretada de forma automática ou desproporcional, mas sim de acordo com uma análise cuidadosa das circunstâncias específicas do caso.

Dessa forma, ao considerar os efeitos do princípio da duração razoável da prisão preventiva, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, busca-se evitar a decretação indiscriminada e prolongada dessa medida cautelar, garantindo que sua aplicação seja fundamentada, necessária e proporcional aos fins almejados. Isso contribui para assegurar os direitos fundamentais do acusado e preservar a justiça no sistema penal.

## **6 CONCLUSÃO**

Após uma análise detalhada das discussões apresentadas, constata-se que o princípio da duração razoável do processo desempenha um papel fundamental na duração da prisão preventiva. Tal consideração deve levar em conta o prejuízo suportado pelo investigado ou réu ao ser submetido a uma segregação cautelar em um processo que ainda não foi concluído, presumindo-se sua inocência.

É incontestável que o excesso de prazo configura um constrangimento e acarreta consequências extremamente negativas ao acusado, violando seus direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição, especialmente no contexto da prisão cautelar.

No entanto, a ausência de uma definição legal quanto ao prazo máximo das medidas cautelares gera um grande problema, que é a incerteza em relação à duração da prisão preventiva. Essa lacuna faz com que o princípio da duração razoável do processo seja relativizado no caso da prisão preventiva, ficando a critério do juiz ou do tribunal competente decidir sobre sua continuidade, independentemente do excesso de prazo, caso entendam que a liberdade do indiciado representa perigo ao processo.

É evidente que as medidas cautelares visam garantir o funcionamento adequado do processo penal, sendo sua instrumentalidade uma característica fundamental. No entanto, seu propósito não é promover a justiça em si, como salientado por Aury Lopes Júnior (2016).

O princípio da duração razoável do processo ganha importância ao harmonizar-se com os direitos fundamentais, proporcionando uma medida justa ao processo e adequando-se às exigências da legislação processual penal para garantir a efetividade da prisão preventiva, tanto em relação ao indivíduo, assegurando sua liberdade, quanto à aplicação da lei penal.

Dessa forma, a falta de previsão legal quanto à duração do processo criminal resulta em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, o que coloca em risco a aplicação do princípio da duração razoável do processo.

No entanto, se o fundamento de uma medida cautelar na persecução criminal é coibir possíveis condutas que possam prejudicar a efetividade das investigações, não é viável estender seus prazos indiscriminadamente.

Portanto, torna-se imprescindível, para efetivar as garantias constitucionais e preservar a duração razoável do processo, estabelecer um limite máximo de duração para a prisão preventiva, o que deve ser implementado pelo sistema de justiça criminal em busca de um processo penal em conformidade com a Constituição.

Diante das considerações apresentadas neste artigo, é evidente a importância do respeito ao princípio da duração razoável do processo no contexto da prisão preventiva, uma vez que está em jogo a liberdade do indivíduo.

A justiça não pode ser tardia, e a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a garantia de uma duração razoável do processo, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, e também trouxe proteção aos meios que asseguram sua celeridade.

Embora o legislador constituinte tenha manifestado o respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, não estabeleceu um prazo concreto para a duração do processo penal, nem para a duração da prisão preventiva, deixando espaço para diferentes interpretações no momento de sua decretação.

Observa-se, portanto, que a dilatação dos prazos da prisão preventiva viola os princípios constitucionais, o que demonstra que essa medida cautelar deve ser decretada por um período suficiente para encerrar a instrução criminal, respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade previstos na Constituição, de modo que não seja mais gravosa do que a pena a ser fixada ao final do processo.

Assim, não é suficiente para o magistrado fundamentar a decretação da prisão preventiva alegando apenas os requisitos descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal. É necessário comprovar que nenhuma outra medida é capaz de alcançar os resultados desejados para o bom funcionamento do processo penal. Esse entendimento é reforçado pela Lei 12.403/2011, que estabeleceu um caráter excepcional para a prisão preventiva.

Portanto, para garantir a efetividade do princípio da duração razoável do processo e o respeito aos direitos e garantias individuais, é fundamental estabelecer limites temporais claros para a prisão preventiva, de modo a evitar excessos e garantir um processo penal justo e constitucional.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Raquel Abreu Costa. A decretação da prisão preventiva sem a observância específica dos requisitos, e as consequências no sistema prisional. *Âmbito Jurídico*.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. Editora Rideel, 2015.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 456.575 – RJ (2018/0158227-0). Relator: Ministro Jorge Mussi; Impetrante: Ronaldo José Dos Santos e Outro; Advogados: Ronaldo José dos Santos, Marcos Antonio Lopes Fonte; Impetado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Paciente: Rocsilvan Rezende Da Rocha. Brasília, 20 de setembro de 2018.

CARNIETO, Vanessa. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais – alterações dadas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011*. *Âmbito Jurídico*.



CONCELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 66.

CUNHA, André Sergey Aguiar. A prisão preventiva e o princípio razoável da duração do processo. Jusbrasil. Disponível em: . Acesse-os. de 2018.

HOFMAN, Paulo. Duração Razoável do Processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MASSON, Cleber Rogério. Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva (organizadores). Inovação à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011. São Paulo: Edições APMP, 2011. p. 29.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOBRE, Ana Luiza de Lemos; MOREIRA, Carine Brum da Costa; MOREIRA, Henrique Giusti; ROLIM, Taiane da Cruz. Prisões cautelares: breves apontamentos, de acordo com a Lei n.º 12.403/2011. Âmbito Jurídico.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 17. ed. Rev. e atualizado. São Paulo: Atlas, 2013.

PRODANOV, CC; FREITAS, EC Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SEREVINO, AJ Metodologia do Trabalho Científico. 23. ed. Rev. e atualizado. São Paulo: Cortez, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7. ed. Rev. amplificador. e atualizado. Salvador: Juspodivim.

## **PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA TUTELA JURISDICIONAL PENAL E OS HIPERVULNERÁVEIS**

**MIGUEL ANGELO DA SILVA RIBEIRO:**

Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado em nível de especialização em Processo Judiciário Penal pela Faculdade Figueiredo Costa. Delegado de Polícia de Carreira do estado do Amazonas.<sup>191</sup>

**RESUMO:** O artigo busca analisar a participação democrática no âmbito da tutela jurisdicional penal, pelos grupos de pessoas hipervulneráveis e hipossuficientes. Na efetiva constituição de um Estado Democrático de Direito, firmado sob as bases da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana, é necessário assegurar que todos, e em especial aqueles mais suscetíveis a violações de direitos, tenham acesso à jurisdição. Na previsão de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988 encontram-se solidificados princípios que devem ser aplicados nesse instrumento de alcance à tutela estatal, como o Princípio do Juiz Natural, o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Do mesmo modo está consolidado o Direito a Assistência Jurídica Integral e Gratuita aos necessitados, como verdadeiro instrumento de acesso à justiça. Portanto, na medida em que a sociedade e os órgãos estatais, e dentre eles o Poder Judiciário, atuam no desenvolvimento de suas ações, é de relevância ímpar analisar a efetivação dos fundamentos e objetivos da nossa República, em especial, no âmbito do Processo Judicial Criminal, no qual se verifica uma predominância de participação da população com menor capacidade econômica, com menos acesso à educação formal e mais dificuldade de compreender o funcionamento do Sistema de Justiça Penal.

**Palavras-chave:** Tutela Jurisdicional Penal. Hipervulneráveis. Estado Democrático de Direito. Cidadania.

### **1 INTRODUÇÃO**

Analisar os aspectos que envolvem o processo jurisdicional penal, em uma perspectiva quanto aos valores construídos no Estado Democrático de Direito brasileiro, apontando os problemas estruturais da efetiva participação dos grupos hipervulneráveis, tem-se demonstrado uma temática de fundamental importância.

---

191 E-mail: [miguel-ribeiro@hotmail.com](mailto:miguel-ribeiro@hotmail.com)

O aperfeiçoamento da democracia na sociedade, também no âmbito do processo jurisdicional penal, é um caminho em busca da realização da justiça. O Estado democrático de direito, a tutela jurisdicional penal e os grupos de pessoas consideradas extremamente vulneráveis, são os pontos a serem explorados na busca de um caminho visando a realização da justiça.

Desse modo, sem a pretensão de esgotar toda a temática, busca-se trazer reflexões que podem ser considerados significativas, para a construção de novas soluções aos problemas atualmente enfrentados.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inaugura, logo após o preâmbulo, disposições no Art. 1º que tratam sobre as bases de nossa República, estabelecendo ser ele um Estado Democrático de Direito: “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”<sup>2</sup>. Ante essa disposição, é necessário compreender, exatamente, a acepção adequada de cada um dos termos apresentados na carta política. Nesse sentido, deve-se buscar na literatura especializada as interpretações e ensinamentos que as definem com a maior precisão possível.

Segundo Max Weber<sup>3</sup>, considerando a historicidade das congregações políticas, a figura do Estado retrata uma relação de subordinação, domínio, controle e hegemonia entre os homens, baseada precipuamente no uso legítimo da violência e da força, de tal forma que esse ente abstrato, e ao mesmo tempo tangível, somente pode existir quando enquanto esse vínculo perdurar.

Conforme as lições do Professor Paulo Bonavides<sup>4</sup>, ocorreram duas grandes revoluções no mundo ocidental no período compreendido entre os séculos XVIII e XX, as quais ele identifica como sendo levantes da liberdade e da igualdade. Esses movimentos foram seguidos, ainda segundo ele, de outras duas grandes agitações que se apresentaram sem serem pouco percebidas e que eclodiram nas duas últimas décadas. A primeira foi a revolução da fraternidade, cujo enfoque é “o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo”, e a segunda é a revolução do Estado social, a qual estaria em uma fase mais recente de se concretizar constitucionalmente.

De acordo com o prestigiado autor, as duas grandes revoluções inicialmente citadas aconteceram no chamado primeiro mundo, ao passo que as duas últimas se desenrolaram nas sociedades e países que ocupam um status social abaixo.

Ao analisar a expressão, José Luiz Quadros de Magalhães<sup>5</sup>, lembra que o Estado de Direito foi fruto das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, que criaram a figura do Estado de Direito moderno a partir de uma Constituição, sendo um fenômeno político, jurídico, econômico e social fundado pelo ideal iluminista, liberal e constitucional.

Afirma ainda que inicialmente somente aqueles que detinham a titularidade da propriedade possuíam direitos políticos, e que após a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) houve uma consolidação da democracia e do constitucionalismo, todavia, tal fenômeno não pode ser compreendido como uma transformação homogênea a nível global, existindo ainda atualmente Estados de Direito não democráticos. Portanto, o modelo escolhido visa fundir tanto a democracia com o direito, como a democracia com a constituição.

A construção desse novo modelo social, cujo ponto de partida foi o liberalismo do século XIX, surgiu para contrapor o então Estado absolutista, que se encontrava em franca decadência na Europa, e era caracterizado por uma forte opressão da classe dominante, concentradora do poder, sobre as camadas dominadas, que possuíam um reduzido número de direitos e eram fortemente infringidas por abusos políticos e econômicos.

A expressão Estado de Direito não é de fácil definição, tanto pela diversificada apreensão, como pelo peso retórico-ideológico que em regra se atribuí ao vocábulo. Para Hans Kelsen<sup>6</sup>, o Estado de Direito é quase uma espécie de pleonasma, pois não haveria Estado sem que este se submetesse ao Direito.

Segundo o teórico, os atos praticados pelo Estado, em verdade, são condutas realizadas por pessoas físicas as quais se atribui ao Estado como ente jurídico, de tal modo que essa atribuição só é possível de ser realizada a partir de normas jurídicas que as regulamentem, e arremata afirmando que o Estado não se subordina ao Direito criado por ele, mas sim o Direito, disciplinando as condutas dos indivíduos, e em especial a criação do Direito, submete a si esses indivíduos.

Portanto, a locução Estado de Direito tem uma forte carga valorativa, representando um pacto no qual o Estado tem no Direito, no seu ordenamento jurídico, seu fundamento e sua limitação.

Um ponto importante a ser verificado atualmente é a sujeição do Estado à sua Carta Política fundante, de acordo com os ensinamentos do autor e professor português J.J. Gomes Canotilho<sup>7</sup>, o Estado somente pode ser conceituado e justificado como Estado constitucional, e acrescenta que para ser um Estado “com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno”, necessariamente tem que ser um Estado de direito democrático, tendo, assim, duas fortes características indispensáveis a um Estado

constitucional, ser de direito, e ser democrático. Contudo, o autor ressalta que nem sempre essas duas particularidades estão sempre presentes.

Dessas lições se infere, então, que o Estado de Direito também pode ser denominado de Estado Constitucional, trazendo, contemporaneamente, novas acepções sobre o termo. Todavia, importante lembrar que originalmente a expressão Estado de Direito traduzia-se em um conceito essencialmente liberal, fruto das já citadas revoluções liberais, podendo-se aduzir sobre um Estado Liberal de Direito<sup>8</sup>, caracterizado, conforme José Afonso da Silva, pela submissão ao império da lei, divisão dos poderes, e pelo enunciado e garantia dos direitos individuais.

A formatação de um Estado democrático de direito não pode ser reduzida a uma mera junção dos conceitos de Estado de direito e Estado democrático, trata-se de uma nova caracterização que vai além dos componentes que o criaram, pois é caracterizado por elementos inovadores e transformadores da ordem estabelecida até então, a qualificação “democrático” do Art. 1º da CRFB/88 irradia os seus valores sobre todos os elementos que constituem o Estado e também sobre a ordem jurídica<sup>9</sup>.

Marcelo Casseb Continentino<sup>10</sup> aduz que a criação de um o Estado Democrático de Direito está relacionado a mutação da própria Constituição, na medida em que seus destinatários e autores se confundem na mesma figura, de tal sorte que não há um engessamento a partir do desejo de seus criadores.

Tal aspecto relaciona-se com perpetuidade do poder constituinte, o qual não se exaure com a formatação da carta política, ao contrário, continua em um estado de prontidão, podendo manifestar-se sempre que considerar adequado. Como exemplo, pode-se citar a nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, até a conclusão deste trabalho, encontra-se alterada pela Emenda Constitucional nº 123, de 14 de Julho de 2022.

No entendimento de Marco Antônio Marques da Silva<sup>11</sup>, o serviço ao jurisdicionado pelo Estado Democrático de Direito, se traduz na possibilidade de o cidadão buscar a satisfação de seu Direito, de forma imparcial, com rapidez, eficiência e eficácia.

Outro ponto importante a destacar é o projeto de Estado Democrático de Direito que a Constituição brasileira busca e, portanto, deve fundar, objetivando uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I, CF/88). Nesse aspecto, o Estado brasileiro estabelece seus Princípios político-constitucionais<sup>12</sup>, os quais se originam de decisões políticas primordiais que são cristalizadas em atos normativos que consolidam o sistema constitucional positivo.

### 3 TUTELA JURISDICIONAL PENAL

Estabelecidas as preliminares que fundam o Estado brasileiro, no qual a participação democrática é basilar para a legitimidade de todas as normas que disciplinam a vida em sociedade, necessário tecer algumas considerações sobre a prestação da tutela jurisdicional penal.

A lei penal, reservada a proteger os bens que merecem uma maior proteção estatal, ao ser corretamente aplicada, visa estabelecer a ordem e paz social, garantindo ao cidadão segurança nas relações em sociedade, a qual é abalada no momento em que um delito criminal é cometido, e é restabelecida, ou menos reparada, quando se realiza a prestação jurisdicional penal.

Ademais, como observa David Garland<sup>13</sup>, nas atuais democracias liberais, a lei e a ordem são consideradas uma obrigação contratual, na medida em que é um dever do Estado, dos poderes constitucionais estabelecidos democraticamente, prestar aos cidadãos o respeito e o cumprimento das leis. Trata-se de uma proteção estatal contra a violência e desordem, sendo do Estado a responsabilidade, com monopólio do uso legítimo da força, a aplicação dos mecanismos de aplicação da lei.

Um regime democrático de governo deve irradiar seus valores por todo o sistema de persecução penal, sob pena de se verificarem resquícios de autoritarismo durante o trâmite do processo jurisdicional penal, e não apenas na fase pré-processual, investigativa e inquisitorial, desse modo, a legislação penal e processual penal deve ser interpretada de acordo com os valores e princípios previstos na Constituição Federal.

De igual modo, as instituições estatais devem cumprir suas funções respeitando os valores constitucionais estabelecidos, nesse sentido, na obra *Justiça como equidade*: uma reformulação, John Rawls<sup>14</sup>, escreve que : “Estabelecer e manter com êxito instituições democráticas razoavelmente justas (embora, é claro, sempre imperfeitas) por um longo período de tempo, quem sabe reformando-as gradualmente ao longo das gerações, embora certamente não sem lapsos, é um grande bem social e como tal é apreciado. Isso se comprova pelo fato de que um povo democrático costuma ter este feito como uma das importantes conquistas de sua história”.

Com isso, deve-se compreender a necessidade de o direito penal não ser analisado e construído como uma disciplina estritamente dogmática, cerrada e estanque, alheia a realidade social e política que a cerca. Deve buscar cumprir a sua função pacificadora na sociedade, reprimindo adequadamente as condutas mais desabonaras ao tecido social, sem que haja uma seletividade baseada em interesses exclusivamente econômicos ou de

determinado estrato social, ao revés, realizará a devida justiça quando atender aos anseios democráticos da sociedade.

O caminho para o acesso do cidadão ao Poder Judiciário se opera através do processo, que o instrumento adequado, dialético e com disciplina autônoma para a realização do direito material previsto no ordenamento jurídico. Essa ferramenta, aparentemente como uma trajetória pautada pela técnica e neutralidade, visando garantir legitimidade para a tomada de decisão, é influenciada pelas mudanças políticas, econômicas e culturais da sociedade.

Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>15</sup>: “A função judiciária exerce-se por intermédio do processo. Ora, uma das características deste é a contenciosidade, quer dizer, o seu desdobramento dialético entre duas partes que, ocupando polos opostos, argumentam, provam e se contraditam, preparando com isto a decisão do juiz. (...) O direito constitucional brasileiro preocupa-se, por um lado, em dar ao Judiciário condições para bem desempenhar a sua tarefa. Assim, cuida de estabelecer a independência do Judiciário como instituição, dando a ele autodireção por seus órgãos superiores, estrutura administrativa própria, dotações orçamentárias particulares, etc. Isto aliás foi reforçado pela Constituição vigente”.

O encarceramento, a retirada da liberdade de um cidadão, pelo Estado só é legítima se realizada através de um processo jurisdicional criminal hígido, o que se dá, sobretudo, com respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, por meio da dialética, com paridade de armas, publicidade, contraditório e ampla defesa, pelo devido processo legal, com provas lícitas produzidas sob o crivo do Poder Judiciário, juízo imparcial e definido previamente conforme as regras pré-estabelecidas, respeitando as vedações contidas no Art. 95, parágrafo único da CRFB/1988.

Imperioso também que a decisão judicial seja devidamente motivada, abordando todas as questões substanciais deduzidas ao longo do processo, observando ainda o procedimento previsto em lei quanto a produção probatória, a colheita de depoimentos e o interrogatório do réu como último ato. O cumprimento das prerrogativas legais do corpo de defesa, inclusive quando houver participação de Defensor Público, que possui direito a prazo em dobro para as suas manifestações e intimação pessoal, tudo para garantir que a decisão judicial seja conforme as aspirações legítimas de uma sociedade que se curva ao Estado Democrático de Direito.

O extenso rol de direitos e garantias previsto na Constituição Federal, bem como as disposições infralegais previstas como corolário dessas prescrições, não significam um

engessamento da atividade jurisdicional, podendo o juízo realizar as adequações necessárias para o regular deslinde do processo criminal, como o indeferimento de diligências, manifestamente, inúteis ou meramente protelatórias, em analogia ao previsto no processo civil, desde que fundamentado e sem que isso possa importar em violação à ampla defesa.

Como exemplo das adaptações possíveis de serem aplicadas pelo magistrado na condução do processo criminal, cita-se a autorização de interceptações de mensagens telefônicas (comunicação telemática), dado que a legislação nacional (Lei n.º (9.296/96) que disciplina as hipóteses de afastamento da garantia constitucional de sigilo das comunicações (Art. 5º, XII, da CF/88), era utilizada apenas para autorizar interceptação telefônicas, todavia, com o desuso pelos investigados desse meio, passou-se a instrumentalizá-la para esse nova modalidade de comunicação.

Com isso, verifica-se a necessidade de a legislação infraconstitucional avançar e colocar-se em movimento, a exemplo do que aduz do o autor de Portugal Jorge Miranda<sup>16</sup>: “As sociedades são agora sociedades em movimento, com múltiplas vicissitudes, não raro revolucionárias, que a lei acompanha, nuns casos e, determina (ou supõe-se que determina), noutros casos; a lei dir-se-ia estar na disponibilidade do poder; multiplica-se e renova-se sem cessar; e a sua autoridade é apenas imanente ou parece justificar-se por si mesma”.

O surgimento e o implemento de instrumentos formais e a constante modernização da legislação contribuem para a solução rápida e eficaz das demandas judiciais, inclusive no âmbito criminal, evitando o alongamento por anos indefinidos e indeterminados de processos jurisdicionais, como tem-se verificado atualmente nos tribunais brasileiros, ocasionando, inclusive graves danos à dignidade da pessoa humana e à coletividade, que não mais acredita no direito e no Estado como indutores da paz social.

Nesse ponto, deve o Poder Judiciário conduzir o rito, a marcha processual, observando precipuamente a dignidade da pessoa humana, o que não irá importar em ineficiência e ineficácia na busca da responsabilização criminal daqueles que forem considerados violadores da lei penal, todavia, os atos judiciais necessários para tanto devem estar conforme o sistema de persecução penal constitucional.

A busca da verdade processual mais próxima possível dos acontecimentos verificados no campo fático, é uma verdade judicial e constitucional, implementada a partir dos meios legítimos previstos no jogo democrático.

Nesse aspecto, a fundamentação do processo de tomada de decisão deve refletir também a justificação utilizada no procedimento interpretativo, de tal forma a restar



cristalino a razões para a atribuição de peso a cada prova, dado que não há no Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40) um sistema de provas previamente tarifados, de modo a se cogitar, exemplificadamente, que uma prova testemunhal tenha maior desvalor que uma prova técnica, produzida por um perito oficial do corpo da polícia técnica estatal, evitando-se, assim raciocínios eivados de subjetividade e de uma lógica dedutiva que tem como partida uma exegese estritamente formal.

Com isso, evita-se uma hermenêutica meramente gramatical da lei, buscando-se uma interpretação dos acontecimentos fáticos e da legislação de forma global, sistêmica, e conforme os valores, garantias e princípios constitucionais.

Ademais, o juízo, investido da qualidade de ente imparcial, equidistante entre os litigantes do processo, mesmo na área criminal em que é um órgão estatal, o Ministério Público, o incumbindo de promover de forma privativa a ação penal pública (art. 129, I, da CF/88), deve manter a ordem no curso dos atos praticados durante o processo criminal, utilizando, inclusive, a força pública em caso de necessidade.

Não há interesse do órgão jurisdicional em relação ao desfecho da matéria, mesmo no âmbito da jurisdição processual penal, caso contrário haveria impedimento do juízo, nem deve haver predileção por qualquer dos envolvidos. As garantias constitucionais surgiram justamente para dar essa independência ao julgador, e para que a sociedade em geral, e não apenas o réu e o autor da peça acusatória, possam ter a segurança de uma decisão mais próxima da justiça.

Um destaque importante a se fazer é sobre a neutralidade do órgão julgador. O juiz, mesmo nos casos em que há uma decisão tomada de forma colegiada, não está alheio aos acontecimentos do cotidiano, tão pouco às pautas que dominam os debates travados pela sociedade, seja nos meios tradicionais de comunicação, seja nas novas ferramentas de interação social, como aplicativos digitais de comunicação em tempo real, pois integra a sociedade na qual atua e tem percepções sobre os fatos que repercutem e estão sob o seu crivo.

Desse modo, a neutralidade, em que pese não ser uma obrigação como a imparcialidade, nem com ela se confundir, é, a cada dia, mais desejada, todavia, se trata de uma neutralidade factível, que demonstre uma atuação do julgador com isenção, independência e equidade. Uma postura ativa e ao mesmo tempo parcimoniosa, dentro e fora dos autos, capaz de transmitir a segurança de que a convicção formada e demonstrada na peça que põe fim ao processo, foi fruto de uma análise racional das provas produzidas, sempre se respeitando o contraditório e ampla defesa.

De acordo com o autor Francesco Carnelutti, em sua obra *Metodologia do Direito*, o profissional do direito não se encontra de forma próxima aos eventos que deve analisar, utilizando em verdade seus sentidos para decifrar os fenômenos, de tal modo que o resultado de sua análise é também uma criação: “o cientista do direito não está em contato com os fenômenos que deve observar, senão, normalmente, afastado deles; frequentemente, muito distante; por vezes, extremamente longe. O que se apresenta a seus sentidos é algo que, nove entre dez vezes, só lhe proporciona o modo de fazer reviver os fenômenos em si mesmos, é dizer, em sua inteligência. Para ver, tem necessidade, nove entre dez vezes, de criar de novo. Todos sabemos que a própria interpretação é uma criação; e não há grande diferença entre o intérprete da música e o intérprete de uma lei; quero dizer que, para ser cientista, há que ser primeiro artista do Direito”.<sup>17</sup>

Insta salientar, que o magistrado ao conduzir o interrogatório do réu, na forma prevista do Código de Processo Penal<sup>18</sup>, busca também elementos sobre a psiquê do imputado, principalmente quando questiona sobre a sua intenção e a premeditação da conduta, visando justamente indicativos sobre a personalidade do agente para poder balizar uma possível pena-base na forma do Art. 59 do Código Penal.

Outro exemplo é a caracterização do réu como pessoa que se dedique às atividades criminosas, ou integrante de organização criminosa, tendo em vista afastar a causa de redução de pena do Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (“tráfico privilegiado”), o que irá produzir efeitos sobre o regime inicial de cumprimento de pena, direito de recorrer em liberdade e manutenção de medidas cautelares.

No processo penal cabe ao órgão acusatório o ônus de provar a autoria e a materialidade do delito, cabendo à defesa por sua vez produzir as provas quanto a existência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, ou seja, em regra, a prova cabe a quem alega, todavia, a dúvida milita em favor do réu, conforme o princípio do *in dubio pro reo* esculpido no Art. 5º, LVII, da CF/88.

As provas produzidas buscam realizar o convencimento do juízo, ou dos juízos que eventualmente vierem a conhecer de futuros recursos interpostos. A acusação irá expor os fatos imputados ao réu e as provas de que a denúncia ou queixa-crime, conforme o caso, refletem a realidade dos fatos. A defesa irá contestar os argumentos da acusação, podendo produzir as provas do que alegar. Ambos devem ter oportunidades equivalentes na produção probatório, em que pese na fase inquisitorial a defesa, em regra, não tenha a oportunidade de produzir provas cautelares e irrepetíveis que favoreçam eventualmente sua tese levantada em juízo.

Nessa via o juízo atua como um espectador atento, que busca compreender todos os aspectos explícitos e implícitos que envolvem o processo conduzido por ele, até

conseguir realizar uma conclusão satisfatória sobre tudo que foi apresentado, sempre interpretando a lei e aplicando os entendimentos jurisprudenciais cristalizados tendo como norte os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito para consolidar na prática um processo penal também democrático.

Assim, a postura do juiz redundará na garantia de um processo penal democrático, de que um juiz imparcial irá produzir uma solução justa ao caso concreto, realizando uma jurisdição conforme os ditames do Direito e os valores apregoados na Constituição Federal.

Estipula-se então, que a tarefa do magistrado no processo penal democrático é assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais ao longo de toda a persecução penal, inclusive nos atos administrativos realizados na investigação criminal.

#### **4 GRUPOS HIPERVULNERÁVEIS**

A busca pela intercessão do Poder Judiciário para a resolução de litígios, tradicionalmente, era, e ainda é em muitos aspectos, um serviço praticamente dominado pelas classes sociais mais poderosas, as quais, através de seus advogados particulares, visam a satisfação de seus direitos e interesses. Ao lado desse quadro, também a justiça criminal sempre ocupou um lugar de destaque no âmbito judiciário, todavia, em regra, tendo como partes o Estado acusador de um lado, e do outro lado, historicamente, pessoas das classes sociais menos abonadas.

Com o surgimento dos direitos sociais no início do século XX, e a consolidação do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça passou a ser uma procura de uma camada social que antigamente era encontrada, precipuamente, quase que exclusivamente no âmbito da justiça penal.

Nesse aspecto, deve-se destacar que a preocupação em oferecer o acesso aos meios de obtenção de justiça remonta sua origem no direito antigo, quando havia ainda um domínio de aspectos religiosos e de misticismo, um exemplo é o Código de Hamurabi que previa a busca ao soberano para a resolução de problemas e conflitos sociais<sup>19</sup>.

Avançando na história do direito ocidental, os filósofos gregos tiveram grande importância na construção do pensamento sobre a filosofia do direito, ao estabelecerem definições e reflexões sobre isonomia e o jusnaturalismo, o que, futuramente, na reaproximação do direito com a moral, influenciou na história dos direitos humanos. Na obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles<sup>20</sup> trouxe acepções sobre igualdade, justiça e equidade, e inspirado nas ideias de outro filósofo helênico, Pitágoras, usou como analogia a régua de Lesbos, a qual era maleável o suficiente para se adaptar às funções que visava resolver.

Na obra de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sobre Acesso à Justiça<sup>21</sup>, o autor cita a cidade-estado de Atenas como sendo o nascedouro de um modelo de amparo jurídico aos mais necessitados, onde havia a nomeação anual de um corpo de profissionais capacitados para acolher e auxiliar essas pessoas.

Foi no direito romano que surgiu um modelo de sistema judiciário que influenciou posteriormente toda Europa Ocidental, na medida em que os povos bárbaros incorporaram e adaptaram o modelo romano de direito e justiça, com a participação de um patrono para a defesa do interesse das partes, ao seu direito fundado precipuamente nos costumes. Ademais, no Código Justiniano, após o implemento da lei Constantino, passou-se a prever a garantia de um patrono também para as pessoas mais carentes<sup>22</sup>.

Com o surgimento das Constituições sociais no século XX, e a incorporação de novos direitos sociais, bem como a necessidade de implementação de políticas públicas para a efetiva satisfação desses novos direitos, o acesso à justiça passou a ser mais debatido<sup>23</sup>.

Na segunda metade do século XX, alguns países enfrentaram a problemática do acesso à justiça pelos hipossuficientes na justiça de pequenas causas<sup>24</sup>. O que só veio a ser operacionalizado no Brasil na década de oitenta, com a lei nº 7.244/84 que criou os Juizados de Pequenas Causas. Posteriormente, a matéria foi constitucionalizada, sendo previsto nos Arts. 24, X, e 98, I, da CF/88, e, por fim, a lei nº. 9.099/95 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, revogando expressamente em seu Art. 97 a lei anterior dos Juizados de Pequenas Causas.

De acordo com Antônio Herman Benjamin<sup>25</sup>, os novos direitos sociais garantidos pelo denominado Estado Social, representou uma mudança de paradigmas na proteção das camadas mais vulneráveis da sociedade, como crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência, passando a existir norma constitucional de proteção ao consumidor, ao meio ambiente, aos índios, à saúde e à educação, o que despertou no ceio dessas camadas a esperança de um Estado justo, em total contraposição ao experimentado no século anterior. Essa esperança, contudo, não se experimentou no campo fático, pois apesar de esses direitos constarem expressamente no novo texto constitucional, não foram criados instrumentos no âmbito político e econômico que os viabilizassem as mudanças democráticas conquistadas.

Conforme observa Boaventura de Sousa Santos<sup>26</sup>, a aclamação dos novos direitos econômicos e a sua expansão ao lado de um Estado prestacional, transformaram o direito de acesso efetivo à justiça em um "direito charneira", ou seja, em uma ferramenta que abre ou fecha a oportunidade de alcance a outros direitos, e cujo não atendimento, por

consequência, acarreta a negação de todos os outros, de tal forma que os novos direitos conquistados seriam apenas simbólicos.

Em sua análise, o mesmo autor<sup>27</sup>, afirma que na década de 60 ocorreu uma grave deficiência na prestação da justiça, de tal modo que as mudanças sociais apressaram a transformação de um Estado eminentemente liberal, para um Estado-Prestação, caracterizado pela gestão de conflitos e conciliação das classes sociais, buscando minimizar os desequilíbrios sociais existentes no modo de produção capitalista, o que refletiu na aproximação das classes trabalhadoras com a pequena burguesia no mercado de consumo.

Em razão desses aspectos, os mecanismos estatais tradicionais da justiça não conseguiram suprir o incremento exacerbado de novas demandas sociais.

No Brasil, a Defensoria Pública<sup>28</sup> cumpre o papel fundamental de garantir às camadas mais desassistidas da sociedade a possibilidade de ir ao Estado-Juiz clamar pela realização de seus direitos, nesse ponto é fundamental garantir a efetividade de sua autonomia e independência funcional, econômica e financeira como órgão de Estado, representando e realizando o Estado-Prestação, de forma a poder se contrapor livremente aos poderes políticos, econômicos e ideológicos que controlam a sociedade e que, por vezes, exercem um papel de dominação em relação aos mais vulneráveis.

Atualmente, aponta Paulo César Pinheiro Carneiro<sup>29</sup>, em razão da globalização estaria ocorrendo uma retração do conhecido Estado Social, e começando uma nova fase pós-social. No Estado Liberal havia pouca, ou quase nenhuma, intervenção do Estado, ao passo que no Estado Social, verifica-se uma forte presença estatal, influenciado pela doutrina marxista e pelos movimentos sociais. Atualmente, observa-se uma busca pela efetivação de direitos fundamentais, demandando ao Estado-Juiz a justa prestação dos direitos e garantias individuais e coletivos.

#### **4. CONCLUSÃO**

Ao se analisar o termo Estado Democrático de Direito, verifica-se que o termo expresso na Constituição Federal brasileira de 1988, demanda uma reflexão histórica de cada vocábulo que o contém, todavia, não se trata de uma mera junção de palavras, mas de uma nova terminologia com significação própria.

O Estado representa um ente abstrato, e ao mesmo tempo real, que reflete uma relação de poder entre os homens. Com o passar dos tempos, ocorreram uma série de eventos sociais que demonstraram a necessidade de se conter o poderio do Estado, era urgente uma contenção aos arbítrios e abusos cometidos.

Desse modo, o Direito, antigamente mais utilizado para a solução de demandas particulares, principalmente no âmbito das relações comerciais, passa a experimentar uma nova roupagem, disciplinando relações entre o homem e o próprio Estado, prevendo mecanismos para frear ações de tirania e despotismo. Essas novas disposições decorrem dos novos valores cultivados pela sociedade e da ascensão de uma nova elite, a burguesia.

Mais adiante, verificou-se que o Estado de Direito passou por transformações, por novos movimentos, que culminaram com a incorporação de valores da democracia, cunhada como um fator de esperança para o desenvolvimento de uma sociedade mais fraterna, menos desigual e com um Estado fomentador de direitos sociais.

A participação democrática pode ser verificada também no âmbito da jurisdição penal, que tem no processo jurisdicional penal a realização material do direito penal, cuja função primordial é tutelar os bens mais importantes para o homem individualmente e também para a coletividade, como a vida e a paz pública.

A tutela jurisdicional criminal deve ser um instrumento à serviço do Estado Democrático de Direito, respeitando os direitos e garantias fundamentais previstos nas Carta Política fundamental da Nação.

Ao juízo incumbe o dever de garantir o respeito às escolhas democráticas da sociedade, que deposita no Estado-Juiz o compromisso de realizar a pacificação social, de forma proporcional, elevando o cidadão em nível de igualdade ao Estado, com respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como com um procedimento de tomada de decisão fundamentado na Constituição e nas leis, para ao final se verificar a realização da justiça, sob pena de deslegitimação do próprio Estado.

Nesse âmbito, se verifica, por fim, que o Estado também funciona como um propulsor de direitos das pessoas mais vulneráveis, que não possuem recursos financeiros, nem informações adequadas, ou mesmo limitações pessoais para conseguir buscar a satisfação de seus direitos. Não raras vezes, esses obstáculos são encontrados de forma simultânea em determinados grupos sociais, o que amplifica o nível de vulnerabilidade a patamares extremamente elevados.

O Estado como gerador de políticas públicas, e nesse aspecto também na justiça criminal, possui o compromisso de se aparelhar de instrumentos, políticas e instituições que visam cumprir o alcance aos direitos e garantias fundamentais aos que mais necessitam.

## REFERÊNCIAS

<sup>2</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Brasília, 05 de out. 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: 22 de set 2022.

<sup>3</sup>Ciência e política : duas vocações / Max Weber; prefácio Manoel T. Berlinck; tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. — São Paulo : Cultrix, 2011. P. 38.

<sup>4</sup>BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência: por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 147.

<sup>5</sup>Comentários à Constituição Federal de 1988 / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. - Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 92-94.

<sup>6</sup>KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 347.

<sup>7</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 92 e 93.

<sup>8</sup>SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 114-115

<sup>9</sup>SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 119

<sup>10</sup> Comentários à Constituição Federal de 1988 / coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. - Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 45.

<sup>11</sup>SILVA, Marco Antonio Marques. Processo penal e Estado Democrático de Direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>

<sup>12</sup>SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 95

<sup>13</sup>GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*, (tradução, apresentação e notas André Nascimento, Rio de Janeiro – RJ, Revan, 2008, 1ª reimpressão, janeiro de 2014, p. 98

<sup>14</sup>RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, organizado por Erin Kelly, tradução Claudia Berliner, revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. - São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286.

<sup>15</sup>FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos humanos fundamentais*. 13 Ed. Saraiva, p. 148.

<sup>16</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. V, p. 127.

<sup>15</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Brasília, 05 de out. 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: 22 de set 2022.

<sup>17</sup>CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*, Campinas: SP, Servanda Editora, 2010, p. 38.

<sup>18</sup>Código de Processo Penal, "Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. § 2º Na segunda parte será perguntado sobre: I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV - as provas já apuradas; V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

<sup>19</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 3-4.

<sup>20</sup>Na *Ética a Nicômano*, Aristóteles faz a distinção entre o legalmente justo e o justo equitativo: "O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal [...] Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Livro V, 10, p. 336-337).

<sup>21</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-7.

<sup>22</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7-8.



<sup>23</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). p. 167. O autor refere-se à reforma do processo civil levada a efeito por Franz Klein na Áustria e à criação dos centros de consulta jurídica pelos sindicatos alemães, mencionados por Klein, Denti e Reifner.

<sup>24</sup>CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça., p.28.

<sup>25</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.79-80, 82.

<sup>26</sup>SANTOS. Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 167

<sup>27</sup>SANTOS. Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 165

<sup>28</sup>Ver: CF, art. 134: ". A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)".

<sup>29</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 30.

## A REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**FLAVIA CAROLINA VALERIO:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Jales - UNIJALES<sup>192</sup>

**RESUMO:** O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal. Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

**Palavras-Chave:** Trabalho. Direito. Reforma.

**ABSTRACT:** The main objective of this study is to analyze the consequences of law 13.467/2017, known as Labor Reform, in the Protective Principle and possible consequences in labor relations. With the social and economic changes, as well as the modernization of labor relations, the need arose to reform the legal norm. From a legal standpoint, the intent of the reform is that mutually agreed agreements between employer and employee will often take precedence over general employment laws. From an economic point of view, the reform should encourage employers to create new jobs and increase productivity, lessening the burden of a restrictive labor regime.

**Keywords:** Work. Law. Reform.

### 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho nasceu como resposta ao panorama apresentado com a Revolução Industrial, em que se observou uma desacerbada exploração considerada até mesmo desumana em relação aos trabalhadores. Os empregados sempre foram postos em condições desfavoráveis em relação ao empregador, surgindo aí o Direito do Trabalho com a função de tutelar o hipossuficiente e reger os contratos de trabalhos de forma que se torne mais justos. É incontestável que o protecionismo, geralmente, sempre foi o núcleo

---

192 E-mail: [flavia.carolina.valerio@gmail.com](mailto:flavia.carolina.valerio@gmail.com)

da doutrina trabalhista sendo, portanto, observado desde a origem da norma até a sua adequação ao caso concreto.

Partindo desta ideia de proteção ao elo mais frágil da relação trabalhista, criou-se o Princípio da Proteção que se subdivide em três outros princípios, a saber: Princípio da Prevalência da Condição mais Benéfica, Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador e o Princípio do In Dubio Pró-operário, todos buscando amparar o empregado considerado hipossuficiente.

O presente estudo, tem como objetivo principal, analisar as consequências da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no Princípio Protetor e eventuais consequências nas relações de trabalho. Restruturações sempre fizeram parte da nossa história o que não seria diferente no campo jurídico, sobretudo no Direito do Trabalho que tem por função regular diretamente as relações jurídicas entre trabalhadores e empregadores, relações essas que por vezes se manifestam complexas e merecedoras de especial atenção no campo legislativo.

Mas como todas as mudanças, inicialmente pode gerar desconfiança das partes envolvidas no processo e diante das dúvidas que pairam a respeito da temática apresentada se pretende esclarecer os principais pontos acerca da temática.

Com o advento da Lei de nº 13.467/17, trazida como reforma trabalhista fazendo diversas modificações nos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, alterações estas no contexto material e processual tendo grande impacto nas relações dos trabalhadores, pois havia vários anos sem alterações, haja visto a grande busca incessável mediante até então o mercado financeiro instável em sua maior parte, visando de um lado a empresa em suas contratações buscando economia para certos serviços, a procura por contrato intermitente e autônomo teve crescimento muito elevado e não havia regulamentação expressa específica para grande parte do que se trata estas regulamentações, levando em consideração a quantidade de processos e a falta de previsão, trouxe com a reforma estas novas modalidades de contratação para haver segurança jurídica para ambas as partes, de outro lado o trabalhador na prestação de serviços no mercado desta forma como meio de solução para si e outrem trazendo praticidade mas esta relação de serviços gera impactos pois as empresas desrespeitam as regras da Consolidação das Leis do Trabalho e em alguns casos por desconhecimento há prejuízo para o contratado.

## **2 DA RELAÇÃO DE TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS**

A Constituição Federal de 1988 consolidou direito dos trabalhadores trazendo assim garantias e ampliando direitos, bem como várias previsões da Consolidação das Leis do

Trabalho passaram a ter, portanto status constitucional, isso resultante de grande briga travada ao longo dos anos entre empregado e empregador onde o sindicato teve grande importância para esta causa, para que assim fosse garantido este avanço significativo para os trabalhadores.

Com a preocupação com o conceito de dignidade humana, visto as atrocidades vividas naquele período. Assim, a sociedade clamava por um novo modelo de Estado, porquanto se faz surgir o Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 evidencia expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito e, no artigo 7º dispõe dos Direitos Constitucionais dos trabalhadores, sendo, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Com o advento da CRFB, a sociedade passou a ter mais direitos e garantias fundamentais, uma vez que o texto constitucional traz como meta uma sociedade livre, justa e igualitária, priorizando o desenvolvimento nacional.

Nascido da necessidade humanitária na regulamentação da relação entre empregador e empregado o Direito do Trabalho emanou, visando evitar, para extinguir-se toda e qualquer exposição a condições desumanas que seja atual ou a longo prazo do trabalhador em questão pois assim ocorria no passado onde o trabalhador laborava com jornadas excessivas, sem se quer salário-mínimo e condições para a manutenção das necessidades básicas, seguridade social e demais necessidades da pessoa humana. Diante deste cenário foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, ressaltando também que a fundação da OIT se deu em razão de que a justiça social seria base para a paz universal e permanente, então o Brasil assumiu o compromisso de participar da Organização Internacional do Trabalho que implicava no comprometimento com as normas trabalhistas isso devido à grande influência interna nos movimentos operários, efeito da primeira guerra mundial com o surto industrial e a política trabalhista de Getúlio Vargas e externa como por exemplo as mudanças ocorridas na Europa como fim da exploração da mão de obra gratuita e a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em muitos países.

Percebido que um dos fatores contrários à justiça social antigamente se dava mediante a jornada excessiva com seus prejuízos nefastos resultando assim em ser tema da primeira conferência Internacional onde levou a OIT adotar seis convenções e a primeira sobre este tema na reivindicação da grande preocupação da época que era tornar a jornada de trabalho limitada há 8 horas diárias e 44 semanais e assim com esta preocupação levou a maioria dos países a conquista de grandes feitos nos direitos dos trabalhadores.

A Consolidação das leis do Trabalho surgiu no Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil. Regulamentando assim as relações individuais e coletivas do trabalho que é o principal objetivo, sofreu várias alterações necessárias para adequação à modernidade mas ainda sim atende regulamentando as relações de trabalho e tem a imensa proteção aos trabalhadores, os principais assuntos da consolidação são; jornada de trabalho, registro do trabalhador/carteira de trabalho, período de descanso, férias, medicina do trabalho, categorias especiais de trabalhadores, proteção da mulher, contratos individuais, organização sindical, convenção coletiva, fiscalização, justiça do trabalho e processo trabalhista dentre outros.

Alguns fatos foram primordiais para o aprimoramento das leis trabalhistas, como a criação em 1912 da Confederação Brasileira do Trabalho - CBT, criação do ministério do trabalho, indústria e comércio em 1930. Em 1978 é publicada a portaria 3214 que estabelece a criação das normas regulamentadoras. Constituição de 1988 trouxe a redução da jornada de trabalho quanto a horas semanais, generalização do regime do fundo de garantia, indenização por dispensa arbitrária, aumento de 1/3 da remuneração das férias, licença gestante de 120 dias, idade mínima para admissão do emprego sendo 14 anos, dentre outras. Em 2010 a licença maternidade passou a ser 6 meses no serviço público e opcional na iniciativa privada. No ano de 2011 foi aprovada a lei que estabelece o aviso prévio de até 90 dias. Recentemente no ano de 2017 trouxe a reforma trabalhista que algumas destas mudanças foram à questão do banco de horas, contribuição sindical sendo opcional, novas modalidades do contrato de trabalho e mudanças na extinção do contrato, férias fracionadas mediante negociação podendo ser em até três períodos, intervalo intrajornada podendo ser negociado e de no mínimo trinta minutos.

Sendo assim, as organizações precisam fazer frente às novas demandas pertinente às relações de trabalho e não apenas "de emprego", fazendo uso de institutos jurídicos que, em sua maioria, não condizem com esta nova tendência.

No tocante a ramo jurídico trabalhista em que se pese a relação de trabalho e emprego, há clara distinção entre trabalho e emprego. Aduz com clareza Delgado (2017, p.310), a expressão relação de trabalho tem caráter genérico, refere-se a todas as modalidades de contratação de trabalho, pois as relações jurídicas tem por prestação essencial e resultado útil devido a execução na obrigação de fazer em labor humano. Compreende, portanto, que esta expressão da relação de trabalho engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de labor humano em seu contexto no mundo jurídico atual.

Indubitavelmente, a palavra trabalho desta relação seja ampla, está delimitada, pois o seu contexto não poderá se desvincular do esforço do labor humano estando afastado o esforço de pessoa jurídica ou seres irracionais. Notadamente sendo impensável considerar trabalho a algo que não seja da inerente capacidade da pessoa humana, levando em consideração as características próprias físicas e psíquicas da humanidade. Assim, melhor dizendo, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

A relação de emprego tem previsão própria e específica sendo inconfundível com as outras modalidades previstas de relação de trabalho vigentes, figura o titular que é o empregador com seu empenho de natureza pecuniária, na contraprestação surge o sujeito passivo devedor desta prestação que se trata do empregado munido de sua força laboral, necessariamente deverá ter um contrato de emprego que seja expresso ou tácito além de outros elementos.

Ressaltando que ainda dizem respeito somente a atos inter-humanos que na interação dos mesmos ocorre o fato social, constituindo fato considerado jurídico de trabalho com proteção de direitos trabalhistas, pois ali existe uma relação de trabalho e poderá tornar-se "relação de emprego" se preenchido todos os requisitos do vínculo empregatício, os quais são: a alteridade, a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade, e a não eventualidade, elementos estes a serem analisados tão logo no próximo tópico.

Os princípios trazem grande relevo no contexto dos direitos gerais do trabalhador, pois servem como alicerce e norte para aplicabilidade das normas, trazendo também orientação ao Juiz em sua interpretação e deslinde de uma norma.

A principal justificativa para a aprovação da Reforma Trabalhista foi reduzir o desemprego e combater a informalidade no mercado de trabalho. A redução do desemprego se daria pelo aumento da produtividade e competitividade empresarial que a nova lei possibilitaria, já que a contratação de pessoal seria mais rápida e com redução da carga tributária. Como resultado, a economia do país voltaria a crescer. No entanto, um ano e meio após sua promulgação, o que se observou foi o aumento do desemprego e da informalidade, a estagnação da economia e a expansão da precarização.

A alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT ocorreu em um momento em que o Brasil se apresentava em um cenário econômico de crise desfavorável à criação de emprego, todos os setores da economia do país foram afetados (ABDALA, 2018).

Ressalte-se que a Reforma Trabalhista no Brasil veio travestida pela expressão "modernização das relações de trabalho", que, a nosso ver, visa atender às políticas

macroeconômicas de cunho neoliberal, que vêm sendo implementadas desde 1970 e afetam constantemente o âmbito da trabalhar, porque a formação clássica do trabalho como emprego foi radicalmente transformada. Nesse contexto, novas formas de relações de trabalho foram introduzidas, como contratos temporários, terceirizações, subcontratações, contratações sazonais e remuneração por produtividade.

Buscando o equilíbrio nos interesses contrapostos entre o empregado e o empregador, se faz necessário um tratamento minimamente diferenciado à parte historicamente considerada mais frágil dessa relação – o obreiro – de tal modo que, criou-se o princípio da Proteção ao Trabalhador insculpido nesse caráter protetivo inerente ao Direito do Trabalho.

Como bem leciona, Cassar (2018, p. 172) “o princípio da Proteção ao Trabalhador, que é fundamento e a base do Direito do Trabalho, divide-se em: Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; Princípio da interpretação: in dubio, pro misero”.

O princípio protetor também pode ser chamado de princípio da proteção e pode ser dividido em três partes;

**In dubio pro operário:** Na proteção do trabalhador, ou melhor, dizendo até entender que esta ideia se trata da exceção à regra da teoria do ônus da prova pelo fato do trabalhador na relação com o empregador, obviamente a parte mais fraca e vulnerável é o empregado e conseqüentemente a isso ele deve ser protegido.

**Da condição mais benéfica:** Ocorrendo muito mediante os contratos de trabalho, que na verdade o contrato de trabalho é verificar sempre cláusulas mais benéficas ao trabalhador sendo esta a ideia preservando ainda mais o empregado sendo necessária a condição mais benéfica possível para o empregado para proteger o mesmo.

**Da norma mais favorável:** Sendo esta proteção em favor do empregado sendo subdividida no momento da elaboração da própria norma, e quando existir o confronto entre regras verificando assim a mais favorável e por fim não menos importante relacionado à interpretação das regras jurídicas, estas também se prevalecem para o empregado novamente levando em consideração o conceito que podemos notar, realçando a proteção da parte mais vulnerável. Temos a exceção a esta regra, no caso do artigo 620, CLT onde determina que as condições estabelecidas no acordo de trabalho, sempre prevalecera sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho prevalece sobre convenção coletiva, ou seja, neste caso é uma exceção

à regra da norma mais favorável, são preceitos na verdade na verdade de ordem pública como por exemplo a prescrição que possa contar até mesmo na Constituição Federal.

O Princípio da Norma mais Favorável ao Trabalhador também é um desdobramento do princípio da proteção, instituído com a finalidade de equilibrar as relações trabalhistas. O princípio em questão pressupõe que, caso haja mais de uma norma a ser aplicada ao obreiro, deve ser escolhida aquela que mais favorece-lo, independentemente da hierarquia entre as mesmas, contrariando o que normalmente é aplicado em outros ramos do direito em que, havendo um conflito entre normas prevalece sempre a que estiver hierarquicamente acima, pois uma norma busca validação na imediatamente superior.

A doutrina majoritária considera tal princípio, como um dos pilares do Direito do Trabalho, pois possui tripla função. Segundo Delgado (2019, p. 235) "A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante".

O desdobramento feito por Mauricio Godinho Delgado, vem bem a ensinar que, o princípio em questão tem maior relevância em primeiro momento, tal qual seja, na elaboração da norma (princípio orientador da ação legislativa), em segundo momento, quando existir duas normas conflitantes, aplica-se a que for mais favorável ao trabalhador (princípio orientador do processo de hierarquização) e por fim, no contexto em que uma mesma norma comporte mais de uma interpretação aceitável (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

### **3 ALTERAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Com as mudanças sociais e econômicas, bem como as modernizações das relações trabalhistas, surgiu-se a necessidade de reformar a norma legal, a Lei nº 13.467/2017, trouxe novas modalidades de contrato de trabalho.

É sabido que o custo do trabalhador brasileiro é vultoso para as empresas e que a rigidez na legislação dificulta a manutenção do emprego. E nesse sentido, visando garantir a manutenção do emprego e do cenário econômico brasileiro o legislador realizou as mudanças na legislação acompanhando os anseios empresariais.

Rotineiramente os contratos de trabalho são firmados por tempo indeterminado, assim, no momento da contratação não há designação de término do vínculo. Nestes contratos não há, no momento da contratação, uma previsão de término da relação contratual. Nos contratos são garantidos direitos como: férias, décimo terceiro, FGTS, etc.



Diferentemente dos contratos por tempo indeterminado, os contratos de trabalho por tempo determinado, caracterizam-se exatamente pelo estabelecimento de uma data para que se encerrar o vínculo trabalhista.

A Lei nº 13.429/2017, dispôs de duas modalidades de contrato determinado, o contrato de trabalho intermitente e o autônomo. O conceito de trabalho intermitente foi incorporado à legislação trabalhista, alterado pela Medida Provisória (MP) nº 808 de 2017, e dispõe que o contrato intermitente ocorre por meio da prestação de serviços, com subordinação, não contínuo, ocorrendo de forma alternada em períodos de prestação de serviços e de inatividade.

Com esta nova modalidade de contratação, o empregado recebe convocação para o trabalho a ser realizado com antecedência mínima de três dias antes da realização deste, através de qualquer meio de comunicação eficaz, momento em que é informado da jornada a ser cumprida. No trabalho intermitente, a cada doze meses, o empregado tem direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias.

Já a figura do contrato autônomo, ocorre com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não. O contrato de prestação de serviços observa o que determina os artigos 593 a 609 do Código Civil, quanto ao serviço a ser prestado; a remuneração e sua forma de pagamento; o prazo do contrato, se for o caso; no caso de contrato com prazo indeterminado, os critérios do aviso de encerramento do contrato; casos de extinção do contrato de trabalho; e motivos para rescisão do contrato por justo motivo.

Considerando a modalidade temporária de contrato, muito tem se levantado quanto à existência de inconstitucionalidade no instrumento legal. Doutrinadores e juristas defendem que diversas inconstitucionalidades ínsitas aos novos contratos trazidos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

Os questionamentos, como regra geral, apontam que, inexistente jornada de trabalho (violando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal); há violação da garantia de salário-mínimo (violação ao art. 7º, inciso VII, do Texto Constitucional), prejuízos previdenciários, e ainda, há cabimento apenas para as ocasiões em que a própria atividade econômica desenvolvida pelo empregador é intermitente. Ainda, há um inegável retrocesso social, já que os direitos do trabalhador, pertinentes ao bloco de constitucionalidade (respaldo de constitucionalidade nos Tratados e Convenções de Direito Internacional) aparentam estar em descumprimento.

De acordo com o Art. 6 da Portaria MTB Nº 349, o responsável por fazer o recolhimento das próprias contribuições previdenciárias e do empregado, é a empresa.

Ocorre que, nos casos de inexistência de vínculo empregatício, como contrato intermitente e contrato autônomo, há patente dúvida quanto a esta atribuição.

Os autônomos são como qualquer outro profissional, assim, caso ele tenha interesse poderá recolher os valores previdenciários. Quanto ao contrato intermitente, este deverá ser realizado pela empresa.

Uma das modificações trazidas pela “Reforma Trabalhista” foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do §3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a vigência ou outra norma venha reduzindo, ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador (BONFIM; BORGES, 2017.p.7).

Atualmente não há mais a necessidade da homologação da rescisão do contrato de trabalho por parte do sindicato ou do Ministério do Trabalho. O que se manifesta prejudicial ao trabalhador, pois perde a possibilidade de se verificar se houve algum erro de cálculo das verbas rescisórias.

A reforma trabalhista possibilita que convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo possa diminuir o horário de almoço e descanso, nas jornadas de trabalho que perfaçam pelo menos 6 horas diárias, de uma hora para 30 minutos. Refletindo positivamente para alguns profissionais, já que esses poderão retornar mais cedo do trabalho, havendo maior flexibilidade nas horas diárias.

Portanto, observa-se que a Lei 13.467/2017, em que pese uma singela tentativa de favorecer o empregado em alguns pontos, em sua grande maioria se demonstrou prejudicial ao obreiro, e trouxe mais prejuízo do que benefícios mitigando o Princípio da Proteção sendo inclusive alvo de ação direta de inconstitucionalidade a respeito de alguns artigos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho através da Reforma Trabalhista.

Para os trabalhadores terceirizados, foi garantido através da reforma trabalhista que, quando os serviços forem executados nas dependências da empresa que contrata o serviço, as mesmas condições relativas:

- a) à alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios.

- b) ao direito de utilizar os serviços de transporte.
- c) ao atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado.
- d) ao treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;
- e) às mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço oferecidas aos empregados da contratante.

Para melhor fundamentar, se tem o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR, que em 20/10/2021 o Supremo Tribunal Federal – STF julgou inconstitucional dois artigos da CLT inseridos após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, os artigos 790 – B, caput e § 4º e o artigo 791 – A, § 4º da CLT que determina o pagamento de honorários periciais e de sucumbência pela parte sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita e mesmo que tenham obtido créditos suficientes para o pagamento dessas custas em outra demanda trabalhista.

**Ementa:** CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos

de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente. (STF, 2021)

Há de que se falar ainda do artigo 444, parágrafo único da CLT que, permite a livre estipulação de contrato de trabalho entre o empregado e empregador desde que, aquele possua diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, se sobrepondo inclusive sobre instrumentos coletivos naquilo que estiver previsto no artigo 611 – A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Nahas (2017) a nova lei vem dar autonomia para empregado e empregador, onde eles possam discutir as regras do novo contrato por eles firmado, colocando de lado o entendimento de hipossuficiência do trabalhador, gerando o risco de desvincular os direitos sociais garantidos constitucionalmente. A autora faz ainda uma descrição de como serão classificados os trabalhadores após a reforma trabalhista de 2017, com uma análise feita a partir do art. 444, parágrafo único da CLT, explicando: “A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento e certamente tem maior liberdade para contratar” (NAHAS, 2017, p.17 - 18).

Uma das repercussões da Reforma Trabalhista na qualidade de vida dos trabalhadores são as mudanças relativas às horas extras e folgas compensatórias. Após a reforma, foi retirada a excepcionalidade das horas extras e aberta a possibilidade de negociação de sua realização diretamente com os empregados. Dessa forma, a empresa determina a quantidade de horas que exige do trabalhador com base em suas necessidades e as concede de acordo com sua disponibilidade, não de acordo com as necessidades do trabalhador.

Em 11 de novembro de 2017, grandes reformas nas leis trabalhistas do Brasil entraram em vigor (Lei nº 13.467/2017). Diante do cenário de altas taxas de desemprego, os legisladores brasileiros aprovaram um conjunto de leis modernizadas que atualizam a Consolidação das Leis do Trabalho Segunda Guerra Mundial, e focado na proteção de trabalhadores rurais não qualificados que se deslocam para áreas urbanas.

O principal objetivo (do ponto de vista legal) era estabelecer que acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado em muitas circunstâncias prevalecessem sobre as leis trabalhistas gerais. Além disso, os legisladores brasileiros esperavam que as leis trabalhistas modernas tirassem os contratos informais das sombras e protegessem melhor os empregadores e empregados.

Pelo ângulo econômico, a reforma trabalhista foi projetada para incentivar os empregadores a criar novos postos de empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo. A reforma trabalhista visou promover um ambiente mais favorável aos negócios no Brasil. No primeiro trimestre de 2017, as modernas leis de terceirização no Brasil entraram em vigor e permitiram que empregadores e empregados tivessem maior liberdade para negociar os contornos da relação de trabalho. As novas regras de terceirização de mão de obra do Brasil abriram caminho para essa reforma trabalhista geral.

Sob o antigo regime trabalhista, os tribunais trabalhistas brasileiros eram conhecidos por favorecer os interesses dos empregados e o cumprimento de complicadas leis trabalhistas que impunham pesados custos aos empregadores. Embora essas novas leis tenham como objetivo modernizar o ambiente trabalhista atual, os empregadores precisarão tomar medidas para implementar essas reformas e, o mais importante, a nova lei trabalhista precisará ser testada nos tribunais brasileiros.

Antes da reforma trabalhista, o acesso à justiça gratuita poderia ser requerido a qualquer um que declarasse não ter condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento.

Com o advento da Lei 13.467/2017 tal benefício só pode ser concedido para quem recebe até R\$ 1.659,30 (um mil seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta centavos).

Além do mais, outro ponto manifestamente prejudicial ao trabalhador, é a possibilidade de ter que arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, periciais e demais custas, caso seja a parte derrotada no processo.

Silva (2022) descreve que as alterações ocorridas na lei do trabalho traz uma amostra que a cada dia mais existe uma pressão para que o princípio da proteção seja flexibilizado ou simplesmente mitigado, pois é visível que com o novo modelo social e a evolução da tecnologia, venha surgindo novas formas de trabalho, que é indiscutível que a sociedade precisa se enquadrar a essas novas modalidades de trabalho, mas vemos também que há cada vez mais, um movimento contundente que se vê expressado nas várias reformas legislativas de que o trabalhador deve ter um tratamento menos desigual, o que vemos é um recente número de trabalhadores no ambiente virtual e completamente distinto das relações jurídicas tradicionais, mais que o trabalhador precisa ser visto sempre como parte hipossuficiente que precisa de um olhar mais protetor das leis e seus legisladores, não se pode permitir que o trabalhador seja submetido a mais diversas formas de trabalho e emprego sem o mínimo de garantia de saúde, dignidade, e bem estar social.

Embora as leis da reforma trabalhista devessem trazer novos empregos para o Brasil, elas não surtiram o efeito pretendido, ainda existem mais de 12 milhões de desempregados, de acordo com pesquisa recente do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mas as leis não reduziram o número de processos trabalhistas, segundo o TST - Tribunal Superior do Trabalho. Os processos trabalhistas diminuíram cerca de 70% em um ano, passando de 289,7 mil novos processos em novembro de 2017, para 89 mil no mesmo mês de um ano mais tarde.

#### **4 O OBJETIVO SOCIAL FOI ALCANÇADO COM A REFORMA TRABALHISTA?**

A avaliação sobre se o objetivo social da reforma trabalhista foi alcançado é um tema debatido e pode variar dependendo da perspectiva adotada. A reforma trabalhista, em geral, buscou promover maior flexibilização e modernização nas relações de trabalho, para estimular a geração de empregos, aumentar a competitividade das empresas e reduzir a burocracia. Há argumentos que sustentam que o objetivo social foi alcançado como:

**Estímulo à geração de empregos:** Defensores da reforma argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas, como a possibilidade de contratos de trabalho mais flexíveis e a ampliação da terceirização, estimulou a geração de empregos, especialmente em setores como comércio e serviços. Eles apontam para a redução da taxa de desemprego em alguns períodos após a implementação da reforma como um indicativo de sucesso nesse aspecto.

**Redução dos litígios trabalhistas:** A reforma trabalhista visou reduzir o número de processos trabalhistas, incentivando a solução extrajudicial de conflitos e estabelecendo penalidades para litigância de má-fé. Alguns argumentam que essas medidas foram eficazes na redução do congestionamento do Judiciário e na agilização da solução de disputas trabalhistas.

**Maior flexibilidade e negociação:** A possibilidade de negociação individual e coletiva mais flexível foi considerada benéfica por alguns defensores da reforma. Eles argumentam que isso permite que empregadores e empregados ajustem as condições de trabalho de acordo com suas necessidades e particularidades, promovendo uma maior harmonia nas relações laborais.

No entanto, também existem críticas à reforma trabalhista, questionando se o objetivo social foi alcançado de maneira equilibrada. Algumas das críticas incluem:

**Precarização do trabalho:** Críticos argumentam que a flexibilização das regras trabalhistas pode levar à precarização do trabalho, com a redução de direitos e garantias

dos trabalhadores, especialmente aqueles em empregos mais vulneráveis, como os terceirizados. Isso pode comprometer a proteção social e o bem-estar dos trabalhadores.

**Desigualdade de poder:** A negociação individual e coletiva mais flexível pode resultar em uma desigualdade de poder entre empregadores e empregados, principalmente quando há assimetria de informações e recursos. Isso pode enfraquecer a posição dos trabalhadores na negociação e resultar em condições de trabalho desfavoráveis.

**Evasão de direitos:** Críticos argumentam que a reforma trabalhista abriu brechas para a evasão de direitos trabalhistas, como o uso indevido de contratos de trabalho intermitente e a terceirização indiscriminada, com o objetivo de reduzir custos para as empresas.

**Impacto na proteção social:** Alguns argumentam que a reforma trabalhista pode ter enfraquecido a proteção social dos trabalhadores, afetando aspectos como saúde e segurança no trabalho, jornada de trabalho adequada e benefícios sociais.

É importante ressaltar que as opiniões divergentes sobre a reforma trabalhista refletem diferentes interesses e visões sobre o equilíbrio entre flexibilização e proteção nos mercados de trabalho. A avaliação completa do alcance do objetivo social da reforma depende da análise de seus impactos em longo prazo, considerando aspectos econômicos, sociais e jurídicos.

## **5 CONCLUSÃO**

As transformações decorrentes de políticas macroeconômicas e de cunho neoliberal vêm ocorrendo e afetando o mundo do trabalho. Dentre as consequências dessas transformações está a Reforma Trabalhista no Brasil, ocorrida em 2017 e trouxe prejuízos para a classe trabalhadora ao legalizar a fragmentação das relações trabalhistas, favorecendo diversas formas de flexibilização e precarização do trabalho.

Do ponto de vista legal, a intenção da reforma é que os acordos mutuamente acordados entre empregador e empregado muitas vezes tenham precedência sobre as leis trabalhistas gerais. Do ponto de vista econômico, a reforma deve incentivar os empregadores a criar novos empregos e aumentar a produtividade, diminuindo o ônus de um regime trabalhista restritivo.

## **REFERÊNCIAS**

ABDALA, Vitor. Abdala. Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5% Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho (6 ed.). São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. (1 de 05 de 1943). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)

BRASIL. (2013). Tribunal Superior do Trabalho, RECURSO DE REVISTA: RR 80700-43.2009.5.17.0003 80700-43.2009.5.17.0003. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ: 12/06/2013. Acesso: em 18 de 10 de 2022, disponível em: JusBrasil: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23382830/recurso-de-revista-rr-807004320095170003-80700-4320095170003-tst>

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho (16 ed.). São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho (18 ed.). São Paulo: LTr, 2019.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

LEITE, Carlos Bezerra. Curso de Direito do Trabalho (11 ed.). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NAHAS, Thereza. Novo Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

STF. (03 de 05 de 2021). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5766. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 20/10/2021. Acesso em 04 de 11 de 2022, disponível em [trt6.jus.br: https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/23274](https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/23274)



## MARCO TEMPORAL PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O IMPACTO NO AGRONEGÓCIO

**BRUNA BARBOSA VIEIRA:** Graduanda em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG <sup>193</sup>

**JULIANA SOUZA FERREIRA DE ASSUNÇÃO** <sup>194</sup>

(coautora)

**ANDRÉ DE PAULA VIANA** <sup>195</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O marco temporal é um conceito jurídico que tem sido discutido no contexto para demarcação de terras indígenas no Brasil. Esse termo refere-se à concepção de que apenas as terras que estavam ocupadas pelos povos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 podem ser oficialmente reconhecidas como terras indígenas, onde quem perder as terras serão indenizados somente por suas benfeitorias. Esse marco temporal tem gerado debates e controvérsias significativas, especialmente em relação ao seu impacto no agronegócio. O tema é repercutido e observado por uma grande porcentagem de agropecuaristas e ruralistas que buscam o direito também de suas propriedades, priorizando o setor que é de grande potencial econômico para o país, sendo empregatício e de grande movimentação de produtos alimentícios mundial. Entretanto, a metodologia bibliográfica será aplicada para elucidar de forma objetiva e concisa sobre o tema abordado neste trabalho. Com isso, é notório que o marco temporal para demarcação de terras indígenas e o impacto no agronegócio conferirá o mérito de previsibilidade e segurança às relações conflitantes do tema, não deixando de priorizar os direitos indígenas,

---

193E-mail:[bruna1410.vieira@gmail.com](mailto:bruna1410.vieira@gmail.com)

194Graduanda em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG. [jassuncao1809@gmail.com](mailto:jassuncao1809@gmail.com)

195Graduado em Direito. Advogado. Pós Graduado em "O Processo e o Direito Civil". Mestre em "Ciências Ambientais". Docente no curso de Direito e no curso de Medicina, Presidente Docente da Liga de Medicina Legal (LAMEL) do Curso de Medicina, Membro de Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), Membro do NDE do Curso de Direito, todos pela Universidade Brasil - Fernandópolis-SP. Pós Graduado em "Direito Médico" pela UNIARA - Araraquara-SP. Membro do NDE e Docente no curso de Direito da Faculdade FAMA - Iturama-MG.<http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

visando à paz e o direito à propriedade privada, assim, implementando um direito sem, contudo, retirar outro.

**Palavras-chave:** direito; demarcação; agronegócio; terras indígenas; segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The time frame is a legal concept that has been discussed in the context of demarcating indigenous lands in Brazil. This term refers to the concept that only lands that were occupied by indigenous peoples on the date of promulgation of the 1988 Federal Constitution can be officially recognized as indigenous lands, where whoever loses the lands will be compensated only for their improvements. This time frame has generated significant debates and controversies, especially in relation to its impact on agribusiness. The theme is echoed and observed by a large percentage of farmers and ruralists who also seek the right to their properties, prioritizing the sector that has great economic potential for the country, being an employment sector and a large movement of food products worldwide. However, the bibliographic methodology will be applied to objectively and concisely elucidate the topic covered in this work. With this, it is clear that the time frame for the demarcation of indigenous lands and the impact on agribusiness will give the merit of predictability and security to the conflicting relationships on the topic, while still prioritizing indigenous rights, aiming for peace and the right to private property, thus, implementing one right without, however, removing another.

**Keywords:** law; demarcation; agribusiness; indigenous lands; legal security.

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta de lei apresentada em 2007, feita pelo Sr. Homero Pereira (Deputado Federal) tramitou por mais de 15 anos até ser aprovada em maio de 2023. Ela é conhecida como PL 490/2007 que altera as Leis:4.132 de 1962,11.460 de 2007 e6.001 de 1973 além de regulamentar o artigo 231 da Constituição Federal, com o propósito do marco temporal para demarcação de terras indígenas visando a solução do problema equacionado entre a população indígena e os produtores rurais.

A tese do marco temporal é uma proposta de interpretação do artigo 231 da Constituição Federal e trata-se de uma espécie de linha de corte. A partir desse entendimento,uma terra indígena só poderia ser demarcada com a comprovação de que os indígenas estavam no local requerido na data da promulgação da Constituição, ou seja, no dia 5 de outubro de 1988. Quem estivesse fora da área nessa data ou chegasse depois desse dia, não teria direito a pedir sua demarcação.

Os conflitos entre comunidades indígenas e o agronegócio podem resultar em tensões sociais expressivas. Compreender as raízes desses conflitos é essencial para buscar

soluções e mitigar problemas sociais e também direitos territoriais e culturais dos povos indígenas.

A questão da demarcação de terras indígenas e o impacto no agronegócio não é uma problemática interna do Brasil. Ela envolve interesse global com relevantes litígios sobre o meio ambiente, direitos humanos e principalmente relativos à economia devido à intensa exportação de produtos oriundos do agronegócio, realizada pelo Brasil.

Fazendo um comparativo com os Estados Unidos sobre o tema em questão, há um grande diferencial do Brasil em relação ao respeito aos povos indígenas, uma vez que se viram refletidos seus direitos nas três esferas de poder: legislativo, executivo e judiciário. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos no século XIX, em que o governo removeu os povos indígenas, expulsando-os de suas próprias terras com a criação da Lei de Remoção Indígena e auxílio do exército, onde tal atitude resultou em conflitos que geraram milhares de mortes. (CARVALHO, 2023).

Assim, se faz necessário levar em consideração todas as peculiaridades do tema, analisar e compreender o impacto de marco temporal para demarcação das terras indígenas nas dinâmicas do agronegócio no Brasil sem deixar de considerar as implicações econômicas, sociais e ambientais no contexto brasileiro. É imperioso investigar a evolução histórica da demarcação de terras indígenas no Brasil, destacando as mudanças políticas, legislativas e governamentais.

A tese do marco temporal para demarcação das terras indígenas e o impacto no agronegócio é influenciada por leis e políticas públicas, e seu estudo pode ajudar a avaliar a eficácia dessas políticas na proteção dos direitos indígenas, no desenvolvimento sustentável e na economia do país. Portanto, seu estudo é proeminente para abranger as complexas dinâmicas sociais, econômicas e ambientais no intuito de desenvolvimento de políticas mais justas e sustentáveis.

## **2.FUNÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A OCUPAÇÃO DAS TERRAS**

A função de Estado brasileiro envolve diversas responsabilidades em relação à ocupação de terras, incluindo a regularização fundiária por garantir que as terras sejam registradas e documentadas de forma adequada, a fim de evitar conflitos de propriedade, promover o desenvolvimento sustentável e implementar políticas e regulamentações adequadas.

A intervenção do Estado, ao mesmo tempo em que limita o direito absoluto da propriedade, também a protege, na medida em que se firmam contratos que definem os direitos de propriedade e seus usos (PIPES, 2001).

O Estado deve definir zonas de uso da terra, considerando fatores como: conservação ambiental, agricultura, habitação, preservação cultural e uso equilibrado do solo.

Segundo Costa (1988), os grupos sociais estabelecem “determinados modos de relação com o seu espaço”, ou seja, “valorizam-no a seu modo” e é no interior deste processo que se pode “identificar relações culturais com o espaço, em sentido estrito”.

Já em analogia à fiscalização e combate ao desmatamento ilegal, principalmente no norte do Brasil, onde a Amazônia está localizada, o Estado tem a responsabilidade de proteger as florestas e reprimir a exploração ilegal de recursos naturais e o desmatamento. Do mesmo modo que deve incentivar o desenvolvimento econômico e social nas regiões menos desenvolvidas com o propósito de reduzir desigualdades e melhorar a qualidade de vida da população.

### **3. POVOS INDÍGENAS E SEUS DIREITOS**

Historicamente perseguidos pelos colonizadores, os remanescentes da etnia acabaram afastados de suas terras originais na primeira metade do século 20. Em 1996, contudo, conseguiram a demarcação de 15 mil hectares — que depois se expandiria, em 2003, para 37 mil hectares. De acordo com monitoramento do Instituto Socioambiental (ISA) com base em publicações feitas no Diário Oficial da União, o Brasil tem, atualmente, 421 terras indígenas devidamente homologadas, que somam 106,6 milhões de hectares e onde vivem cerca de 466 mil indígenas.

Segundo ambientalistas e defensores dos indígenas, a aprovação da tese poderia mudar o curso de pelo menos 303 pedidos em andamento, ou seja, que estão em alguma fase do processo de demarcação, sem que esse tenha sido concluído. Essas terras somam 11 milhões de hectares (equivalente a 1,30% do território brasileiro), onde vivem cerca de 197 mil indígenas (0,20% da população do País).

Por outro lado, a tese do marco temporal visa proteger os direitos territoriais dos povos indígenas, que historicamente foram deslocados e tiveram suas terras invadidas. Portanto, a medida é vista como um passo importante na garantia dos direitos indígenas e na preservação do meio ambiente.

Conforme decreta o Congresso Nacional no PL 490/2007:

Art. 2º São princípios orientadores desta Lei: I – o reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas e das tradições indígenas; II – o respeito às especificidades culturais de cada comunidade indígena e aos respectivos meios de vida, independentemente de seus graus de interação com os demais membros da sociedade; III – a liberdade, especialmente de consciência, de crença e de exercício de qualquer trabalho, profissão ou atividade econômica; V – a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos indígenas.

Ademais, “trata-se de distinguir entre a garantia da propriedade tribal do território e uma ilusória concessão de direitos individuais sobre parcelas alienáveis de terra” (SEEGGER e VIVEIROS DE CASTRO, 1979).

Salienta-se também a necessidade de se garantir os direitos das comunidades indígenas para assegurar que sejam respeitados, incluindo seus direitos à terra e à preservação de suas culturas.

#### **4. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS**

Pelo marco temporal, as demarcações de reservas indígenas devem afetar apenas terras que estavam ocupadas por essa população até a data de promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988. Assim, as questões relacionadas à demarcação de terras indígenas continuam sendo fonte de debate e conflito no Brasil. Insuflada por diferentes atores políticos expressando pontos de vista divergentes sobre o assunto. Desta forma, o impacto total no agronegócio dependerá da inserção e explanação dessa decisão ao longo do tempo.

As demarcações serão feitas de acordo com artigos citados abaixo da PL 490/2007:

Art. 5º A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localize a área pretendida, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas. Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Art. 6º Aos interessados na demarcação serão assegurados, em todas as suas

fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e será obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento, bem como permitida a indicação de peritos auxiliares.

Atualmente, a demarcação de terras indígenas é realizada pela Fundação Nacional do Índio (Funai) por meio de procedimento administrativo que envolve critérios técnicos e legais, tais como a verificação por um antropólogo da demanda apresentada pelo povo indígena; estudos de delimitação; o contraditório administrativo, para que outros interessados na área possam se manifestar; e a aprovação e o registro da demarcação. A aprovação cabe ao presidente da República, por meio decreto, e em seguida ocorre a retirada de ocupantes não-índios e o pagamento de indenizações pela Funai.

Autor do projeto, o deputado Homero Pereira argumenta que as demarcações muitas vezes ultrapassam os limites da política indigenista, avançando sobre interesses ligados a áreas de proteção ambiental, à segurança na faixa de fronteira, a propriedades privadas, a projetos de infraestrutura (estradas, redes de energia, comunicação) e a recursos hídricos e minerais, entre outros. “Embora esteja amparada na Lei 6.001/73, a Funai vê-se compelida a exercer seu juízo discricionário sobre questões complexas que extrapolam os limites de sua competência administrativa”, diz a justificativa que acompanha o projeto.

Por outro lado, representantes dos povos indígenas afirmam que o marco temporal ameaça a sobrevivência de muitas comunidades indígenas e de florestas. Afirmam também que trará o caos jurídico ao País e muitos conflitos em áreas já pacificadas, por provocar a revisão de reservas já demarcadas.

O ministro Edson Fachin, relator do caso no STF em 2023, foi o primeiro a votar. Ele foi contrário ao marco temporal. Para ele, a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal e da configuração de renitente esbulho. O ministro também afirmou que a Constituição reconhece que o direito dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional é um direito originário, ou seja, anterior à própria formação do Estado. Fachin salientou que o procedimento demarcatório realizado pelo Estado não cria as terras indígenas – ele apenas as reconhece, já que a demarcação é um ato meramente declaratório.

## **5. MARCO TEMPORAL E O AGRONEGÓCIO**

Toda a questão teve origem em 2009, quando um conflito entre indígenas e agricultores em Roraima chegou ao STF. Para resolver a disputa sobre a quem pertenceria

de direito a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, os ministros argumentaram em favor do povo indígena alegando que eles lá estavam quando foi promulgada a Constituição.

Se naquele caso a tese era favorável aos povos originários, o precedente ficou aberto para a argumentação em contrário: ou seja, que indígenas não pudessem reivindicar como suas as terras que não estivessem ocupando em 1988.

Em 2017, a Advocacia Geral da União (AGU) emitiu um parecer de que seria pertinente a tese do marco temporal. Como resultado, há dezenas de processos de demarcação de terra emperrados, à espera de uma definição do STF. Entre eles, o caso dos indígenas Xokleng, da Terra Indígena Ibirama La-Klãnõ, em Santa Catarina, que volta a julgamento no STF.

Em 2021, o ministro do STF, Nunes Marques, votou a favor do marco temporal, no caso de Santa Catarina, afirmando que, sem esse prazo, haveria “expansão ilimitada” para áreas “já incorporadas ao mercado imobiliário” no País. O ministro avaliou ainda que, sem o marco temporal, a “soberania e independência nacional” estariam em risco. Ele destacou que é preciso considerar o marco temporal em nome da segurança jurídica nacional. “Uma teoria que defenda os limites das terras a um processo permanente de recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral naturalmente abre espaço para conflitos de toda a ordem, sem que haja horizonte de pacificação”, disse.

Marques citou que a Constituição deu prazo de cinco anos para que a União efetuassem a demarcação das terras. Para ele, essa norma demonstra a intenção de estabelecer um marco temporal preciso para definir as áreas indígenas. O ministro também entende que a ampliação da terra indígena de Santa Catarina requerida pela Funai é indevida, por se sobrepor a uma área de proteção ambiental.

De acordo com o PL 490/2007 vem dispor que:

No entanto, vemos, no cotidiano, que as áreas reivindicadas e que, por isso, são objeto de demarcação, envolvem interesses diversos, tanto públicos quanto privados. Isto que os atos demarcatórios implicam em sobreposições de áreas indígenas às áreas de proteção ambiental, estratégicas para a segurança nacional, como, por exemplo, as localizadas na faixa de fronteiras, de propriedades privadas destinadas à produção agropecuária e outras atividades produtivas importantes para a viabilidade econômica de Estados e Municípios, aquelas ocupadas por obras de infraestrutura, como estradas, redes de energia elétrica e telefônica, de prospecção

mineral e recursos hídricos, áreas \*6D66F77408 \* 6D66F77408 3 de aglomeração urbana e núcleos habitacionais, onde se localizam, também, os prédios destinados à administração local, à educação, à saúde, à moradia, etc.

Para Paulo Sérgio Aguiar, vice-presidente da Associação Brasileira de Produtores de Algodão (Abrapa), o **marco temporal** proporciona, além de segurança jurídica, um alento que evitaria enormes prejuízos econômicos que seriam ocasionados por uma **expansão, sem limites, de terras demarcadas**.

Em defesa do marco temporal junto ao agronegócio, o ministro da Agricultura, diz entender a importância do reconhecimento dos direitos indígenas, porém salienta a importância da valorização e permanência daqueles produtores que têm sua propriedade, estrutura e negócios firmados há tempos. É primordial que haja instrumentos na jurisdição que promovam o equilíbrio das duas frentes objetivando a segurança jurídica no campo. (Carlos Fávaro, 2023)

## 5.1 BREVE LINHA DO TEMPO

Em maio de 2023, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 490/2007, conhecido também como PL do Marco Temporal. O projeto foi votado após pedido de regime de urgência de tramitação. O projeto foi então enviado ao Senado Federal, e o presidente da casa, Rodrigo Pacheco, verbalizou sobre uma apreciação detalhada da proposta, opondo-se ao trâmite de urgência aprovado na Câmara. Na nova Casa, o texto passou a ser nomeado de PL nº 2.903/2023.

Entretanto, em 21/09/2023, o Supremo Tribunal Federal alcançou maioria de votos para a tese de que o marco temporal é inconstitucional. Uma decisão com repercussão geral, devendo ser, portanto, observada por todos. Posteriormente, o Plenário do Senado aprovou, em 27/09/2023, o projeto que regulamenta os direitos originários indígenas sobre suas terras (PL 2903/2023), que seguiu para a sanção ou veto da Presidência da República.

Em 20/10/2023, o presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, vetou parcialmente a tese do marco temporal em seu o ponto principal, que proíbe demarcações de terras não ocupadas por indígenas em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, dentre outros vetos. Todavia, o Congresso Nacional possui a prerrogativa de validar ou derrubar o veto presidencial, obtendo, para isso, votos dos 257 deputados e 41 senadores, em sessão conjunta.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



O marco temporal para demarcação de terras indígenas é uma questão complexa que envolve direitos indígenas, demandas territoriais e o agronegócio.

Argumenta-se que o marco temporal é uma forma de proteger a propriedade privada e promover o desenvolvimento econômico no setor agrícola o qual possui relevante importância, pois gera milhares de empregos, supre não só as necessidades alimentares do brasileiro, mas também grandes partes da demanda estrangeira e, primordialmente, medem superávit do PIB na economia interna.

Por outro lado, acredita-se que tal marco pode limitar os direitos indígenas historicamente estabelecidos.

É procedente considerar o impacto no agronegócio que poderá afetar a expansão agrícola desde o plantio até a exportação, ressaltando-se ainda possibilidade de produtores centenários terem que desocupar suas terras, serem ressarcidos apenas por suas benfeitorias e em consequência, o país terá a perda de espaços agrários produtivos.

No entanto, busca-se a melhor solução, em plenário designo de autoridade, sobre a constitucionalidade do marco temporal para demarcação de terras indígenas em meio aos novos processos e demandas oriundas dessa tese.

Em última análise, a procura por equilíbrio entre os direitos indígenas e as necessidades econômicas do agronegócio é um desafio abstruso que requer diálogo e soluções cuidadosamente ponderadas; deve-se prezar pela segurança jurídica e, precipuamente, pelo melhor interesse da nação brasileira.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Leandro. "Lei do Povoamento e os povos indígenas"; Brasil Escola.

Disponível em:<https://brasilecola.uol.com.br/historia-da-america/lei-povoamento-os-povos-indigenas.htm>. Acesso em: 08 out. 2023.

COSTA, W.M. O Estado e as políticas territoriais no Brasil. São Paulo: Contexto, 1998.

<https://brainly.com.br/tarefa/5441527>. Acesso em: 08 out. 2023

<https://exame.com/bussola/setor-agricola-defende-aprovacao-do-marco-temporal/>. Acesso em: 09 out. 2023

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Terras\\_ind%C3%ADgenas\\_do\\_Brasil#:~:text=Possui%20quatro%20modalidades%3A%20reserva%20ind%C3%ADgena,adquiridas%20por%20compra%20ou%20doa%C3%A7%C3%A3o.](https://pt.wikipedia.org/wiki/Terras_ind%C3%ADgenas_do_Brasil#:~:text=Possui%20quatro%20modalidades%3A%20reserva%20ind%C3%ADgena,adquiridas%20por%20compra%20ou%20doa%C3%A7%C3%A3o.) Acesso em: 12 out. 2023

[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as\\_sdt=0%2C5&q=coloniza%C3%A7%C3%A3o+das+terras+brasileiras&btnG=&oq=coloniza%C3%A7%C3%A3o+das+terras+brasileiras](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=coloniza%C3%A7%C3%A3o+das+terras+brasileiras&btnG=&oq=coloniza%C3%A7%C3%A3o+das+terras+brasileiras). Acesso em: 28 set. 2023

<https://www.acritica.net/editorias/politica/ministro-da-agricultura-defende-meio-termo-para-marco-temporal/690144/>. Acesso em: 12 out. 2023

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311> Acesso em: 13 out. 2023

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=444088](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=444088). Acesso em: 13 out. 2023

[https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/senadores-divergem-sobre-ecisaodostfnaquestaodomarcotemporal#:~:text=Na%20quinta%2Dfeira%20passada%20\(21,deve%20ser%20observada%20por%20todos](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/senadores-divergem-sobre-ecisaodostfnaquestaodomarcotemporal#:~:text=Na%20quinta%2Dfeira%20passada%20(21,deve%20ser%20observada%20por%20todos). Acesso em: 15 out. 2023

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/aprovado-no-senado-marco-temporal-para-terras-indigenas-segue-para-sancao>. Acesso em: 15 out. 2023

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/ccj-aprova-marco-temporal-para-terras-indigenas-projeto-vai-a-plenario>. Acesso em: 15 out. 2023

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 18 out. 2023

<https://www.youtube.com/watch?v=9OFOsK15rsc>. Acesso em: 18 out. 2023

PIPES, Richard. Propriedade e Liberdade. São Paulo: Record, 2001.

SEEGER, A. & VIVEIROS DE CASTRO, E.B. Terras e territórios indígenas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/aprovado-no-senado-marco-temporal-para-terras-indigenas-segue-para-sancao>. Acesso em: 27 out. 2023

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>. Acesso em: 27 out. 2023

[https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/ate-vice-lider-do-governo-promete-derrubar-veto-de-lula-ao-marco-temporal#google\\_vignette](https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/ate-vice-lider-do-governo-promete-derrubar-veto-de-lula-ao-marco-temporal#google_vignette). Acesso em: 27 out. 2023

[https://www.terra.com.br/nos/entenda-a-tese-do-marco-temporal-das-terras-indigenas,14772a31a3aaf0887265b75abe95784e13lksf36.html?utm\\_source=clipboard](https://www.terra.com.br/nos/entenda-a-tese-do-marco-temporal-das-terras-indigenas,14772a31a3aaf0887265b75abe95784e13lksf36.html?utm_source=clipboard). Acesso em: 27 out. 2023

## **A PROBLEMÁTICA DOS CIBERCRIMES: ESTRATÉGIAS JURÍDICAS ADOTADAS PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**MARIANA DE ARAUJO CAPUTO:**  
graduanda em Direito pela faculdade  
UNA - Bom Despacho/MG<sup>196</sup>

**RESUMO:** O propósito deste artigo é identificar o papel do Direito Penal na atualização da legislação destinada a combater crimes virtuais. Para alcançar este propósito, foi desenvolvido uma análise qualitativa com abordagem dedutiva, abordando as principais leis relacionadas ao uso de dispositivos informáticos e como algumas delas são modificadas para lidar com os delitos cibernéticos. No entanto, ao mesmo tempo, enfatizou-se que o Direito Penal avança lentamente na atualização dessas leis. Destaca-se que, a maioria dos crimes envolvendo fraudes, estelionatos, golpes, difamação, violência e outros ainda ocorre predominantemente na internet. Mesmo diante dessa realidade, a adaptação e a disponibilidade de amparo jurídico para crimes cibernéticos ainda evoluem de maneira gradual. Isso realça a necessidade de uma conscientização mais ampla entre os legisladores sobre a importância de manter essa legislação constantemente atualizada. Isso é particularmente relevante dado que o Brasil é um dos países mais afetados por delitos virtuais e, muitas vezes, as vítimas enfrentam dificuldades em buscar proteção legal adequada.

**Palavras-chave:** Crimes virtuais. Direito Penal. Legislação.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to identify the role of Criminal Law in updating legislation designed to combat virtual crimes. To achieve this purpose, a qualitative analysis was developed with a deductive approach, addressing the main laws related to the use of IT devices and how some of them are modified to deal with cybercrimes. However, at the same time, it was emphasized that Criminal Law progresses slowly in updating these laws. It is noteworthy that the majority of crimes involving fraud, fraud, scams, defamation, violence and others still occur predominantly on the internet. Even in the face of this reality, the adaptation and availability of legal support for cybercrimes still evolve gradually. This highlights the need for broader awareness among legislators of the importance of keeping this legislation constantly updated. This is particularly relevant given that Brazil is one of the countries most affected by cybercrimes and victims often face difficulties in seeking adequate legal protection.

**Keywords:** Virtual crimes. Criminal Law. Legislation.

---

<sup>196</sup> E-mail: marianacaputto@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os cibercrimes, delitos perpetrados em ambientes digitais, frequentemente utilizando a internet como principal instrumento, representam uma ameaça substancial à população brasileira, especialmente durante o período de pandemia, quando o uso de dispositivos como computadores, celulares e tablets aumenta significativamente.

Dado que esses delitos são considerados "silenciosos" por não impactarem diretamente às vítimas da mesma forma que os crimes tradicionais, a legislação destinada a combatê-los exige uma abordagem diferenciada, requerendo adaptações e atualizações constantes para garantir a segurança da população.

Nesse contexto, uma vez que esses crimes são relativamente novos no panorama social, é incumbência do Direito identificar e abordar essas novas ameaças à liberdade, segurança e cidadania dos indivíduos. Entretanto, a velocidade do avanço tecnológico frequentemente supera a capacidade do sistema legal de se adaptar, levantando a seguinte questão central: como o Direito Penal pode aplicar e se atualizar para proteger efetivamente os direitos das vítimas de cibercrimes?

No desenvolvimento deste trabalho, o capítulo inicial desta pesquisa aborda questões cruciais que explicam a importância da internet na era da globalização e como esse ambiente se tornou propício para atividades criminosas, frequentemente motivadas pelo anonimato.

Adiante, no segundo capítulo, foi abordado o crescente desafio do cibercrime no Brasil, com foco nos ataques de phishing explorando suas complexidades e a evolução das estratégias de fraude. Ainda dentro deste, foram analisadas as leis brasileiras que regulamentam a internet, avaliando sua eficácia na proteção contra esses delitos virtuais emergentes.

Por fim, no último eixo do trabalho, foi explanado sobre os desafios enfrentados no combate aos cibercrimes, destacou-se a eficácia dessas práticas e a necessidade de melhorias na segurança dos usuários. O capítulo ressalta a importância da constante análise e atualização das leis para proteger os usuários diante das ameaças cibernéticas.

A metodologia de pesquisa adotada consiste em uma revisão de literatura com abordagem qualitativa. Os dados foram coletados por meio de levantamento bibliográfico e analisados com base no método dedutivo. Os materiais de pesquisa foram obtidos em bases de dados como Google Acadêmico e Scielo, com foco em artigos e livros em língua portuguesa, utilizando descritores como "cibercrimes" e "direito penal do cibercrime".

A escolha desse tema é relevante, considerando que os brasileiros enfrentam uma das maiores taxas de ataques cibernéticos na América Latina e ocupam a quarta posição no ranking mundial. Esses crimes causam diversos prejuízos às vítimas, incluindo estelionato, clonagem de cartões, ameaças, falsidade ideológica e outros. É crucial abordar esse tema de preocupação nacional, uma vez que muitas pessoas desconhecem os recursos disponíveis para lidar com tais crimes. Portanto, este estudo visa informar sobre as proteções legais disponíveis e a importância de garantir que as vítimas de cibercrimes recebam seus direitos e proteção.

## **2 DESAFIOS E TENDÊNCIAS DA CIBERSEGURANÇA NO BRASIL**

Inicialmente é importante destacar o papel crucial da internet na globalização e como esse cenário tornou-se propício para crimes, impulsionado pelo anonimato. Com a internet integrada à vida cotidiana, dispositivos tecnológicos tornam-se alvos para criminosos que desenvolvem estratégias de roubo de informações, como assédio, falsidade ideológica e chantagem.

O processo de atualização do Direito Penal para enfrentar os desafios dos cibercrimes começa com a compreensão do funcionamento da internet pelos profissionais da área. Os dispositivos tecnológicos, como parte do dia a dia na vida da maioria das pessoas, armazenam dados pessoais, tornando-se alvos para criminosos que desenvolvem estratégias e programas para roubar informações. Essas práticas, que incluem assédio, falsidade ideológica e chantagem, dificultam a identificação dos criminosos e demandam uma legislação atualizada para intervir efetivamente nesses casos.

No Brasil, os ataques de phishing (KAPERSKY, 2022) tornaram-se a ameaça mais prevalente, colocando o país no topo da lista de nações mais afetadas no mundo. Dado que o phishing é o ataque mais comum, é crucial que as leis sejam continuamente atualizadas para combater essa forma específica de crime. Isso destaca a necessidade do Direito Penal acompanhar constantemente as práticas criminosas que ocorrem globalmente na internet, a fim de garantir a rápida adaptação da legislação e oferecer amparo aos usuários, mesmo quando um tipo específico de ataque ainda não tenha alcançado o país.

O termo "phishing" deriva da palavra "fishing" em inglês, que significa pescar. Esse tipo de ataque envolve a disseminação de mensagens falsas como isca para um grande número de pessoas, na esperança de que alguém seja fisgado e forneça suas informações pessoais. O phishing representa uma forma grave de fraude eletrônica, uma vez que os perpetradores desse golpe podem obter informações que variam desde senhas até dados financeiros e números de cartão de crédito da vítima (MORGENSTERN; TISSOT, 2015).

Entre os métodos de phishing, o "scam" é um dos mais utilizados. Esse método envolve o envio de e-mails fraudulentos que aparentam ser de empresas amplamente reconhecidas pelo público. Esses e-mails tentam convencer o destinatário de que o acesso é de suma importância, direcionando-o para uma página clonada na qual informações confidenciais, como números de conta, senhas de acesso e informações de cartão de crédito, são solicitadas (JORGE, 2007).

Observa-se um aumento significativo no número de vítimas desse tipo de ataque em todo o mundo. A ameaça inclui uma série de crimes, como ameaças, estelionato, chantagem, roubo de identidade, perseguição e clonagem de cartões. Ao longo dos anos, a taxa de uso desse método aumentou em mais de 60% entre os criminosos (CORTELA, 2013).

Os criminosos que praticam o phishing não se limitam a enviar mensagens aleatórias e esperar que alguém caia em seu ataque. Eles empregam técnicas avançadas de engenharia social, manipulação de informações e clonagem de páginas para enganar uma variedade de perfis de usuários, induzindo-os a acreditar que suas ações são legítimas. Esse processo permite que eles roubem dados pessoais das vítimas de forma eficaz. Usar o nome de bancos, lojas e empresas conhecidas é uma tática fundamental para esse tipo de ataque, criando réplicas quase perfeitas que dificultam qualquer tentativa de detecção (LAS-CASAS et al., 2016).

Uma pesquisa recente da Kaspersky (2023) destaca que o Brasil liderou o ranking de ataques de phishing por meio do WhatsApp em 2022, com mais de 76 mil tentativas de fraude. O país também ocupa a quarta posição no mundo em termos de ataques de phishing via e-mail. O estudo revela que houve um aumento significativo na distribuição de mensagens maliciosas por meio de aplicativos de mensagens, com a maioria delas ocorrendo no WhatsApp (82,71%), seguido pelo Telegram (14,12%) e Viber (3,17%). No ranking de ataques de phishing via WhatsApp, o Brasil se destaca como líder, enquanto no Telegram, ocupa o segundo lugar, atrás apenas da Rússia. (KAPERSKY, 2023)

Além da facilidade de explorar falhas humanas e da falta de preocupação em explorar vulnerabilidades nos sistemas, a prática do phishing é relativamente simples e acessível. Envolve registrar um domínio, seja gratuitamente ou a baixo custo, adquirir um certificado digital para conferir uma aparência de confiabilidade ao site e, em seguida, disparar e-mails em massa na esperança de encontrar uma vítima (KAPERSKY, 2018).

Conforme as tecnologias evoluem para oferecer maior segurança e eficiência, o crime cibernético também aprimora seus métodos para perpetrar golpes via phishing. O

que anteriormente era predominantemente realizado por e-mail agora se expandiu para envolver redes sociais, anúncios e aplicativos móveis, alcançando um público mais amplo e rápido.

A relação entre essas estratégias de ataque e os impactos que podem gerar é evidente. As estratégias empregadas pelos criminosos servem como a ponte para crimes mais graves, como o roubo de informações pessoais, divulgação de fotos íntimas, clonagem de cartões e o acesso a informações sigilosas de empresas, entre outros tipos de dados. Isso pode desencadear uma série de consequências negativas na vida das vítimas, transformando-se em uma verdadeira "bola de neve".

Portanto, após compreender os conceitos-chave relacionados aos cibercrimes e os principais delitos cometidos no Brasil e no mundo, o próximo capítulo abordará as leis existentes no país que regulamentam a internet. Essa análise ajudará a determinar se as leis estão atualizadas para fornecer proteção às vítimas de crimes cibernéticos desse tipo.

### **3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO**

Desataca-se duas leis fundamentais que abordam de maneira abrangente a questão da informática. A Lei Carolina Dieckmann, diretamente associada a um cibercrime específico, será discutida em detalhes. Em seguida, será abordado o Marco Civil da Internet, cujo foco principal é a regulamentação da segurança no uso da internet.

Além dessas considerações, é importante notar que o Brasil ainda não possui uma legislação inteiramente dedicada aos crimes informáticos. No entanto, o país realiza atualizações legislativas à medida que a necessidade e a demanda da população se tornam evidentes. Vale ressaltar que a cobertura da mídia desempenha um papel significativo na promoção do desenvolvimento de legislações mais abrangentes e que as duas leis mencionadas neste capítulo representam exemplos notáveis desse esforço de regulamentação na área de crimes cibernéticos.

#### **3.1 LEI CAROLINA DIECKMANN (LEI N. 12.737/12)**

Até o ano de 2012, o Brasil carecia de leis direcionadas ao combate dos cibercrimes, marcando um momento significativo na evolução do Direito Penal no país. Foi nesse ano que uma lei fundamental foi sancionada, representando o primeiro passo na busca do Direito Penal por meios de amparar a população em casos de crimes cibernéticos. Conhecida como a Lei nº 12.737/12 (BRASIL, 2012), essa legislação ficou amplamente reconhecida como a "Lei Carolina Dieckmann" e foi resultado de um projeto proposto pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP). O projeto buscava preencher uma lacuna legislativa em relação a crimes cometidos em ambientes cibernéticos.



A denominação "Carolina Dieckmann" foi atribuída a essa lei devido ao envolvimento da atriz Carolina Dieckmann em um caso de cibercrime que ocorreu naquela época. A atriz teve suas fotos íntimas invadidas e expostas na internet, o que gerou grande repercussão na mídia e nas redes sociais. Para se ter uma noção da dimensão do caso, em 4 de maio de 2012, foram divulgadas 36 imagens de natureza íntima da atriz. Essas fotos rapidamente se tornaram um tópico amplamente debatido na internet, e a hashtag relacionada ao incidente foi uma das mais comentadas no Twitter na época. De acordo com dados da ONG Safernet, em apenas cinco dias, as imagens tiveram mais de 8 milhões de acessos únicos (ROMANI, 2012).

Esse caso teve um impacto significativo e contribuiu para acelerar o processo de aprovação da lei. A Lei Carolina Dieckmann foi sancionada em dezembro de 2012 e entrou em vigor em 3 de abril de 2013. De forma geral, essa legislação introduziu as seções 154-A e 154-B ao Código Penal brasileiro, com ênfase em violação de segredo profissional, conforme descrito a seguir:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação (BRASIL, 1940).

Essa lei representou um passo fundamental na regulamentação e no combate aos cibercrimes no Brasil, evidenciando a importância de adaptar a legislação à era digital.

Dessa maneira, com a complementação do artigo 154-A:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (BRASIL, 2012).

Conforme destacado por Capez (2014), a referida lei proporcionou uma classificação adequada do que pode ser considerado um crime cibernético. Nela, qualquer pessoa pode ser um sujeito ativo em relação a crimes comuns, enquanto o sujeito passivo é caracterizado como qualquer indivíduo que seja possuidor de um dispositivo informático. Os dados que são objeto de proteção referem-se ao que é definido como um nível de crime de perigo, ou seja, a importância dos documentos expostos. Nesse contexto, é importante ressaltar que o tipo penal se alinha com a categorização de um crime de perigo. Assim, sua abordagem pode ser caracterizada como um crime formal, devido à possibilidade de acesso, modificação ou destruição de dados e informações críticas, com um impacto direto na privacidade, que é o principal perigo abstrato em relação ao bem jurídico protegido.

É fundamental compreender que o bem jurídico tutelado por essa legislação é a liberdade individual dos usuários de dispositivos informáticos, uma vez que essa é a primeira área afetada em qualquer tipo de crime cibernético. A liberdade é um dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos no artigo 5 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e, como tal, os crimes que a ameaçam se enquadram no âmbito penal.

Dentro desse contexto, foi estabelecido o tipo penal de "invasão de dispositivo informático", conforme estipulado no artigo 154-A, juntamente com sua modalidade de ação penal, prevista no artigo 154-B.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos." (BRASIL, 2012)

Por meio do artigo 154-B, os crimes previstos no artigo 154-A (BRASIL, 2012) são sujeitos a ação penal pública condicionada à representação da vítima, uma vez que a intimidade e a vida privada das pessoas são os bens disponíveis que foram violados. Assim, a vítima tem o direito de decidir se deseja ou não prosseguir com o processo judicial, configurando-se como uma ação pública incondicionada. A intervenção direta do Ministério Público nesse tipo de crime ocorre apenas nos casos em que o crime é direcionado contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou contra empresas concessionárias de serviços públicos (PAGANOTTI, 2013).

Esse cenário ilustra como o incidente envolvendo a atriz Carolina Dieckmann aumentou a vulnerabilidade da população na internet, gerando temores de que situações semelhantes pudessem ocorrer com qualquer pessoa. A repercussão significativa do caso

na mídia, que destacou a ausência de uma legislação penal adequada para tratar desse tema e alertou sobre os perigos da exposição na rede, contribuiu para a rapidez na aprovação das leis. Esse movimento não se limitou aos políticos, envolvendo também um clamor popular em prol de uma legislação que abordasse os crimes cibernéticos (GRANATO, 2015).

Isso ressalta a importância da ação coletiva para abordar problemas relacionados a crimes que ainda não contam com regulamentação adequada. Por vezes, a ação legislativa pode ser morosa, dependendo do processo de tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional, o que pode se estender por anos, como ocorreu com o Marco Civil da Internet, como será discutido a seguir.

### **3.2 MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14)**

O Marco Civil da Internet representou uma legislação que passou por discussões e trâmites desde 2007, envolvendo inúmeras consultas e debates públicos. Após ser encaminhado à Câmara dos Deputados, enfrentou um período de incerteza e inatividade. Entretanto, o projeto de lei ganhou destaque e foi objeto de intensos debates quando casos internacionais de vigilância em massa e não autorizada, conduzidos pela agência norte-americana de segurança nacional, vieram à tona. Foi nesse contexto que o projeto de lei voltou a chamar a atenção e passou por votações e aprovações nas duas casas legislativas, culminando na sua sanção (GARCIA, 2016).

De acordo com Souza e Lemos (2016), o Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 2014), marcou a primeira iniciativa do Poder Executivo brasileiro em estabelecer regulamentações específicas para as questões que ocorrem na rede. Embora tenha sido um processo gradual, é importante notar que, se não fossem os casos internacionais que levantaram preocupações sobre a segurança na internet, esse projeto poderia ter sido esquecido no Senado. O escândalo atuou como um catalisador, acelerando o andamento da legislação que anteriormente progredia lentamente. Isso mais uma vez evidencia como a divulgação pela mídia desempenhou um papel crucial na atualização das leis relacionadas à informática.

Tomasevicius Filho (2016), em sua análise do Marco Civil, destaca as críticas que alegavam que a legislação poderia resultar na restauração da censura no país, uma vez que estava sendo regulamentado um ambiente que, até então, era considerado totalmente "livre". No entanto, o artigo 2º, caput, do Marco Civil afirma que o uso da internet no Brasil se baseia no respeito à liberdade de expressão. Além disso, o artigo 19 declara que:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

Por meio deste artigo, os provedores de internet encontram amparo contra a responsabilidade por ações de terceiros que utilizam seus serviços, evitando, assim, denúncias ou cobranças que possam infringir a liberdade. Essa liberdade está em consonância com o princípio da Constituição Federal, que garante a "liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal" (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Preservar os direitos fundamentais e garantir o desenvolvimento tecnológico são considerações essenciais, uma vez que a legislação deve ser baseada no bem-estar da população, fazendo do Marco Civil uma ferramenta para aprimorar o desenvolvimento das condições econômicas e sociais dos indivíduos e coletividades, em vez de prejudicá-los.

Apelidada pela mídia como a "Constituição da Internet", esta lei buscou regulamentar todos os aspectos relacionados ao uso da rede no território nacional, com base em princípios como neutralidade, privacidade e liberdade de expressão. Para isso, foram elaborados 32 artigos que abordam os princípios do uso da internet, os direitos e garantias dos usuários, a provisão da conexão e de aplicações da internet, a atuação do Poder Público e as disposições finais. (PENSANDO.MJ, 2016)

Os usuários da rede têm a garantia de que sua privacidade não será violada, a qualidade da conexão será conforme o contratado e que seus dados só serão compartilhados com terceiros mediante consentimento ou em casos judiciais. A lei nº 12.965/2014 regula o monitoramento, filtragem, análise e fiscalização de conteúdo para garantir o direito à privacidade.

Um foco especial foi dado ao direito à privacidade, entendido aqui sob a perspectiva do direito civil como o direito de se isolar do contato com outras pessoas e impedir que terceiros tenham acesso a informações pessoais. Isso está previsto nos incisos I, II, III, VII e VIII do art. 7º (BRASIL, 2014), que estabelecem os direitos dos usuários de internet, incluindo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a preservação do sigilo das comunicações privadas pela rede e o não fornecimento de dados pessoais a terceiros sem

o prévio consentimento do usuário, além do dever de informar os usuários sobre a coleta de dados quando houver justificativa.

O artigo 10 também estabelece que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet devem ser feitas com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas envolvidas direta ou indiretamente. Isso permitiu que os provedores de internet e serviços só sejam obrigados a fornecer informações dos usuários mediante ordem judicial. No caso dos registros de conexão, os dados devem ser armazenados por pelo menos um ano, enquanto os registros de acesso a aplicações por seis meses.

Essa disposição é complementada pelo artigo 14, que proíbe os provedores de conexão à internet de guardar registros de acesso a aplicações da internet sem o consentimento prévio do usuário e de coletar dados pessoais desnecessários à finalidade. Isso se enquadra no princípio da neutralidade da rede, que veda às operadoras a venda de pacotes de internet com base no tipo de uso, garantindo que o tráfego de qualquer dado seja tratado com a mesma qualidade e velocidade, sem discriminação (MPSP, 2018).

O Marco Civil da Internet representou um marco na legislação de informática, demonstrando que o Direito pode se adaptar a questões emergentes e que uma constituição voltada para práticas penais nessa área pode ser criada com pesquisas e estabelecimento de metas claras para proteger os usuários.

### **3.3 ESTRATÉGIAS E MEDIDAS NO ENFRENTAMENTO DO CIBERCRIME**

Quando se trata de cibercrimes, a privacidade é um aspecto crucial. A literatura ressalta que a primeira lei voltada para proteger os usuários na era digital foi promulgada em 2012. Antes desse marco, outras leis foram criadas para aumentar a segurança em relação a diferentes tipos de crimes que se expandiram com o advento da internet.

Em 1996, a Lei nº 9.296/1996 (BRASIL, 1996) regulamentou a interceptação de comunicações telemáticas e informáticas, tornando crime a realização de interceptações não autorizadas ou a promoção de escuta ambiental sem autorização judicial ou objetivos não autorizados em lei.

A Lei nº 9.609/1998 (BRASIL, 1996) tratou da proteção da propriedade intelectual de programas de computadores, estabelecendo direitos aos desenvolvedores desses programas. A violação desses direitos poderia resultar em penalidades de seis meses a dois anos de prisão ou multa, conforme o artigo 12. Esta lei também tratou da venda ilegal de produtos pirateados.

Em 2008, a Lei nº 11.829/2008 (BRASIL, 2008) foi sancionada e atualizou o Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito ao combate à pornografia infantil na internet. Esta lei introduziu os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E, destacando a proibição de compartilhamento, disponibilização, transmissão ou distribuição de arquivos que contenham cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças ou adolescentes, entre outros.

Assim, essa legislação não apenas pune aqueles que praticam tais atos criminosos contra menores de idade, mas também aqueles que armazenam, comercializam ou divulgam materiais de pornografia infantil. Isso se tornou especialmente relevante com a proliferação da internet e o acesso de crianças e adolescentes a uma ampla gama de conteúdo online, o que também resultou na proteção contra assédio, aliciamento e constrangimento de crianças, conforme o artigo 241-D (BRASIL, 2008).

Outra legislação de importância relevante foi a Lei nº 13.185 (BRASIL, 2015), de 6 de novembro de 2015, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Esta lei também abordou o chamado cyberbullying, como um tipo de intimidação sistemática, o que abrange diversas formas, incluindo ameaças virtuais, conforme o parágrafo único do artigo 2. Portanto, essa legislação combate o bullying em ambientes digitais.

A lei mais recente, em relação à internet, entrou em vigor em agosto de 2020: a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018), comumente conhecida como LGPD. Seu propósito era reduzir os riscos associados ao uso impróprio e indevido do processamento de dados pessoais, além de promover um ambiente legalmente seguro para o desenvolvimento de novos negócios e tecnologias. A aplicação da LGPD afeta não apenas as empresas brasileiras, mas também todas as empresas estrangeiras que oferecem produtos e serviços no mercado brasileiro ou monitoram o comportamento de indivíduos no Brasil, independentemente de sua nacionalidade.

Essa legislação definiu o que é considerado um dado pessoal, um dado sensível e um dado anonimizado, que englobam informações pessoais de indivíduos (como CPF, RG, endereço IP, etc.), dados relacionados à saúde, vida sexual, orientação política, e dados que não permitem a identificação direta ou indireta de seus titulares, respectivamente. O objetivo dessa lei é regulamentar o tratamento de dados pessoais de pessoas que utilizam a internet, incluindo atividades como coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento e extração de dados pessoais (DANIEL IP, 2019).

Observa-se que, embora várias leis relacionadas à internet tenham sido desenvolvidas antes de 2012, o grande impulso para a criação da Lei Carolina Dieckmann

em relação aos crimes cibernéticos foi resultado da intensa cobertura midiática. As leis referentes à interceptação de dados, combate à pedofilia e direitos autorais já existiam, mas foram atualizadas para abranger crimes similares praticados na internet.

O crime sofrido pela atriz foi um evento que chamou a atenção por ser uma novidade. No Brasil, não havia ocorrido uma exposição tão significativa na mídia e online. Nesse caso, os documentos roubados eram fotos do celular da vítima, que foram invadidos. Isso ressalta a importância da adaptação do Direito Penal, não apenas por meio da criação de novas leis, mas também na adaptação das leis existentes, para combater as práticas delitivas relacionadas ao uso da informática. Esse episódio também destaca a importância de desenvolver estratégias para combater crimes virtuais.

#### **4 BARREIRAS DE ENFRENTAMENTO AO CIBERCRIME**

No desenvolver desse capítulo, foi abordado os principais desafios relacionados ao combate aos cibercrimes, enfocando o motivo pelo qual o cibercrime é tão eficaz, além de discutir práticas que podem ser implementadas para aprimorar a segurança dos usuários. Ficou evidente que a atualização das leis no campo penal enfrenta obstáculos devido à morosidade do processo legislativo no Senado, ao mesmo tempo em que os criminosos cibernéticos se atualizam rapidamente para dificultar sua identificação.

Uma das principais barreiras para a persecução penal dos infratores da internet, não é a falta de tipificação dos crimes, mas sim a escassez de tecnologia e de especialistas qualificados no combate a essas práticas. Desde a introdução da rede mundial de computadores no Brasil em 1988, não houve um preparo adequado nem investimento suficiente para lidar com os crimes que já ocorriam nos países onde a internet surgiu, tornando mais acessível a prática de delitos online (CRUZ; RODRIGUES, 2018).

Outro desafio é a necessidade de que qualquer sanção penal só seja aplicada quando houver certeza da prática do crime, comprovando a autoria e a materialidade ou apresentando fortes indícios do envolvimento do acusado. Caso não seja possível estabelecer tais elementos, o juiz pode absolver o réu, conforme estipulado no artigo 386 do Código de Processo Penal (CPP) (CRUZ; RODRIGUES, 2018).

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - Estar provada a inexistência do fato; II - Não haver prova da existência do fato; III - Não constituir o fato infração penal; IV - Estar provado que o réu não concorreu para a infração (...) V - Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (BRASIL, 1941)

Além das questões já mencionadas, existem outros obstáculos, incluindo a relutância de empresas de tecnologia em cooperar com as autoridades policiais e judiciárias. Um exemplo notório é o WhatsApp, que se recusou a fornecer informações sobre usuários sob investigação, o que levou a decisões judiciais que bloquearam temporariamente a plataforma. A carência de especialistas para acelerar as investigações, empresas que não colaboram com o sistema judiciário, leis que atrasam o processo investigativo e o aumento de crimes cometidos por estrangeiros no Brasil, aliado à facilidade de adquirir hospedagens de IP fora do país, resultam em disputas sobre a jurisdição competente para julgar crimes cibernéticos (CRUZ; RODRIGUES, 2018).

#### **4.1 DIREITO PENAL NA ATUALIDADE**

O Marco Civil da Internet introduziu uma ampla regulamentação sobre a gestão de dados na internet. No entanto, no âmbito do combate a crimes cibernéticos, ainda persiste uma lacuna legislativa que carece de uma abordagem mais específica e abrangente, o que é fundamental para garantir a proteção dos usuários que sofrem com condutas prejudiciais que não podem ser punidas devido ao princípio da reserva legal (BORTOT, 2017).

Um exemplo comum e significativo de crime cibernético é o Ataque Distribuído de Negação de Serviço (DDoS). Nesse tipo de ataque, um agente malicioso coordena e distribui o uso de dispositivos conectados à rede para tornar um serviço, computador ou rede inoperante. A intenção desse ataque não é invadir ou coletar informações, mas sim exaurir recursos e causar a indisponibilidade do alvo (CERT.BR, 2016).

Os principais afetados por esse tipo de ataque são os usuários desses serviços, que ficam impossibilitados de acessar ou realizar suas operações desejadas. Além disso, o DDoS é especialmente desafiador de identificar, uma vez que os acessos legítimos se misturam com os maliciosos na sobrecarga (CERT.BR, 2016).

Nesse contexto, é possível perceber a complexidade do processo de atualização da legislação penal, uma vez que ataques dessa natureza envolvem uma multiplicidade de dispositivos que podem estar comprometidos. Identificar o dispositivo responsável por iniciar o ataque é uma tarefa desafiadora.

A Lei Dieckmann, que prevê penalidades para aqueles que interrompem serviços telemáticos ou de utilidade pública, tem suas limitações devido à falta de elementos normativos bem definidos, como "serviço telemático e informação de utilidade pública." Essa definição pode não se aplicar de maneira eficaz a ataques a sites, devido à falta de correspondência com as condutas em questão (BORTOT, 2017).



Além disso, é relevante destacar que, para que ocorra o crime de invasão de dispositivo informático, é necessário que um mecanismo de segurança seja rompido (como antivírus, firewall, senhas, etc.). Portanto, se um dispositivo for invadido sem a violação de uma barreira de segurança, a conduta é considerada atípica. Nas leis que regulamentam a propriedade intelectual de programas de computador, não são abordados os aspectos penais relacionados à comercialização de cracking codes (decodificadores de acesso) e engenharia reversa de software, embora essas atividades possam causar inúmeros danos aos usuários (SÃO PAULO, 2017).

No caso de ataques de Ransomware, a dificuldade de identificação do infrator é agravada pelo anonimato. Esse tipo de ataque envolve o sequestro de dados e estelionato com ameaças relacionadas aos dados sequestrados. Para combater essa ameaça, é fundamental um esforço conjunto para identificar métodos de resolução, uma vez que o pagamento do resgate não garante que futuros ataques sejam evitados. Em casos assim, as autoridades policiais precisam ser acionadas (BORTOT, 2017).

Portanto, é essencial manter um estudo contínuo sobre como as leis podem ser atualizadas para proteger os usuários de crimes cibernéticos, levando em consideração as abordagens adotadas em outros países para combater essas ameaças. Esta análise evidencia diversos aspectos que requerem atualização por parte do Direito Penal, mas que ainda não têm previsão de mudanças (BORTOT, 2017).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como observado, a principal motivação para atualizações no âmbito do Direito Penal, em relação à legislação que aborda a segurança em crimes cibernéticos, muitas vezes advém de casos amplamente divulgados na mídia, tanto em nível nacional quanto internacional. Duas das principais mudanças legais decorrentes dessas situações são a Lei Carolina Dieckmann e o Marco Civil da Internet.

No entanto, o Marco Civil da Internet, apesar de abordar questões relevantes para a regulamentação da internet, carece de uma abordagem penal mais abrangente e bem elaborada. O atual cenário legal consiste em uma coleção de leis dispersas e sem uma legislação abrangente específica, algo que muitos consideram fundamental para lidar com os aspectos penais dos crimes cibernéticos. Isso fica evidente ao considerar as principais características do método de ataque mais comum no Brasil, o phishing, que visa obter informações confidenciais das vítimas.

Torna-se imperativo que as pessoas leiam, compreendam, apliquem e testem métodos de prevenção contra esses ataques em seu cotidiano. A conscientização é

fundamental, e a inocência ao abrir sites ou aplicativos, seja em computadores ou celulares, deve ser superada. A razão para isso é que os golpes podem ocorrer em qualquer hora, local e dispositivo, seja por meio de falhas no hardware, software ou manipulação humana. Portanto, estar ciente de que qualquer pessoa pode ser alvo é essencial para aprender a se proteger, tornando a internet no Brasil um ambiente mais seguro para todos.

No entanto, apesar dos esforços de conscientização e prevenção, as leis ainda carecem de atualização adequada. Nesse sentido, é necessário um trabalho mais minucioso por parte do Direito Penal para estabelecer um amparo eficaz aos usuários. Isso envolve não apenas a promoção de medidas preventivas, mas também a criação de instrumentos legais que efetivamente garantam a segurança da informação. Por exemplo, seria pertinente considerar uma evolução do Marco Civil da Internet, focada especificamente na segurança cibernética e na tipificação de todos os crimes informáticos. Essa abordagem proporcionaria uma organização mais precisa e direcionada ao que já foi regulamentado, facilitando o entendimento sobre quais novas leis precisam ser analisadas e promulgadas no âmbito da cibercriminalidade.

Além disso, é crucial reconhecer a dinâmica constante do cenário digital, que exige uma resposta ágil e flexível do sistema jurídico. A rápida evolução das tecnologias e a sofisticação dos métodos empregados pelos criminosos cibernéticos demandam uma legislação que esteja em constante atualização para manter-se eficaz. Portanto, a rigidez das leis existentes pode se tornar uma barreira à adequada persecução dos crimes cibernéticos, exigindo uma abordagem mais dinâmica e proativa por parte do Direito Penal.

Outro ponto relevante a ser considerado é a cooperação internacional no combate aos crimes cibernéticos. Dada a natureza transnacional desses delitos, muitas vezes os criminosos operam além das fronteiras nacionais, tornando essencial a colaboração entre os países. Nesse contexto, é imperativo que o ordenamento jurídico brasileiro esteja alinhado com padrões internacionais, promovendo tratados e acordos que facilitem a extradição e a punição de infratores cibernéticos em uma escala global. A ausência de uma abordagem coordenada e harmonizada pode comprometer os esforços de combate aos crimes cibernéticos, sublinhando a necessidade urgente de uma atuação mais robusta do Direito Penal nesse contexto.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE JÚNIOR, J. C. **Cibercrime: um estudo acerca do conceito de crimes informáticos**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, jun. 2019.

BARRETO, A. G.; KUFA, K.; SILVA, M. M. **Ciber Crimes e seus reflexos no direito brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional.** VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 338-362, 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Diário Oficial [da] União, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial [da] União, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1** – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais.** Rio de Janeiro; Brasport, 2014.

CORTELA, J. J. C. **Engenharia Social no Facebook.** 2013. 44f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciência da Computação) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/cce/dc/wp-content/uploads/ProjetoTCC-JoaoCortela.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

CRUZ, D.; RODRIGUES, J. **Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade.** Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, v. 13, jan. 2018.

DANIEL IP. **Conhecendo a Lei Geral De Proteção De Dados Do Brasil LGPD.** 2019. Disponível em: [https://www.daniel-ip.com/wcontent/uploads/2019/02/Daniel\\_Cartilha\\_LGPD\\_atual\\_fev2019.pdf](https://www.daniel-ip.com/wcontent/uploads/2019/02/Daniel_Cartilha_LGPD_atual_fev2019.pdf). Acesso em: 10 out. 2023.

GRANATO, F. R. de P. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira: os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann)**. 2015. 56f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

J. Crimes Cibernéticos: phishing – privacidade ameaçada. In: **Seminário De Iniciação Científica**, 23., 2015. Anais... Santa Rosa: FEMA.

PAGANOTTI, Ivan. **Pressão virtual e regulamentação digital brasileira**: análise comparativa entre o Marco Civil da Internet e a Lei Azeredo. Eptic Online, v. 16, n. 2. 2014.

ROMANI, Bruno. **Fotos de Dieckmann nua tiveram 8 milhões de acessos**; saiba como proteger as suas. Folha de S. Paulo, São Paulo, 14 maio 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2012/05/1089392-fotos-de-dieckmann-nua-tiveram-8-milhoes-de-acessos-saiba-como-protoger-as-suas.shtml>. Acesso em: 10 out. 2023.

SANTOS, A. F. C. **O cibercrime: desafios e respostas do direito**. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa. 2015.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Visão geral sobre a lei nº 12.737/2012 (“Lei Carolina Dieckmann”)**. São Paulo: MPSP.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Ação internacional no combate ao cibercrime e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. 107f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília. 2012.

TOMASEVICIUS FILHO, E. **Marco Civil da Internet**: uma lei sem conteúdo normativo. Estudos Avançados, v. 30, n. 86. 2016.

VERDELHO, P.; BRAVO, R.; ROCHA, M. L. (Orgs.). **Leis do Cibercrime**. Lisboa: Centro Atlantico, 2003.

VERDELHO, P. **Cibercrime, in Direito da Sociedade da Informação**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

## **DIREITO DE PRIVACIDADE E O REFLEXO DA MEGAEXPOSIÇÃO CONSENTIDA PELO USUÁRIO NAS REDES SOCIAIS**

**HENRIQUE DA MATA DE SOUSA:**

Acadêmico do Curso de Direito, Centro Universitário UNA Linha Verde<sup>197</sup>

**POLLYANNA ARAÚJO ROCHA** <sup>198</sup>

(coautora)

**NATÁLIA MARRA** <sup>199</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar os reflexos advindos da megaexposição consentida pelo usuário nas redes sociais, em contraponto ao direito de privacidade trazida pela Constituição, Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. O intuito principal é o de compartilhar com o leitor indagações sobre o controle do Estado na regulamentação da legislação a fim de inibir certas condutas vistas como incorretas para o meio digital, o zelo no que tange as informações transmitidas que devem partir do próprio portador das informações e os principais crimes virtuais, praticados por oportunistas e estudiosos de lacunas presentes na legislação e nos principais aplicativos ou plataformas digitais de interação social.

**Palavras-Chave:** Legislação Brasileira; Megaexposição; Uso de dados; Exposição Consentida; Redes Sociais.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the consequences arising from the mega-exposure consented by the user on social networks, in contrast to the right to privacy brought by the Constitution, the General Data Protection Law and the Civil Rights Framework for the Internet. The main purpose is to share with the reader questions about State control in regulating legislation in order to inhibit certain conducts seen as incorrect for the digital medium, the zeal regarding the information transmitted which must come from the information bearer himself and the main virtual crimes, committed by

---

197E-mail: henriquedm41@gmail.com

198 Acadêmico do Curso de Direito, Centro Universitário UNA Cristiano Machado.

199 Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA.

opportunists and researchers of gaps present in legislation and in the main applications or digital platforms for social interaction.

**Key-word:** Brazilian legislation; Mega exhibition; Data use; consented exposure; Social Media.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esta pesquisa versa sobre a estrutura e funcionalidade das Redes Sociais e os impactos, sob perspectiva jurídica, da megaexposição consentida pelos usuários. Convida o leitor a mergulhar em uma breve reflexão sobre as importantes disposições legislativas, frente a mudança social no sentido de adequação à evolução da humanidade e a necessidade de se definir regras para que seja regulamentado o uso, permita maior segurança aos usuários e que seja, principalmente, eficiente quanto aos direitos violados.

Além de analisar o anacronismo na regulamentação, existe, ainda, a importância de requerer aos usuários atenção à exposição consentida e ao seu principal direito violado, a privacidade. Ao expor demasiadamente a vida pessoal, inconscientemente é autorizado que sua intimidade seja invadida ou até mesmo sejam alvo de crimes virtuais, como o roubo de identidade. Além disso, a busca incessante por likes e aprovação pode levar a uma dependência emocional, afetando negativamente a autoestima e gerando problemas psicológicos com a ansiedade.

Sua linguagem é simples e direta, e foi dividida em 6 seções, da seguinte forma: **a primeira seção** é apresentado a introdução ao tema, na **segunda** o tema redes sociais é exposto e apresentado o breve contexto histórico, funcionalidade na atualidade, algoritmos e a mutação social, Big Data e o poder de influência algorítmica direcionado ao marketing e oferecimento de produtos e serviços, **a terceira** trás reflexões acerca da cultura da megaexposição consentida, a privacidade como moeda de troca, o dever de responsabilidade dos tutores na exposição infantil e de adolescentes, **a quarta** discorre sobre o conflito entre a legislação brasileira e as regras trazidas pelas plataformas aos usuários, posicionamento dos Tribunais a respeito do uso indevido de imagem por terceiros, mecanismos desenvolvidos pelas plataformas como meio de mitigar riscos, **a quinta** versa sobre o controle do Estado no que pese o direito de privacidade e a constituição, encaminha para o final do presente artigo expondo os avanços do Marco Civil da Internet e LGPD. Por fim, apresenta os autores as considerações finais a respeito deste importante tema.

## 2. AS REDES SOCIAIS

As redes são estruturas que envolvem conexões entre diferentes elementos ou indivíduos, permitindo a troca de informações, recursos e interações. Têm se tornado cada vez mais presentes na vida cotidiana, proporcionando uma forma rápida e eficiente de se comunicar, compartilhar ideias, interesses e experiências. Em segundos, uma notícia pode circular o mundo e desencadear uma série de reações adversas a se considerar a distinção de tradições e etnias.

O conceito inicial das redes sociais, trazido em 1997 era o de permitir que pessoas distantes, detentora dos mesmos interesses ou opiniões, criassem conexões e desenvolvessem habilidades como o da comunicação. “Pode dizer-se que o primeiro site de rede social conhecido como tal, foi o SixDegrees, lançado em 1997”.<sup>200</sup> Porém, somente o ato de conectar-se a pessoas desconhecidas, para a época, onde o direito à privacidade ainda não era amplamente discutida, foi o principal motivo para que a rede fosse abandonada por usuários em busca de novas experiências.

Após 26 anos, tal conceito e intuito de conexão entre pessoas não difere do modelo apresentado pelas grandes plataformas. O processo de digitalização, trazida pela transformação digital desencadeou uma série de necessidades de evolução social e diversos questionamentos a respeito das regras de utilização e dos problemas advindos da megaexposição consentida, seja de dados, imagem ou da própria rotina, roteirizada em pequenos “VLOGS” ou “VIDEOCASTS”<sup>201</sup> para manterem-se ativos e vistos na grande cidade virtual online.

Ainda no que tange ao processo de digitalização e transformação digital, Wolfgang Hoffmann-Riem (2022) analisa:

O termo “digitalização” refere-se inicialmente apenas às tecnologias da informação específicas que processam dados digitais e às infraestruturas (software e hardware) criadas para as tecnologias digitais. No entanto, o termo também representa a mudança fundamental nas condições de vida desencadeada pela sua utilização em todo o mundo. Permite a utilização de sistemas ciberfísicos para

---

<sup>200</sup> CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; Moreira, Maria Faia Rafael. Três grandes marcos da primeira década de história dos sites de redes sociais de larga escala: Friendster, MySpace, Facebook e a sua atomização em sites de redes sociais de nicho, Revista Alceu, P. 104, V.15 – n.30, jan./jun. 2015.

<sup>201</sup> VLOG, termo em inglês e junção das palavras vídeo + blog é utilizado por usuários que possuem o intuito de publicar e resumir os principais acontecimentos de sua rotina. Geralmente a periodicidade é de uma ou duas vezes por semana e não se é delimitado um tema. Já os Videocasts, apesar de abordar praticamente os mesmos temas, utilizam-se de elementos audiovisuais e são publicados esporadicamente.

novos processos de produção em rede e automatizados (por exemplo, na indústria 4.0), alterações na forma como as pessoas vivem as suas vidas (por exemplo, na “casa inteligente”), a criação e utilização de redes sociais (como o Google ou o Facebook) e outros novos serviços de comunicação (por exemplo, mensagens instantâneas), bem como novos sistemas de vigilância por empresas privadas e agências governamentais. 202

Portanto, o autor identifica que o termo digitalização nasce de uma mutação, inicialmente, tecnológica no qual há atualizações em componentes e aplicativos de sistemas de informação, e, a partir desta, pode-se observar os impactos e mudanças por meio da simplificação e automatização de processos repetitivos, desempenhados pela figura humana como no caso da indústria 4.0.<sup>203</sup> Por comportamento espelhado, a evolução provocada nas industriais chegam às pessoas e suas casas para facilitar tarefas, como a de acender as luzes todos os dias as 18h ou lembrar uma data importante.

A partir da breve análise de mutação tecnológica e social exposta acima, o entendimento sobre os motivos pelos quais a primeira rede social SixDegrees não perdurou, fluem harmônica e naturalmente. O mesmo desafio é encontrado pelas gigantes plataformas atuais como o Google, Facebook, WhatsApp e extensa lista de aplicações de interação e busca. É necessário que estejam em constante atualização, com vistas a prender seu público-alvo, independentemente de suas predileções. Para tanto, surgem os algoritmos, capazes de identificar tendências, modas, músicas em alta e desvios de usuários para plataformas concorrentes.

## **2.1 Algoritmos e Big Data como influência à Megaexposição**

Os algoritmos foram, inicialmente, desenvolvidos a partir de uma sequência finita de linhas de códigos e apresava a finalidade de observar um determinado problema por diversos ângulos e apresentar um feedback sobre qual a melhor forma de ação, a partir da solução e previsíveis variáveis. Atualmente, como mecanismo de influência em determinadas ações de indivíduos ou coletivos, externam a reprogramação do algoritmo para guiar as decisões e não mais para a análise de um problema.

---

202 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.26.

203 A indústria 4.0, termo utilizado para destacar o impacto tecnológico no novo modelo industrial. Há o emprego de inovação para que se ganhe competitividade com eficiência e customização. O intuito principal é o de aumentar a produtividade e reduzir perdas para que se espere um retorno monetário cada vez maior e em escala mundial.



Abrilhanta Wolfgang Hoffmann-Riem (2022) sob o despertar de conteúdo trazido por diversos autores, sob a síntese do poder que os algoritmos possuem para mudar a percepção de cosmovisão, além de afetar comportamentos e influenciar em decisões, expõe o entendimento de ser a importante fonte de ordem social. Pois, segundo autor “São usados para monitorar nosso comportamento e interesses e para prever nossas necessidades e ações futuras.” **204** Para tanto, é necessário que os algoritmos, após o monitoramento de perfil, retornem dados para que sejam reunidos e redirecionados para um grande banco de dados, local responsável por delimitar os interesses e prever essas necessidades futuras.

A produção em massa de novos dados a cada segundo – Big Data - e a possibilidade de utilizá-los para diversos meios, criou-se a precisão de desenvolver um grande sistema que os conectassem em diversas combinações para a produção de novos dados em complementos. A ideia primária era a de tornar essa junção ainda mais assertiva no que tange ao retorno de informações precisas, mas verificado os níveis de informações reunidas e o poder advindo da posse, originou-se a corrida pela mais poderosa arma de todos os tempos, a informação.

Por outro lado, somente a posse quantitativa de informações sob o poder de influência não seria necessário para que as pessoas captassem a mensagem do mercado de consumo, papel desempenhado pelas redes sociais, digitais influencer ou formadores de opiniões e seus milhares de seguidores que desempenham um papel fundamental na alimentação do Big Data das maiores e principais redes de comunicação e interação social.

### **3.A CULTURA DA MEGAEXPOSIÇÃO CONSENTIDA**

Os influenciadores digitais ou Digital Influencers, como buscam serem reconhecidos profissionalmente, desempenham importante papel na comunidade virtual. Principalmente entre os adolescentes em contato constante com o mar infindável de informações, no que tange a sua relativa e incompleta cosmovisão. Neste momento, em que há necessidade de apresentar opiniões e indagar acontecimentos é importante que o influenciador, originalmente parta de análises críticas de determinados assuntos, fundamentados por argumentos válidos e balizado em contexto histórico.

Para atuar no poder de influência, é necessário que se crie laço e conexão com o público-alvo a fim de deixá-lo receptivo a todo o conteúdo que deseja inserir naquele meio. Desta forma, origina-se a megaexposição consentida de suas vidas e rotinas, com

---

204 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.37.

vistas a atrair mais seguidores e angariar novos patrocínios. Se crescente a somatória de seguidores, visualizações e acompanhamento de conteúdo, o indivíduo que expõe sua privacidade é recompensada monetariamente. A exemplo, noticiado por Anahi Matinho “Ao final de um dia, somam-se em média 80 stories, e cada um é visto por cerca de 5 milhões de pessoas.”<sup>205</sup> Expõe ao observar o perfil da influenciadora eleita a maior nacionalmente, Virginia Fonseca que cria conteúdos sobre sua rotina e de sua família.

Ao permitir, demasiadamente, o livre acesso a informações privadas, o indivíduo incorre o risco de ter a violação da intimidade e ser alvo de crimes virtuais, como o roubo de identidade e perseguição. A busca incessante por like e aprovação pode levar a uma dependência severa, ao ponto de desencadear a “baixa autoestima, a insatisfação pessoal, a depressão ou hiperatividade e, inclusive, a falta de afeto”.<sup>206</sup> Além da propagação de informações falsas e intensificação da cultura de comparativa, em que influentes exibicionistas de vidas perfeitas e momentos felizes, geram pressão social para que todos se encaixem nesse padrão. Caso não alcance o esperado, poderá sofrer aquilo que no mundo virtual é chamado de “cancelamento” por inadequação e não correspondência a expectativas irreais.

A maior penalidade que um indivíduo pode sofrer no mundo virtual é o cancelamento. Não comparando, claro, com as penalidades no que tange as responsabilidades civil e penal para aqueles que praticam os chamados crimes virtuais. Para o Dr. Gabriel Oliveira Brito (2022), “Tal prática pode ser perigosa para a pessoa que a realiza, pois ela pode ser responsabilizada a indenizar aquele que foi exposto em razão de afronta aos direitos da personalidade, bem como pode responder criminalmente pela prática de crime contra a honra”.<sup>207</sup> Em resumo, o cancelamento consiste na perda de seus seguidores ou parte deles, advindo de uma falta grave cometida ao expor ilimitadamente a vida pessoal. O gatilho pode ser diverso, mas o peso da penalidade acompanha a repercussão e reprovabilidade ante outros influenciadores.

### 3.1 A privacidade como moeda de troca em aplicações gratuitas

---

205 MARTINHO, Anahi, Eleita a maior influenciadora, Virginia exhibe rotina da família. São Paulo, Folha, 2023. Ed Digital.

206 LIBERDROLA, Dependência das redes sociais: principais causas e sintomas. Disponível em: <https://www.iberdrola.com/compromisso-social/como-redes-sociais-afetam-jovens#:~:text=Entre%20as%20causas%20mais%20reconhecidas,preencher%20com%20os%20famosos%20likes>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

207 BRITO, Gabriel Oliveira. A cultura do “exposed” nas redes sociais e as possíveis consequências dessa prática. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/370414/a-cultura-do-exposed-nas-redes-sociais>. Acesso em 01 de nov. 2023.

Ao utilizar diversas plataformas e aplicativos gratuitos, muitos usuários não percebem que estão compartilhando uma parte valiosa de seus dados pessoais. Essas informações são coletadas e utilizadas pelas empresas para fins diversos, como publicidade direcionada e análise de comportamento do usuário. É o petróleo bruto, conforme discorre o culto Wolfgang Hoffmann-Riem (2022), em que faz uma comparação entre os dados e o petróleo bruto, devido ao seu grande potencial econômico e tecnológico. Mas com a principal diferença: os dados são inesgotáveis, ao contrário do petróleo. 208

Por um lado, a oferta de serviços gratuitos é atrativa e conveniente para os usuários, permitindo o acesso a uma variedade de recursos e funcionalidades sem custo aparente. No entanto, é importante refletir sobre o verdadeiro preço dessa gratuidade. Ao concordar com os termos e condições das aplicações, muitas vezes é consentimento com a coleta e o compartilhamento dos nossos dados, sem ter plena consciência do alcance e das consequências disso.

A privacidade é um direito fundamental <sup>209</sup> que deve ser preservado em qualquer contexto. A troca de dados por serviços gratuitos pode resultar em violações de privacidade, exposição indevida de informações sensíveis e até mesmo manipulação comportamental. As empresas que coletam esses dados têm o poder de criar perfis detalhados dos usuários, o que pode ser usado para influenciar suas escolhas, opiniões e até mesmo suas decisões políticas.

Além disso, a falta de transparência por parte das empresas em relação ao uso dos dados pessoais gera desconfiança e insegurança entre os usuários. Muitas vezes, não é sabido exatamente quais informações estão sendo coletadas, como são armazenadas e com quem são compartilhadas. Práticas que violam a LGPD, pois são contrárias aos ditos dos artigos 7º, §4º e 9º caput. Portanto, ao violar, cria-se um desequilíbrio de poder entre as empresas e os usuários, onde a privacidade se torna uma mercadoria que pode ser explorada em benefício das corporações.

Diante desse cenário, é fundamental que os usuários estejam cientes dos seus direitos e façam escolhas conscientes em relação ao compartilhamento de dados pessoais. É importante ler e compreender os termos de uso e políticas de privacidade das aplicações, assim como buscar alternativas que priorizem a proteção da privacidade. Além disso, é

---

208 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.47.

209 BRASIL. Artigo 5º, X, Constituição (1988).

necessário que as legislações sejam atualizadas e fortalecidas para garantir a proteção dos dados e responsabilizar as empresas que não reverenciam a privacidade dos usuários.

Em suma, a privacidade não deve ser tratada como uma moeda de troca em aplicações gratuitas. É essencial que os usuários tenham controle sobre seus dados pessoais e que as empresas sejam transparentes em relação ao uso dessas informações. A proteção da privacidade é fundamental para preservar a autonomia, a liberdade e a dignidade dos indivíduos na era digital.

### **3.2 A responsabilidade dos tutores na megaexposição infantil e dos adolescentes**

Os tutores, sejam eles pais, responsáveis legais, possuem o papel fundamental de garantir a segurança, bem-estar e desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes em ambientes com riscos. A megaexposição oferece uma série de estímulos, interações e experiências para as crianças e adolescentes. Para tanto, é necessário que a figura de referência esteja sempre presente e atenta para orientar, supervisionar e proteger os menores durante essa vivência. A responsabilidade envolve desde a escolha adequada do evento, até a monitoramento das atividades realizadas.

É importante ressaltar que esta responsabilidade vai além da segurança física. Eles também devem estar atentos ao conteúdo exposto, avaliando se é adequado para a faixa etária e se está de acordo com os valores familiares. Além disso, é fundamental estimular o diálogo, promovendo reflexões sobre as experiências vivenciadas e impactos da frequente exposição e considerar se proporciona aprendizado, estimula a criatividade, promove o contato com diferentes formas de arte e cultura, e contribui para o desenvolvimento socioemocional dos menores.

O acesso precoce à Internet é uma realidade cada vez mais presente. Embora a tecnologia traga inúmeros benefícios, é admirável considerar os impactos negativos que podem surgir quando o acesso não é supervisionado ou controlado. Neste contexto, é fundamental refletir sobre os efeitos na saúde física e mental, na formação educacional e no desenvolvimento social dos jovens. O uso excessivo de dispositivos eletrônicos pode levar ao sedentarismo, problemas de visão, distúrbios do sono e até mesmo ao isolamento social. Além disso, a exposição a conteúdos inadequados ou violentos pode retardar o desenvolvimento emocional dos jovens, aumentando os riscos de ansiedade, depressão e outros transtornos mentais.

Em segundo lugar, o acesso precoce à Internet pode interferir na formação educacional. A facilidade de acesso a informações nem sempre garante o desenvolvimento de habilidades críticas de análise e interpretação. Além disso, a falta de supervisão pode levar ao consumo indiscriminado de conteúdos duvidosos ou falsos, prejudicando o

processo de aprendizagem e comprometendo a capacidade de discernimento. Como bem expressam, Cristiano Nabuco de Abreu et al. (2013):

A nossa tarefa como cuidadores, pais e cidadãos do século XXI é compreender as mídias, reconhecer e usar seu imenso potencial para o bem, proteger a nós mesmos e aos outros contra danos e discernir quando elas são a melhor ferramenta para a atividade em questão, desligando-as quando não for esse o caso.<sup>210</sup>

Diante desses desafios, é fundamental que os pais, educadores e a sociedade como um todo estejam atentos ao acesso prematuro à Internet, conforme e Cristiano Nabuco de Abreu et al. (2013):

Essa expansão do uso das mídias se dá em parte porque os jovens se adaptam precocemente e são inovadores quanto à tecnologia, com frequência deixando seus pais e professores para trás. [...] oferecem um ambiente fértil para o afastamento dos pais e de outras tarefas desenvolvimentais importantes da adolescência.<sup>211</sup>

É importante estabelecer limites claros e orientar sobre o uso responsável da tecnologia. Enquanto alguns argumentam que estabelecer uma idade mínima é necessário para proteger as crianças, outros defendem que a educação e orientação são mais eficazes para lidar com os desafios online.

A internet é uma ferramenta poderosa que oferece inúmeras oportunidades de aprendizado, comunicação e desenvolvimento. No entanto, também apresenta riscos, como conteúdo inadequado, exposição a predadores virtuais e cyberbullying. Por outro lado, é importante considerar que a internet faz parte da realidade atual e é cada vez mais integrada à vida cotidiana. Priva-los totalmente desse recurso pode bloquear o acesso à informação, oportunidades educacionais e conexões sociais importantes. Além disso, impor uma idade limite pode ser difícil de ser aplicado na prática, já que muitas vezes as crianças têm acesso à internet por meio de dispositivos de familiares ou colegas.

Como forma de mitigar os riscos, as escolas e os pais devem orientar sobre os riscos online, como identificar informações confiáveis, proteger sua privacidade e lidar com

---

<sup>210</sup> ABREU, Cristiano Nabuco de Abreu et al. (2013). Vivendo Esse Mundo Digital. Porto Alegre: Artmed, 2013, P.30.

<sup>211</sup> ABREU, Cristiano Nabuco de Abreu et al. (2013). Vivendo Esse Mundo Digital. Porto Alegre: Artmed, 2013, P.34.

situações desafiadoras. A orientação constante dos tutores é essencial para ajudar os jovens a desenvolver habilidades de navegação segura e consciente na internet. Além disso, é importante que os provedores de serviços online também assumam sua responsabilidade na proteção dos usuários mais jovens. Implementar políticas de privacidade robustas, filtros de conteúdo e mecanismos de denúncia eficazes, são medidas importantes para garantir a segurança. Estabelecer uma idade limite para ter acesso à internet pode parecer uma solução simplista, mas não aborda adequadamente os desafios e benefícios que a internet oferece.

Deixar os filhos na Internet como forma de suprir a ausência dos pais é uma prática que levanta preocupações e desafios significativos. Reconhecer que o tempo de qualidade com os pais é fundamental para o desenvolvimento saudável. A presença física e emocional do responsável é essencial para fortalecer os laços familiares, proporcionar segurança e apoio emocional. Quando optam por substituir essa interação pessoal pela exposição excessiva à Internet, os tutelados podem sentir-se negligenciadas, solitárias e desvalorizadas.

Por fim, é importante ressaltar que a Internet não pode substituir o amor, a atenção e o cuidado dos pais. encontrar um equilíbrio saudável entre o uso da tecnologia e a interação pessoal com os filhos. Os pais devem buscar alternativas criativas para passar tempo de qualidade com seus filhos, como brincadeiras, atividades ao ar livre, leitura conjunta e conversas significativas. A tecnologia pode ser uma ferramenta útil, mas não deve substituir a presença e o envolvimento ativo dos pais na vida de seus filhos.

#### **4.0 CONFLITO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS REGRAS TRAZIDAS PELAS PLATAFORMAS AOS USUÁRIOS**

O célere desenvolvimento da internet e o crescimento exponencial das redes sociais, indagam sobre a necessidade de laborar e definir regras adequadas no gerenciamento e direcionamento de conflitos provenientes da violação de direitos, objetivos ou subjetivos, no qual carece de serem tratados como primazia para o desenvolvimento de um ambiente seguro e civilizado. É de extrema importância que se resguarde a conquista dos direitos fundamentais previstos taxativamente na Constituição e legislações posteriores, responsáveis por ganhos importantíssimos na manutenção do convívio harmônico em sociedade.

Como bem explicitado pela Dra. Patrícia Peck Pinheiro, especialista em Direito Digital a internet pode ser identificada por sua característica principal, comparativa a uma janela aberta para o mundo em que a seleção do público-alvo não é o suficientemente delimitador, mas que a solução estaria na criação de uma logística jurídica, levando em consideração a diversidade cultural dos consumidores/clientes virtuais. Deve considerar,

também, a necessidade de que os profissionais do Direito estejam preparados para criar essa logística. 212 Nota-se que a análise principal da problemática, nasce da falta ou insuficiência de regulamentações na ponta do iceberg e da multiplicidade de culturas, normas e legislações.

A legislação brasileira caminha lentamente no que diz respeito à evolução legislativa para a gestão de conflitos virtuais. O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 cuja principal proposta é de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres norteadoras para o uso da internet sofre por atrapalhadas atualizações. A Medida Provisória nº 1.068 de 06 de setembro de 2021 modificativa do texto original do Marco Civil da Internet e a Lei de Direitos Autorais e detinha, como proposta, a finalidade de impedir a remoção discricionária de conteúdos publicados, por parte das administradoras das redes sociais, não vingou a 2/3 do período de vigência. O Desígnio era de criar barreiras para impedir aquilo que observara nas eleições dos EUA em 2020, quando a plataforma Twitter decidiu bloquear publicações do candidato Donald Trump sob justificativa de violação as diretrizes internas.

Ao passo que a lentidão na evolução do Marco Civil estimula ser esmiuçado na seção 5. Para a presente seção é importante analisar o posicionamento dos tribunais e as decisões basilares de outros requerimentos de garantia de direitos e as regras trazidas pelas plataformas aos usuários como forma de mitigar conflitos.

### **5.1 O Posicionamento dos Tribunais**

A exposição consentida, por não ser considerada violação aos direitos, é matéria pouco vista pelos Tribunais. Todavia, já pode ser motivo de provas em discussões sobre pensão alimentícia, investigação e análises do fisco para aqueles que ostentam bens, quando indevidamente declarados, inquéritos policial e em diversas possibilidades em que há possibilidade de derribar contra-argumentos.

Por outro lado, quando não observado o direito de privacidade em publicações não consentidas, os Tribunais assumem o papel importante em dirimir os conflitos e violações oriundas desta facilidade e amplitude de exposição instantânea. Para o ilustre Desembargador Arnaldo Maciel,

Não há como negar que as redes sociais têm importante papel na divulgação de crimes, de serviços públicos que visam aumentar a segurança, a saúde, entre outros, mas, deve esta sempre ser utilizada

---

212 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2021.

com cautela e ressalvas, diante da sua rápida propagação e também em razão das diversas fake news que existem e que acabam sendo repassadas indevidamente. 213

Entendimento que exemplifica o alcance dos danos advindos deste ilícito a considerar-se o veloz alcance da rede, e, principalmente, aos danos causados na vítima. O Desembargador ressalta ainda que quando se ultrapassa esta linha tênue entre liberdade de expressão e violabilidade da intimidade deve ser punido, dentro da razoabilidade, pelos danos morais causados. Reafirmado o entendimento, esclarece o Desembargador Amauri Pinto Ferreira que a Constituição é garantidora do direito à indenização por danos materiais ou morais decorrentes da violação, ou seja, adquire-se o direito de requisitar compensação pelos prejuízos sofridos, independente da natureza financeira ou emocional. 214

## **5.2 Diretrizes utilizadas pelas plataformas para mitigar os riscos da megaexposição**

Os conflitos legislativos em relação às redes sociais têm se intensificado nos últimos anos, com ascensão de questões importantes sobre liberdade de expressão, responsabilidade das plataformas e proteção aos usuários. Diante desse cenário, é fundamental o papel dos juristas na busca por soluções adequadas. É importante destacar que a rápida evolução das redes sociais tem superado a capacidade das leis existentes de lidar com os novos desafios que surgem. Diferentes países têm adotado abordagens legislativas divergentes, criando um ambiente de conflito normativo.

Nesse contexto, os tribunais devem agir como mediadores imparciais, na busca pelo equilíbrio dos direitos individuais de liberdade de expressão e privacidade com a necessidade de regulamentação e proteção dos usuários. É fundamental que as decisões judiciais sejam baseadas em princípios sólidos e em interpretações comparativas e atualizadas nas leis existentes. Além disso, os tribunais devem considerar a natureza global das redes sociais e buscar cooperação internacional para enfrentar os desafios transnacionais. A harmonização das legislações entre os países pode contribuir para reduzir os conflitos e garantir uma abordagem mais consistente na regulamentação das redes sociais.

Cabe ressaltar, que os tribunais não devem agir de forma excessivamente restritiva, cerceando a liberdade de expressão e inovação. Pois, ao mesmo tempo, que devem estabelecer limites claros e responsabilizar as plataformas por práticas abusivas, como

---

213 MACIEL, Arnaldo. Apelação Cível nº 1.0000.23.034114-1/001. Comarca de Ibitité. 05/07/2023

214 FERREIRA, Amauri Pinto. Apelação Cível nº 1.0000.23.146847-1/001. Comarca de Capelinha. 03/08/2023.



disseminação de discurso de ódio, desinformação e violação da privacidade, devem garantir direitos fundamentais e democráticos. Como mediadores imparciais, carecem buscar equilibrar direitos individuais e necessidades de regulamentação. A cooperação internacional, como presenciado na Lei Geral de Proteção de Dados, inspirado na GDPR<sup>215</sup> é um bom caminho para a garantia de abordagem justa e eficaz na proteção dos usuários e no funcionamento das redes sociais.

Como medida para mitigar os riscos associados à exposição, como vazamento de conteúdos impróprios, violação de direitos autorais e crimes cibernéticos. Uma das principais soluções adotadas é a implementação de políticas de uso e diretrizes internas claras, onde estabelecem restrições sobre o tipo de conteúdo permitido nas plataformas para evitar a disseminação de material inadequado ou ilegal. Também orientam os usuários sobre comportamentos aceitáveis e as penalidades para infrações. Para tanto, muito têm se investido em algoritmos e inteligência artificial capazes de detectar automaticamente imagens, vídeos ou textos que violem suas políticas e outros tipos de conteúdo prejudicial.

No que diz respeito aos direitos autorais, as plataformas têm implementado sistemas de gerenciamento de direitos para proteger o trabalho dos criadores. Esses sistemas utilizam algoritmos e bancos de dados para identificar e remover conteúdos que infrinjam os direitos autorais. Além disso, também têm estabelecido parcerias com empresas certificadoras de direitos autorais de modo que seja rápido a interação entre a plataforma em que fora o conteúdo publicado e o banco de dados em que há a liberação do direito ao uso pelo proprietário. Medida para que o licenciamento de conteúdo seja protegido.

No combate aos crimes cibernéticos, têm investido em segurança cibernética e criptografia. Elas trabalham para proteger os dados dos usuários por meio de sistemas de autenticação em duas etapas, criptografia de ponta a ponta e monitoramento constante de atividades suspeitas e estabelecendo parcerias com agências governamentais e organizações especializadas para identificar e investigar crimes cibernéticos. Além da periodicidade nas atualizações de aplicativos e plataformas, para correções em linhas de códigos que possivelmente seria uma porta para a entrada de usuários maliciosos.

Em conclusão, nos últimos tempos foram adotadas diversas soluções para mitigar os riscos da exposição online. A implementação de políticas novas, o uso de tecnologias avançadas para prever possíveis riscos e danos, a proteção dos direitos autorais e o

---

<sup>215</sup> GDPR – General Data Protection Regulation: em português, Regulamento Geral de Proteção de Dados, origem na Europa em 2018.

investimento em segurança cibernética são algumas das medidas que estão sendo empregadas. No entanto, é importante que as empresas continuem aprimorando essas soluções e trabalhando em conjunto com os usuários e autoridades para garantir um ambiente seguro e protegido na era digital.

## **6.0 CONTROLE DO ESTADO: O DIREITO DE PRIVACIDADE E A CONSTITUIÇÃO**

A falta de regulamentação adequada para as plataformas tem levantado apreensões sobre os riscos que elas podem apresentar. Um dos principais desafios na regulação das redes sociais é a sua natureza global e descentralizada. Essas plataformas operam em diferentes países, cada um com suas próprias leis e regulamentações. Principal dificultador da implementação de políticas consistentes e eficazes que abordem questões como discurso de ódio, desinformação e violações de privacidade.

As redes sociais têm se mostrado um terreno fértil para a propagação de informações, notícias falsas e desinformação. A viralização de notícias maliciosas pode ter consequências graves, como influenciar eleições, incitar violência ou prejudicar a reputação de indivíduos e empresas. Regular o conteúdo compartilhado nessas plataformas sem comprometer a liberdade de expressão é um desafio complexo, minuciosamente estudado pelos Tribunais ao conceder parecer. Na balança posta, de um lado o direito a intimidade e a vida privada e do outro a liberdade de expressão. Ambos previstos na Constituição (1988), art. 5º, IX e X.

Previsão que agencia a análise sobre a medida certa entre a liberdade de expressão e violação por terceiros. Portanto, linha tênue que requer meticulosa aplicação do direito que almeja a solução conciliatória para os possíveis conflitos naturais da evolução social. Para Wolfgang Hoffmann-Riem (2022) "É necessário salvaguardar não só o direito de exercer a liberdade, mas também a proteção contra as consequências do uso da liberdade por outros." 216 Em suma, cabe considerar, ainda, que o supracitado artigo taxativamente expõe que todos os indivíduos deverão ser tratados com igualdade (Caput) e que deverá ser livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato (inciso IV).

Portanto, cabe ressaltar que o direito de privacidade não permite asilo ao discurso de ódio e quaisquer outras violações oriundas de exposição imprópria ou propriedade, acobertados pelo anonimato. Por contrário, ao interferir no primeiro, o segundo é automaticamente nulo e estará sujeito a indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação. Não se pode confundir anonimato com o direito à privacidade.

---

216 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.68.

## 6.1 O Marco Civil da Internet, a evolução da regulamentação e proteção dos usuários

A princípio, é crucial analisar o primeiro surgimento da internet que foi em meados da década de 70, mais precisamente na Guerra Fria, período de conflitos ideológicos entre a União Soviética e os Estados Unidos. A ARPANET (Rede da Agência de Pesquisas em Projetos Avançados), foi a primeira rede de computadores, construída em 1969, com o intuito de transmitir dados militares sigilosos e interligar os departamentos. A Internet chegou ao Brasil em 1988, e no ano seguinte foi criada a Rede Nacional de Pesquisas, pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, com o objetivo de coordenar os serviços da internet.

Em virtude da evolução da internet, nos anos 90, surgiu o World Wide Web, nosso conhecido “www”, utilizado no início de qualquer navegação, criado por Tim Bernes-Lee, com o objetivo de ajudar a Organização Europeia em suas investigações nucleares. Outrossim, na mesma década, houve a criação da HTTPS, que garantia o envio de dados criptografados, e que são utilizados até os dias atuais. Nesta mesma época, o governo criou o Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI.br), que tem como objetivo estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil.

Diante, da grande evolução da internet, e a falta de legislação específica para regular o uso, por muito tempo a internet, foi considerada “terra sem lei”. Dessa forma, com o aumento dos crimes cibernéticos ao longo dos anos, em 2009, iniciou-se a discussão sobre a necessidade de sancionar uma lei que regulamentasse todos os deveres e direitos dos usuários. O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), iniciou o debate, e evoluiu para diversas consultas públicas, onde é considerada pioneira em modelo de governança da internet, além de gerar conscientização a respeito dos problemas e na gestão do governo, onde originou o PL nº 2.126/2011, e aprovou a Resolução CGI.br/RES/2009/003/P - Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil, juntamente com autor e Doutor Ronaldo Lemos e o Ministério da Justiça.

Após as contribuições públicas, o PL foi encaminhado à Casa Civil à Câmara dos Deputados, e depois de 3 anos, nasceu a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como “Marco Civil”, sancionada pela presidente Dilma Rousseff na abertura da Conferência Net Mundial. O Marco Civil, norteia todo o funcionamento da Internet, a fim de regulamentar, estabelecer direitos e deveres para a sua utilização. Ademais, esta Lei é regida por três princípios fundamentais. São eles: a liberdade de expressão, a neutralidade de rede e a privacidade.

O primeiro, está garantido no art. 5, inciso IX da Constituição Federal, ou seja, é a liberdade de se expressar, adotar livremente as ideias que circulam nas redes, mas vale

ressaltar que este direito, não é absoluto, e cabe conscientização, além, de responsabilização cível e criminal nos casos de exceção. O segundo princípio teve uma repercussão maior, pois de início não foi muito aceito pelos conglomerados da comunicação, pois visa preservar a isonomia ao uso da Internet, mantendo o poder de escolha do usuário, sem limitar qual conteúdo pode ser utilizado. E por fim, temos o terceiro princípio, que também está previsto como direito fundamental no art. 5 da Constituição Federal, e visa proteger os dados de cada usuário, exigindo deste, consentimento para utilizando.

Esta Lei representa importante evolução da regulamentação e proteção dos usuários na era digital. Responsável por avanços significativos ao estabelecer princípios e diretrizes para o uso da internet no país. Além disso, estabeleceu a responsabilidade dos provedores de serviços na proteção dos dados pessoais dos usuários. Com isso, as empresas passaram a ser obrigadas a adotar medidas de segurança e privacidade para resguardar as informações dos usuários e evitar abusos.

No entanto, apesar dos avanços, é preciso destacar que a regulamentação e proteção dos usuários ainda enfrentam desafios em face do rápido avanço tecnológico. Novas formas de violação de privacidade, disseminação de fake news e outros problemas surgem constantemente. Nesse sentido, o atraso nas atualizações das regulamentações, de forma alinhada às transformações da sociedade e da tecnologia, impede que flua de forma escorreita. É preciso que exista maior cooperação entre governos, empresas e sociedade civil para enfrentar os desafios emergentes.

Destarte, a Lei foi de suma importância na regulamentação de uso da Internet no Brasil, e desde então, novas leis vêm sendo implementadas para aprimorar a proteção dos usuários em um ambiente digital em constante transformação, isto inclui a LGPD e a criação da ANPD.

## **6.2 A Lei Geral de Proteção de Dados**

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), promulgada em 14 de agosto de 2018, pelo ex-presidente Michel Temer, tem por finalidade a definição de regras e controles no que tange ao uso de dados pessoais administrados por pessoas físicas ou jurídicas. Porém, o principal objetivo deste controle foi mais eficaz em definir diretrizes para as pessoas jurídicas, responsáveis pela maior movimentação de dados, pois visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, dos usuários, conforme dispõe o artigo, *in verbis*.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica

de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Portanto, evidencia-se a hipossuficiência da Pessoa Física, comparado ao nível de tráfego informático por Pessoa Jurídica e busca a proteção de direitos fundamentais de liberdade e principalmente de privacidade.

A Lei foi inspirada na GDPR (Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais), aprovada em 27 de abril de 2016. Por sua vez, surgiu da observação do crescente fluxo de trânsito de dados e a necessidade de protegê-los, frente aos direitos humanos fundamentais trazidos anteriormente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Além de reforçar este pacto global, há uma brilhante análise trazido pela especialista em Direito Digital, Dra. Patrícia Peck Pinheiro, que cita como “efeito dominó” o ponta pé inicial dado pela comunidade europeia, principalmente por exigir que outros países, interessados em manter relações comerciais, estivessem alinhados aos mesmos princípios de proteção aos dados. 217

A lei brasileira estabelece que as empresas devem obter o consentimento claro e específico dos usuários antes de coletar, armazenar ou utilizar seus dados pessoais. Isso significa que não podem mais usar informações pessoais sem o consentimento prévio do usuário, garantindo assim um maior controle sobre seus próprios dados. De acordo com o Art. 5º, XII da referida Lei em estudo, o consentimento deverá ser manifestado pelo Titular de forma: “livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” Destaque na precisão do presente ao motivar que a finalidade seja determinada e que haja nova solicitação ao esgotar a finalidade da coleta.

No sentido desta coleta consentida, o legislador antecipa oportunidades maliciosas ao invocar a boa-fé ao conteúdo da solicitação e que deverão seguir os princípios: da finalidade, ou seja, relação entre o pedido e o tratamento desejado; da adequação, compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas; da necessidade, limitando o tratamento ao mínimo necessário; livre acesso, que estejam disponíveis para consulta do titular de forma facilitada e gratuita bem como a integralidade de seus dados; da qualidade dos dados que visa exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados; da transparência, informações claras e objetivas; da segurança, zelar pela proteção destes dados; da

---

217 PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD), São Paulo: Saraiva, 2021.

prevenção de ocorrências de danos em virtude do tratamento; da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas, para que demonstrem eficácia e eficiência da proteção aos dados.

Neste sentido, a LGPD estabelece também obrigações para as empresas em relação à segurança da informação. As organizações devem art. 46, adotar medidas técnicas e organizacionais para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados, perdas ou vazamentos. Isso inclui a implementação de sistemas de segurança robustos, a criptografia dos dados e a realização de auditorias periódicas para garantir a conformidade com as normas de proteção de dados. Sobretudo, em uma sociedade em que usuários têm utilizado grande parte do tempo, na internet, em especial plataformas de redes sociais, é de extrema importância que as empresas adotem medidas que resguardem os dados sensíveis. Conforme importante estatística trazida Forbes, há um levantamento da Comscore, onde o Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais do mundo.<sup>218</sup>

No entanto, é importante ressaltar que a proteção da privacidade de dados não é responsabilidade apenas das empresas, mas também dos próprios usuários, é fundamental que adotem práticas seguras, como o uso de senhas fortes, com caracteres especiais, utilização de confirmação em duas etapas, a atualização regular de dispositivos e a utilização de redes Wi-Fi seguras. Ademais, a prática de segurança pelos usuários, encontra-se amparado no artigo 37, da L.13.709/2017. "Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse."

Destarte, a Lei Geral de Proteção de Dados, é uma legislação brasileira que visa garantir a proteção e privacidade dos usuários, a transparência no uso de informações pessoais, promovendo a segurança cibernética. Ao impor regras mais rigorosas, a LGPD cria um cenário de segurança jurídica, com a padronização de normas e práticas, para promover a proteção, de forma igualitária, e confiável para a gestão de dados no País e instigar importantes debates balizados na evolução da sociedade e no direito como controle social e defesa dos direitos fundamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não é novidade que as Redes Sociais ocupam a posição de site e/ou aplicativos mais acessado no mundo. Podium que reafirma ainda mais a importância dos dados pessoais, para que continuem girando as pequenas engrenagens, responsáveis por manter este

---

218 PACETE, Luiz Gustavo. **Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo.** Forbes Tech, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/>. Acesso em: 29 out. 2023.

ambiente atrativo. Caso contrário, não existiriam motivos para que pessoas continuem a navegar, sem a troca de informações, fotos, likes e infinidades propostas ofertadas pelos desenvolvedores. Neste sentido, retorna-se ao conceito de algoritmo para reforçar o monitoramento frequente dos perfis sob o intuito de direcionar produtos e serviços por meio de anúncios precisos, como se estivessem a nos ouvir e realmente estão.

A megaexposição tornou, nos últimos tempos, condicionamentos característicos para o convívio social. Reforçado em práticas trazidas por múltiplos influenciadores e a necessidade de estarem sempre destacados dos demais. Porém, ao longo do texto ficou claro os impactos advindos desta problemática, causativa de diversos problemas psíquico-sociais. Apesar das implicações negativas, ainda não há de se falar em responsabilização pela exposição consentida, mesmo que massiva, de dados pelo próprio titular. O que não impede de ser pautada em discussões a respeito da conscientização da população para abusos praticados por plataformas e aplicativos.

A profunda discussão conflituosa, presenciada em Tribunais, provam a emergente necessidade de se analisar toda logística jurídica a fim de criar padrões de respostas aos litígios oriundos da falta de regulamentação clara e que abordem dos simples aos mais complexos temas. Para tanto, é importante que seja criadas conexões entre países, como no caso da LGPD, inspirada na GDPR (europeia). Ao criar esta teia unificada, automaticamente é afastado quaisquer tentativas de violações sob argumentos de falta, e, principalmente, por desconhecimento da legislação do país em que se instala a prestação de serviço digital.

Diante do exposto, é evidente que as redes desempenham um papel significativo na sociedade civil. Porém, enfrentam significativo desafios relacionados à transformação digital. Nesse contexto, é fundamental buscar um equilíbrio entre os direitos constitucionais e a regulação adequada das plataformas, sem inibir o desenvolvimento econômico das empresas que os tratam. A vulnerabilidade da megaexposição e a dependência tecnológica são questões que demandam atenção, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de dados e sua proteção jurídica. A entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), muito bem recepcionada pelo MCI, pode ser um marco para avaliar a eficácia dos esforços em proteger os usuários e suas informações, estabelecendo punições e responsabilizações para as empresas virtuais que infringirem a legislação.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Cristiano Nabuco de Abreu et al. (2013). **Vivendo Esse Mundo Digital**. Porto Alegre: Artmed, 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lgpd)**: Lei nº 13.709, de 14 de agosto De 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (18ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 1.0000.23.034114-1/001. Parcial Provimento ao Recurso. Relator: Desembargador Arnaldo Maciel. Ibitité, 07 de julho de 2023. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (17ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 1.0000.23.146847-1/001. Parcial Provimento ao Recurso. Relatora: Desembargador Amauri Pinto Ferreira. Capelinha, 02 de agosto de 2023. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRITO, Gabriel Oliveira. A cultura do “exposed” nas redes sociais e as possíveis consequências dessa prática. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/370414/a-cultura-do-exposed-nas-redes-sociais>. Acesso em 01 de nov. 2023.

CORIOLOANO, Aurélio De Almeida Camargo Santos. **Direito Digital: uma breve história da internet e do comitê gestor da internet no brasil**. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-digital/227866/uma-breve-historia-da-internet-e-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil>. Acesso em: 29 out. 2023.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; MOREIRA, Maria Faia Rafael. **Três grandes marcos da primeira década de história dos sites de redes sociais de larga escala**: Friendster, MySpace, Facebook e a sua atomização em sites de redes sociais de nicho, Revista Alceu, P. 104, V.15 – n.30, jan./jun. 2015



HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro: Forense, 2022

LIBERDROLA, Dependência das redes sociais: principais causas e sintomas. Disponível em: <https://www.iberdrola.com/compromisso-social/como-redes-sociais-afetam-jovens#:~:text=Entre%20as%20causas%20mais%20reconhecidas,preencher%20com%20os%20famosos%20likes>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

MARTINHO, Anahi, Eleita a maior influenciadora, Virginia exhibe rotina da família. São Paulo: Folha, 2023. Ed Digital.

PACETE, Luiz Gustavo. **Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo**. Forbes Tech, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/>. Acesso em: 29 out. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2021.

RAMOS, Rahellen. O que é o Marco Civil da Internet. Edição Digital: Politize, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/marco-civil-da-internet/>

SALVADOR, João Pedro Favaretto Salvador. **As alterações do Marco Civil da Internet insistem em respostas erradas e se tornam perda de tempo**. FGV, 2021. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/alteracoes-marco-civil-internet-insistem-respostas-erradas-e-se-tornam-perda-tempo>

SERPRO, O que muda com a LGPD: o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? Dê um “giro” pela lei e conheça desde já as principais transformações que ela traz para o país. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

ZITTRAIN, Jonathan. **Os novos desafios de regulação e privacidade de dados**. Edição Digital: HSM Experience, 2021. Disponível em: [https://experience.hsm.com.br/posts/os-novos-desafios-de-regulacao-e-privacidade-de-dados?utm\\_medium=search&utm\\_term=direito+digital](https://experience.hsm.com.br/posts/os-novos-desafios-de-regulacao-e-privacidade-de-dados?utm_medium=search&utm_term=direito+digital)

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E OS FORMATOS CONTEMPORÂNEOS

**MARLETE ALVES GLÓRIA:**

graduanda em Direito pela Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas.<sup>219</sup>

NEIDE APARECIDA RIBEIRO

NÚBIA SILVA DOS SANTOS

(orientadores)

**RESUMO:** A pesquisa teve como tema a evolução histórica da família e os formatos contemporâneos. O objetivo principal foi conhecer a evolução histórica e os novos modelos das famílias contemporâneas. O estudo busca responder a seguinte problemática: quais os aparatos jurídicos que os novos modelos de família estão ancorados? Para atingir o objetivo proposto realizou-se uma pesquisa com uma abordagem qualitativa do tipo bibliográfica e de caráter exploratório. Os resultados da pesquisa revelaram a existência de novas constituições familiares e a possibilidade de surgimento de outras. Na formação dessas famílias, a sociedade deve se basear na afetividade e nos princípios que orientam o direito familiar. A legislação é aplicável a todos, independentemente do tipo de família em que o indivíduo se enquadre, e o sistema jurídico garante a igualdade e a proteção dos direitos, os quais devem ser preservados, embora possam ser modificados, uma vez que o direito acompanha as transformações sociais.

**Palavras-chaves:** Família. Direito. Formatos contemporâneos.

**ABSTRACT:** The research theme was the historical evolution of the family and contemporary formats. The main objective was to learn about the historical evolution and new models of contemporary families. The study seeks to answer the following problem: what legal apparatus are the new family models anchored to? To achieve the proposed objective, research was carried out with a qualitative, bibliographical and exploratory approach. The research results revealed the existence of new family constitutions and the possibility of the emergence of others. In the formation of these families, society must be based on affection and the principles that guide family law. The legislation is applicable to everyone, regardless of the type of family the individual belongs to, and the legal system guarantees equality

---

219 E-mail: [marletepm@hotmail.com](mailto:marletepm@hotmail.com)

and protection of rights, which must be preserved, although they can be modified, since the law accompanies the social transformations.

**Key-words:** Family. Right. Contemporary formats.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema: A evolução histórica da família e os formatos contemporâneos e parte da seguinte problemática: quais os aparatos jurídicos que os novos modelos de família estão ancorados? Tendo como objetivo geral conhecer a evolução histórica das famílias e os novos modelos de famílias contemporâneas e seus aparatos jurídicos.

A pesquisa se justifica em face do tema do direito da família, pois o modelo de família patriarcal tem sido reformulado em virtude das mudanças sociais. Hodiernamente, o Direito vem buscando acompanhar as transformações da sociedade e regulamentou novos formatos de famílias pós-modernas com referência no afeto entre os indivíduos que constituem o ciclo social/familiar. E foi realizada através de uma metodologia que segue uma abordagem qualitativa, com um estudo do tipo estudo bibliográfico de caráter explicativo e buscou, conforme Vergara (2016, p. 47), “esclarecer fatores que contribuem, de alguma forma, para a ocorrência de determinado fenômeno”.

Sendo assim, a concepção de entidade familiar não pode ser limitada, a fim de evitar a censura de relações afetivas. Acredita-se que o Estado não deve interferir na liberdade dos indivíduos de estabelecerem vínculos afetivos ou afetivo-sexuais autênticos. Adotar uma posição contrária seria uma clara violação da autonomia individual de cada pessoa em escolher seus relacionamentos. Competindo ao Estado reconhecer a existência de uma entidade familiar e regular suas relações, sem invadir indevidamente a intimidade e a autonomia de seus membros. É crucial destacar que a intervenção estatal na família deve visar ao bem-estar de seus integrantes e da sociedade em geral, assegurando a equidade e a proteção dos direitos individuais.

Definir o que é a entidade familiar não é uma tarefa simples, uma vez que ela pode ser constituída de diversas formas. Por esse motivo, o Direito de Família deve buscar uma definição ampla e inclusiva. Em virtude dessa amplitude, muitas vezes, em vez de estabelecer um conceito preciso de entidade familiar, é necessário elencar os institutos que regulam as relações entre pessoas por meio de laços matrimoniais, afetivos ou de vínculo sanguíneo (DIAS, 2007).

Diante dessa diversidade de formas de constituição familiar, o Direito deve estar atento para não discriminar ou excluir determinadas configurações familiares, reconhecendo e protegendo as diferentes formas de diversidade familiar existentes na sociedade. É preciso garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todos os membros da entidade familiar, independentemente de sua forma de constituição.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E SUAS RESPECTIVAS LEGISLAÇÕES**

A família é uma das instituições mais importantes e desempenha um papel crucial no contexto histórico das famílias no Brasil, pois reflete e molda as relações familiares e os direitos e responsabilidades dos indivíduos dentro dessas relações, isso porque ao longo dos tempos as mudanças sociais e culturais exigem que a legislação se adapte e evolua para atender às necessidades e demandas da sociedade.

### **2.1 A família e sua evolução histórica**

Assim como todas as instituições sociais, a família está em constante evolução, adaptando-se aos valores e normas da sociedade em que se encontra. Para compreender melhor o papel e a dinâmica da família, é essencial levar em conta o contexto geográfico, político, social e cultural em que ela está inserida. Afinal, esses fatores influenciam diretamente as expectativas e comportamentos dos membros da família, assim como suas interações com a comunidade ao redor.

Engels (1979) explica que a família, considerada a primeira unidade básica da sociedade, surgiu há aproximadamente 4.600 anos. O termo "família" tem origem no latim *famulus*, que significa "escravo doméstico" e foi usado na Roma antiga para designar grupos submetidos à escravidão agrícola. A família se organizou principalmente no patriarcado, um sistema em que mulheres, filhos e servos eram submetidos ao poder restritivo e intimidador do pai, que assumia a liderança dessa entidade familiar e dos bens. Ao longo do tempo, a família passou por transformações e evoluções.

Costa (2021) ao conceituar família menciona que o termo família tem sua origem etimológica no latim *familiae*, que se referia ao conjunto de escravos e servos chamados de *famulus*. O conceito de família brasileira tem suas raízes no direito romano e canônico, consistindo em um grupo de pessoas e bens que estavam sujeitos a um líder, conhecido como pater famílias. Essa entidade familiar era considerada patriarcal e reunia seus membros para fins políticos, econômicos e religiosos.

A família, tal qual se conhece hoje, foi sendo constituída ao longo do tempo e passou por diferentes estágios. Sobre isso Engels (1979), faz uma análise histórica profunda e controversa sobre a origem da família. Ele investiga os estágios sociais mais

primitivos para identificar seu surgimento, peculiaridades e transformações ao longo do tempo. Antes de abordar a família em si, ele faz uma breve referência aos estágios pré-históricos: estado selvagem, barbárie e civilização.

Estado Selvagem: - Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para serem utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação. Barbárie. - Período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano. Civilização – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte. (ENGELS, 1979, p. 28)

O conceito e modelo de família, o patriarcal, foi o que existiu e predominou entre os séculos XVIII e meados do século XX, mas, este foi sendo ampliado na sociedade contemporânea e não corresponde somente ao núcleo familiar decorrente unicamente do casamento entre homem e mulher. Segundo Poli e Corcione (2020, p. 281), “a família característica do período romano era constituída unicamente pelo matrimônio. Qualquer organização que diferisse desse modelo era discriminada”.

A igreja católica estabeleceu o Direito Canônico, a respeito disso, Maluf (2010) enfatiza que a concepção familiar sob a égide da Igreja Católica, em contraste com a família romana, é sintetizada de maneira magistral. De acordo com o Direito Canônico, a família se forma por meio do matrimônio, que carrega consigo a ideia de sacralização e vínculo eterno.

Diferentemente da visão romana, na qual a figura do *pater familias* era essencial para a formação da família, o Direito Canônico enfatiza o casamento como a origem da família. Gradualmente, a ideia de família passa a ser associada ao vínculo matrimonial, e os filhos se tornam a máxima expressão dessa união. Com a expansão do cristianismo e a crescente onda protestante a Igreja Católica decidiu, após o Concílio de Trento (1543-1563), estabelecer a obrigatoriedade dos registros de batismos, casamentos e óbitos de todos os fiéis, visando fortalecer sua influência e manter a disciplina eclesiástica em meio à expansão do protestantismo. Dessa forma, foi estabelecida a sacralidade do casamento, onde o vínculo entre duas pessoas adquiria uma dimensão divina, conectando-os diretamente a Deus. Como resultado, o casamento passou a ser regulado por uma série de normas que deviam ser rigorosamente seguidas pelos párocos e pelos cônjuges, sob pena de excomunhão. (LONDONO, 1994)

A noção de família tradicional, patriarcal e hierarquizada, composta por um homem, uma mulher e seus filhos, está em declínio na maioria das civilizações. Dias (2007), discorre que:

Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho e amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso, resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir dignidade da pessoa (DIAS, 2007, p. 28).

Isto porque o vínculo de casamento entre um casal que se une para constituir família e ter filhos foi ampliado por união de pessoas no formato de união estável e, recentemente, pela união de pessoas do mesmo sexo. Sobre a evolução do conceito de família, Vasconcelos (2018) explica que:

O instituto da família com o passar das gerações sofreu uma série de mudanças, houve evolução no sentido da expressão família perante seus membros e a forma como se relacionavam. Do patriarcalismo até hoje em que a autoridade familiar é partilhada entre os pais foi um longo caminho, que sofreu influências culturais e religiosas. Com tantas mudanças foi necessário que o direito se adequasse as novas realidades que foram surgindo. (VASCONCELOS, 2018, p.3)

As famílias brasileiras são amplamente influenciadas pelo direito romano e canônico, que remontam às primeiras sociedades primitivas politicamente organizadas. Santos (2021) esclarece que advindo o cristianismo, ficou a encargo do direito canônico tutelar e definir as regras e permissões para que os indivíduos celebrassem o matrimônio. Com a influência da Igreja Católica ao longo da história e principalmente diante de seu poder estrutural, inúmeros países foram submetidos às ideologias cristãs, inclusive Portugal, desse ponto, nasce a influência romana-canônica na formação das famílias brasileiras.

No Brasil, o casamento católico foi a única forma de união juridicamente reconhecida e de competência do juízo eclesiástico, até o ano de 1861 – quando da

aprovação de um regulamento para casamento de acatólicos. (FLEITER; SOUZA, 2010). O casamento civil foi introduzido no Brasil durante o período imperial, mais especificamente em 16 de dezembro de 1830, com a promulgação da Lei Imperial nº 3. O imperador Dom Pedro I assinou essa lei, que estabelecia as normas para o casamento civil no país. A partir desse momento, o casamento civil passou a ser reconhecido e realizado como uma instituição jurídica, separada do casamento religioso. No entanto, é importante ressaltar que, mesmo com a criação do casamento civil, o casamento religioso ainda era amplamente valorizado e praticado pela população brasileira.

A concepção de família foi evoluindo e ampliando-se à medida que a sociedade brasileira avançava. Inicialmente, valorizava-se mais o patrimônio do que os indivíduos que compunham essa relação familiar. Por muito tempo, as mulheres foram consideradas como propriedade e submissas aos maridos, enquanto os filhos nascidos fora do casamento e os adotivos não tinham seus direitos garantidos. Além disso, a possibilidade de constituir uma família não era reconhecida para casais homoafetivos.

## 2.2 Código Civil de 1916

Ao longo da história teve-se dois Códigos Civis, o primeiro foi em 1916, também conhecido como código de Beviláqua e foi instituído pela Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, abrangia três aspectos fundamentais do Direito de Família: o casamento, o parentesco e os institutos de proteção legal, como tutela, curatela e ausência.

O Código Civil de 1916 refletia os comportamentos, pensamentos, cultura e desejos daquela época, um exemplo disso é que ele enfatiza a distinção fundamental entre os filhos legítimos, ilegítimos, naturais e adotivos, estabelecendo que os filhos legítimos são aqueles: Art. 337: "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (Art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé. (Art. 221).

O parâmetro para identificar se o filho era legítimo ou não estava bem claro no Art. 338, tendo em vista que o Código especifica o período de dias antes do nascimento da criança, para constatar que ele foi gerado durante casamento: I- os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (Art. 339); II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

Os filhos que nascessem fora do período descrito no Código e os filhos frutos de relações de adultério também não era considerada uma situação legítima para que o filho tivesse a filiação paterna reconhecida, nessas situações os filhos não tinham o direito de questionar a sua filiação legítima, apenas na Constituição de 1988 é que os filhos,

independe de período de nascimento e em quais situações foram concebidos, seriam iguados perante a Lei.

O Código Civil de 1916 trazia claramente em seus artigos como devem ser tratadas situações de adultério que envolvam filhos, de acordo com o novo código, mesmo que a mulher tenha cometido adultério e concebido um filho durante o casamento, a lei presume que o marido seja o pai biológico da criança. Era necessário recorrer ao processo legal para impugnar essa presunção, apresentando provas convincentes de não paternidade. E os filhos resultantes de relações de adultério ou incestuosas não poderiam ser reconhecidos legitimamente.

O Capítulo IV do atual Código Civil trata exclusivamente dos requisitos para o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ele marcou a transição do sistema brasileiro das regras do período colonial, influenciadas pelo direito canônico, para um sistema próprio. Essa mudança permitiu a existência de uniões não formalizadas pelo casamento, como o concubinato, que era reconhecido pelas decisões judiciais. Atualmente, o Código Civil estabelece a união estável como um formato de convivência semelhante ao concubinato. Uma das características herdadas do período colonial e presente no Código Civil de 1916 é o poder paternal, em que o pai de família é o administrador do lar e dos filhos, que devem obedecer às suas ordens e ensinamentos enquanto menores.

Vale destacar a autoridade que o marido tinha sob a mulher, ela só poderia trabalhar fora da sua residência, mediante prévia autorização do marido. Ele permanecia como o chefe da família, apenas quando se referia a criação dos filhos a mulher tinha o direito da colaboração: Art. 233. "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos". (arts. 240, 247 e 251) À mulher não lhe competia maiores decisões dentro do lar, mas auxiliar o marido em situações que fossem de interesse comum para o casal e os filhos.

As relações familiares fora do matrimônio, que podem envolver aspectos pessoais, patrimoniais e assistenciais, foram amplamente ignoradas pelo nosso Código Civil de 1916, que as regulava apenas indiretamente (nos artigos 248, IV, 1.177 e 1.719, III), com o intuito de fortalecer a instituição da família legítima. Em todo o diploma legal de 1916, o concubinato foi mencionado apenas uma vez, no artigo 363, I, que permitia ao requerente da investigação de paternidade obter êxito na ação se comprovasse que, no momento de sua concepção, sua mãe estava em concubinato com o suposto pai. (DINIZ, 2023)

O novo Código Civil de 1916, em relação ao seu antecessor, trouxe algumas mudanças e avanços significativos, como a modernização das normas, já que refletiu um avanço em relação ao código anteriormente vigente, o Código Civil de 1889, ao atualizar



e modernizar várias áreas do direito civil. E o novo código abordou questões emergentes da época, como as relações familiares e a propriedade e o aperfeiçoamento do direito de família, embora ele ainda tivesse algumas visões conservadoras em relação ao direito de família, ele trouxe avanços importantes, como a regulamentação do casamento, filiação, adoção e proteção dos direitos das crianças.

Barreto (2014, p. 12) diz que “desta forma é visível que o Código Civil de 1916 foi elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos em face de outros anseios e de outros valores pregando que a família é necessariamente composta pelo casamento”. Mas, como mencionado o Código Civil é reflexo da cultura da sociedade daquela época, as mudanças sociais e outras que foram ocorrendo posteriormente levaram à criação do novo Código Civil em 2002.

### 2.3 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 foi criado para substituir o antigo Código Civil de 1916, que já não atendia às demandas e às transformações sociais ocorridas ao longo do século XX. A principal motivação para a elaboração de um novo código foi a necessidade de modernizar e atualizar a legislação civil brasileira, adequando-a aos novos desafios e realidades da sociedade contemporânea. O Código Civil de 1916 estava defasado e não conseguia abranger todas as questões e situações jurídicas emergentes, o novo código buscou atualizar e modernizar as normas, incorporando novos institutos jurídicos e regulamentando áreas do direito que antes não eram abordadas.

O código procurou unificar e sistematizar as normas civis em um único documento, facilitando a compreensão e a aplicação do direito civil. O objetivo era oferecer uma legislação mais clara, coerente e acessível para os juristas, magistrados e cidadãos em geral. O novo código levou em consideração as mudanças sociais ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até a promulgação da CF de 1988. Houve uma maior valorização dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos fundamentais, refletindo os avanços sociais e as demandas por uma legislação mais inclusiva. Ele também buscou harmonizar a legislação nacional com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos e aos direitos das crianças.

Além disso, marca um momento em que se enfatiza a importância da paternidade responsável e reconhecer a existência de um sistema familiar baseado nos vínculos afetivos em detrimento da mera biologia. Esse reconhecimento se fortalece com os avanços científicos relacionados aos estudos do DNA. O código também destaca a

valorização da convivência familiar e comunitária, priorizando a família socioafetiva e eliminando a discriminação contra os filhos. Além disso, promove o exercício das responsabilidades familiares e reconhece o núcleo monoparental como uma entidade familiar.

O novo Código enfatiza que os cônjuges são iguais nos deveres relacionados com o casamento, ambos têm o dever de: Art. 1.566, I - fidelidade recíproca; - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; e V - respeito e consideração mútuos.

Uma mudança em relação ao código anterior diz respeito a construção de uma unidade familiar realizada na união estável, o casamento civil deixou de ser obrigatório para se caracterizar uma união familiar e passou a reconhecer essa nova forma de união entre um homem e uma mulher: "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Ao tratar da legitimidade dos filhos no novo Código inclui os filhos nascidos durante o casamento, ou em relações fora do casamento, e ou após através de técnicas de inseminação ou fecundação. Todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos perante o Art. 1.597 do código civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos, a antiga lei previa o período de nascimento dos filhos, a partir de sua concepção, para serem declarados legítimos ou não. Por exemplo, os nascidos dentro de um período de cento e oitenta dias, pelo menos, do início da união conjugal ou os nascidos após trezentos dias após o término da união conjugal.

O reconhecimento dos filhos fora do casamento é regulado pelo art. 1.607, ao estabelecer que os filhos havidos fora do casamento podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no registro civil, desde que haja manifestação de vontade nesse sentido. O reconhecimento dos filhos fora do casamento pode ser feito tanto durante a vida dos pais quanto após o falecimento de um deles.

O novo Código Civil brasileiro, promulgado em 2002, não menciona especificamente os filhos de união homoafetiva. No entanto, é importante destacar que o STF reconheceu, em 2011, a união estável entre casais do mesmo sexo e equiparou seus direitos aos casais heterossexuais. Com base nessa decisão, a jurisprudência brasileira tem entendido que os filhos provenientes de uniões homoafetivas têm os mesmos direitos e proteções legais que os filhos de casais heterossexuais. Isso inclui o reconhecimento da parentalidade, a possibilidade de adoção conjunta e a garantia de direitos e obrigações em relação à filiação. É importante ressaltar que os avanços legais e jurisprudenciais têm

sido feitos para garantir a igualdade de direitos e a proteção das famílias homoafetivas no Brasil.

As mudanças promovidas por meio das modificações do Código Civil refletem melhorias significativas para a população brasileira, uma vez que visam garantir e fortalecer os direitos individuais e estabelecer deveres que contribuam para a harmonia e equilíbrio no âmbito das relações familiares.

Tem-se discussões entorno das constituições familiares, dentre essas discussões temos na Câmara, em tramitação o Projeto de Lei 3369/15, de autoria do deputado Orlando Silva (PCdoB-SP), que propõe a criação do Estatuto das Famílias do Século 21. Segundo o texto, o poder público será responsável por reconhecer formalmente e garantir todos os direitos a todas as formas de família. O projeto define família como a união entre duas ou mais pessoas, baseada no amor e na socioafetividade, independentemente de laços consanguíneos, gênero, orientação sexual, nacionalidade, religião ou raça, incluindo também os filhos ou pessoas assim consideradas.

### **3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITO DA FAMÍLIA**

Os Princípios Constitucionais são diversos, mas a pesquisa centra-se em três: o Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, o Princípio da dignidade humana e o Princípio do planejamento familiar.

#### **3.1 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros**

Esse princípio está estabelecido no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal (CF), que estipula que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e no código civil no artigo 1.511 e estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Esses dispositivos reforçam o princípio geral da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), bem o processo de despatriarcalização do Direito de Família, superando a antiga ideia de que a figura paterna era quem exercia o poder de dominação na família, com a figura de pai de família (*paterfamilias*).

Assim, o ordenamento vigente assenta a completa isonomia dos cônjuges e dos filhos, do homem e da mulher, contudo, esses dispositivos não eliminaram a subsistente fragilidade e vulnerabilidade da mulher, do idoso, da criança e do adolescente em confronto com a persistente superioridade social e econômica do homem. (PEREIRA, 1993).

### 3.2 O Princípio da Dignidade Humana

A dignidade assume uma importância fundamental, pois engloba todos os demais princípios e representa os valores essenciais para a humanidade. Ela abarca a liberdade, autonomia privada, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses valores são resultado de conquistas associadas à evolução do pensamento da população e refletem a noção de dignidade e indignidade humana, possibilitando a concepção, organização e desenvolvimento dos direitos humanos.

Segundo Lisboa (2010, p.36):

O princípio da dignidade humana é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que deve ser observado em todas as relações jurídicas públicas ou privadas. Assim as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos de personalidade.

O princípio da dignidade humana é um conceito fundamental nos direitos humanos e nas leis de muitos países ao redor do mundo. De acordo com esse princípio as pessoas são reconhecidas como iguais e todas têm os mesmos direitos. Diniz (2023) explica este princípio como sendo o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana e ele deve ser a base para toda e qualquer constituição familiar.

### 3.3 O Princípio do Planejamento familiar

Gozzi (2019) menciona que o Princípio do Planejamento Familiar é um conceito que reconhece o direito das pessoas de tomar decisões informadas e autônomas sobre o número de filhos que desejam ter e o espaçamento entre eles, bem como os métodos e meios para alcançar essas decisões. Esse princípio está relacionado à autonomia reprodutiva e à liberdade de escolha das pessoas em relação à sua vida familiar. Envolve a disponibilidade de informações, serviços de saúde reprodutiva, métodos contraceptivos e apoio para que as pessoas possam planejar, de forma consciente e responsável, a constituição de sua família.

Ainda, de acordo com a mesma autora, Gozzi (2019), o artigo 226, § 7º, da CF, é de responsabilidade do casal realizar o planejamento familiar, pois essa é uma decisão livre que está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre cônjuges mencionados anteriormente. Tanto os genitores quanto os

cônjuges ou companheiros têm a responsabilidade de decidir, de acordo com o planejamento de sua família, a fim de seguir um caminho saudável ao longo de sua trajetória familiar. Conforme estabelecido pelo Código Civil de 2002, no Artigo 1.565, o planejamento familiar é uma decisão livre do casal, e é proibido qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas ou privadas.

Este princípio também abrange o planejamento familiar em relação à decisão sobre o número de filhos a ter e o espaçamento entre as gestações, incluindo o uso de técnicas de reprodução assistida. É importante destacar que o planejamento familiar não deve envolver a seleção de embriões com base em atributos físicos, bem como deve respeitar a filiação por meio da monoparentalidade e outras formas de constituição familiar. De acordo com Lisboa (2010, p.39):

Planejamento familiar é o direito que os representantes da entidade familiar (os cônjuges ou, na união estável, os conviventes) têm de livremente deliberar acerca do planejamento da família, em especial sobre a constituição, limitação e aumento de prole; e a adoção dos meios lícitos necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual dos integrantes da sua família.

Para garantir o exercício do planejamento familiar, é de extrema importância preservar a autonomia e a dignidade humana. Homens e mulheres têm o direito de decidir quantos filhos desejam ter e quando desejam tê-los, uma vez que são titulares de direitos fundamentais que garantem a liberdade e a consciência necessárias para fazerem suas escolhas de forma autônoma. Percebe-se que este princípio está ligado ao anterior,

Ao abordar o tema do planejamento familiar, também estamos discutindo a segunda geração dos direitos humanos, conhecidos como direitos sociais. Esses direitos são garantidos pelo Estado, conforme estabelecido no artigo 6º da CF, e visam atender às necessidades básicas dos cidadãos. No contexto da saúde, por exemplo, as pessoas que utilizam os serviços de saúde têm o direito de fazer escolhas conscientes em relação à formação de suas famílias.

No casamento, o planejamento familiar será feito em conjunto pelos cônjuges, na união estável será elaborado em conjunto pelos companheiros ou conviventes, e na relação monoparental será elaborado pelo ascendente responsável. É importante ressaltar que o planejamento familiar na relação monoparental não envolverá aspectos relacionados à constituição, limitação ou aumento da prole, mas sim à guarda, educação, trabalho e lazer dos seus membros.

Para Diniz: (2023) O art. 226, §7º da CF estabelece que o planejamento familiar é uma decisão livre do casal, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa responsabilidade é compartilhada pelos pais, sejam eles cônjuges ou companheiros. A Lei nº 9.253/96 regulamentou esse assunto, especialmente no que diz respeito à responsabilidade do Poder Público. Já o Código Civil de 2002, em seu art. 1.565, estabelece algumas diretrizes, afirmando que o planejamento familiar é uma decisão livre do casal e proibindo qualquer forma de coerção por parte de instituições públicas ou privadas.

Pode-se notar que tanto o casal no casamento, os companheiros na união estável e o ascendente na relação monoparental têm total liberdade na realização do planejamento familiar. No artigo 226, parágrafo 3º da CF, a união estável entre homem e mulher foi equiparada ao casamento, sendo reconhecida como uma entidade familiar. A lei facilitou essa relação e possibilitou sua conversão em casamento, dispondo também no parágrafo 4º “entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

#### **4 OS MODELOS DE FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE**

A sociedade atual reconhece e valoriza a diversidade familiar, respeitando diferentes formas de constituição e relacionamento entre as pessoas. Diversos foram os fatores que contribuíram para a formação de novos modelos de instituições familiares na contemporaneidade. A seguir são apresentados três modelos de constituições famílias que fazem parte das novas relações sociais contemporâneas.

##### **4.1 Família decorrente de união estável**

O Código Civil estabelece as condições para a constituição da união estável, reconhecendo-a como uma entidade familiar entre homem e mulher. Deve-se facilitar a sua conversão em casamento, caso preencham os requisitos legais. A união estável é caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura, com o propósito de formar uma família. O direito à união estável é garantido pelo artigo 1.723, que concede proteção a essa forma de união equiparada ao casamento, merecendo o mesmo respeito que o matrimônio.

Segundo Gonçalves (2010, p. 579):

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico de concubinato. O conceito generalizado do concubinato, também denominado “união livre”, tem sido invariavelmente, no entender de Washington

de Barros Monteiro, o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com a aparência de casamento.

Esta forma de união também pode ser caracterizada pela convivência sob o mesmo teto, embora a coabitação não seja um requisito obrigatório para sua configuração. Além disso, não há um prazo específico estabelecido para a convivência, sendo que o reconhecimento da união estável cabe ao juiz, levando em consideração as circunstâncias particulares de cada caso, independentemente da duração do relacionamento.

A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distante deste; cada entidade familiar é dotada de estatuto próprio, sem hierarquia ou primazia. (LÔBO, 2009, p. 148)

Algumas regras do direito comum para a união estável incluem: a convivência pública, contínua e duradoura, afetividade e intenção de constituir família, a ausência de impedimentos matrimoniais e os direitos e deveres dos companheiros, pois na união estável, os companheiros têm direitos e deveres semelhantes aos do casamento, como lealdade, respeito, assistência mútua, guarda, sustento e educação dos filhos, entre outros. Esses direitos e deveres podem variar de acordo com a legislação de cada país. Vale destacar que a relação além de ser duradoura e não simplesmente eventual, deve ser comprovada para ser caracterizada como união estável.

#### 4.2 Família decorrente de União Homoafetiva

Os princípios da dignidade, igualdade, liberdade e intimidade têm sido fundamentais nesse processo, buscando superar o preconceito e reconhecer o direito de cada indivíduo escolher seu parceiro afetivo, sem qualquer forma de discriminação em relação aos casais heterossexuais. Brito (2000, p.66) menciona que:

A união afetiva entre homossexuais, por mais estável que seja, não se caracteriza como uma entidade familiar. Porém, é perfeitamente admissível o reconhecimento de uma sociedade de fato entre parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos.

Essa mudança na denominação foi introduzida com o objetivo de combater as práticas homofóbicas que eram comuns, principalmente entre os jovens, que não aceitavam e discriminavam os relacionamentos homoafetivos. Esta união deve ser respeitada, uma vez que não cabe ao Direito determinar como as pessoas devem regular seus sentimentos.

Barreto (2014) diz que apesar de gerar efeitos jurídicos, a união estável homoafetiva não é especificamente regulamentada por uma lei específica, embora este relacionamento esteja vinculado ao direito. Nesse sentido, os mesmos dispositivos legais que regem as uniões estáveis heteroafetivas também se aplicam às uniões estáveis homoafetivas. É fundamental destacar que a homossexualidade é uma expressão legítima da sexualidade humana, e, portanto, é de extrema importância que essa orientação seja respeitada.

Nesse sentido, Lôbo postula que “as uniões homossexuais são entidades familiares constitucionalmente protegidas quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família”. (LÔBO, 2009, p. 68)

A afirmação de Venosa (2003) de que a família não pode ser reduzida apenas a si mesma ministra que ela não é um objeto desprovido de personalidade jurídica, mas sim um conjunto de direitos subjetivos inerentes aos seus membros, não limitados a uma condição pré-determinada.

Fiúza (2016) também reconhece a complexidade do conceito de direito de família diante da evolução do ordenamento jurídico. Ele destaca que o conceito de família é mutável e argumenta que a Constituição rejeitou a ideia de um modelo estritamente matrimonial, presente no Código de 1916 e nos dogmas da Igreja Católica.

As normas constitucionais devem ser interpretadas em conformidade com o preâmbulo da Carta, pois nele estão expressas as intenções do Constituinte. Como a Constituição é a base para todas as normas subsequentes, toda legislação infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com a vontade do Poder Originário.

Destaca-se o papel pioneiro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especialmente do então Desembargador José Carlos Teixeira Georgis, na adoção de um olhar mais abrangente das constituições familiares. Foi nesse contexto que o tribunal garantiu a aplicação dos direitos relacionados à divisão patrimonial em uma relação que, à época, era considerada homoerótica:

**Ementa: RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA**



IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003

Do mesmo tribunal, destaca-se ainda os ensinamentos da renomada Desembargadora Maria Berenice Dias, uma das principais autoridades do Direito de Família no Brasil. Esta, em 2004, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, reconheceu a primeira união homoafetiva entre dois homens oficializada no Brasil, considerando-a uma entidade familiar devido à presença do amor inerente à relação. Para ela, o amor é o elemento caracterizador da família:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de

ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de

privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004.

Nessa direção, o mesmo Tribunal da Cidadania (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011), foi além e abriu precedente no ano de 2011 ao permitir o casamento entre homossexuais.

A decisão do STJ de permitir o casamento entre homossexuais foi importante por várias razões. Primeiramente, representou um avanço significativo na garantia dos direitos e da igualdade para casais do mesmo sexo, reconhecendo o direito fundamental à livre orientação sexual e ao casamento civil. Isso contribuiu para combater a discriminação e o preconceito contra a comunidade LGBTQ+ e promover a inclusão social.

Além disso, essa decisão trouxe segurança jurídica e igualdade de tratamento para os casais homoafetivos. Ao permitir o casamento, esses casais passaram a ter acesso aos mesmos direitos e benefícios legais que os casais heterossexuais, como o direito à herança, pensão alimentícia, plano de saúde, adoção e outros direitos familiares.

Essa decisão também influenciou outros tribunais e jurisdições no Brasil, incentivando a ampliação dos direitos e o reconhecimento das uniões e casamentos homoafetivos em todo o país. Contribuiu, assim, para a construção de uma sociedade mais inclusiva e igualitária.

Na referida ementa, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça constataram que, com a promulgação da Constituição de 1988, uma nova etapa do direito de família teve início, incluindo o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma forma de entidade familiar. Isso reflete a existência de diversidade familiar:

[...] O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir

todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamada "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". [...] O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. [...] (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011).

Ao aceitar o casamento homoafetivo, a lei também reconhece as famílias homoafetivas, o casamento é uma forma de reconhecimento legal e social de uma uniãoafetiva entre duas pessoas, independentemente do sexo ou gênero. Ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a lei reconhece que essas uniões têm o mesmo valor e merecemos mesmos direitos e proteções legais que as uniões entre pessoas de sexos diferentes. Dessa forma, ao reconhecer o casamento homoafetivo, a lei valida e aceita as famílias formadas por casais do mesmo sexo como entidades familiares legítimas. Isso implica em direitos e responsabilidades semelhantes aos casais heterossexuais, como direitos parentais, herança, benefícios previdenciários, acesso a serviços de saúde, entre outros.

A aceitação das famílias homoafetivas é importante por diversos motivos. Em primeiro lugar, reconhecer e respeitar a diversidade familiar é um princípio fundamental de igualdade e não discriminação. Todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual, têm o direito de formar uma família e desfrutar dos mesmos direitos e proteçõeslegais.

Além disso, reconhecer as famílias homoafetivas fortalece a coesão social e promove a inclusão. Ao serem reconhecidas e apoiadas, essas famílias têm acesso a benefícios legais, como proteção jurídica, direitos parentais, herança, benefícios previdenciários e saúde, entre outros. A aceitação das famílias homoafetivas também contribui para a construção de uma sociedade mais justa e tolerante, combatendo o

preconceito e a discriminação. Isso cria um ambiente em que todas as pessoas possam viver livremente, expressar seu afeto e ter suas relações reconhecidas e respeitadas pela sociedade e pelas instituições.

### 4.3 Família Monoparental

Uma família monoparental é aquela em que há apenas um dos pais ou responsáveis legais envolvido na criação e no cuidado dos filhos. Geralmente, uma família monoparental ocorre quando um dos pais é solteiro, divorciado, viúvo ou separado, assumindo a responsabilidade exclusiva pelos filhos.

Essa configuração familiar pode ocorrer de diferentes maneiras. Por exemplo, uma mãe ou um pai solteiro criando os filhos sozinho, um dos pais assumindo a responsabilidade principal após uma separação ou divórcio, ou um dos pais sendo viúvo ou viúva e cuidando dos filhos por conta própria.

Conforme Diniz (2023) A família monoparental ou unilinear é caracterizada pela convivência dos filhos apenas com um dos genitores devido a diversas circunstâncias, como viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, falta de reconhecimento de filiação pelo outro genitor, produção independente, entre outros.

No que se refere à proteção desse tipo de estrutura familiar, a Constituição Federal assegura em seu texto a proteção especial do Estado a essas famílias. No entanto, a realidade revela uma falta de intervenção estatal, especialmente em relação a esse tipo de situação, evidenciada pela ausência de apoio ao genitor solitário na sustentação econômica dos filhos. Esse é o primeiro aspecto de negligência, uma vez que o Brasil não possui uma política governamental direcionada ao auxílio desse genitor.

De forma distinta dos fundamentos do casamento e da união estável, a família monoparental se caracteriza pelo vínculo estabelecido por apenas um dos pais com seu(s) filho(s). Segundo Brauner (2004), essa forma de família já estava presente na sociedade mesmo antes de ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988. Embora o texto do artigo 226, § 4º da Constituição defina a família monoparental como aquela formada por um dos pais e seus descendentes, não há impedimento para considerar como entidade familiar monoparental aquela constituída por um dos avós e seus netos. Na realidade, conforme Brauner, a intenção do legislador foi trazer para o âmbito legal o reconhecimento dessa forma de família, sem necessariamente impor uma interpretação restrita.

Esta entidade familiar e todas as outras existenciais devem sempre ser respeitadas, pois são a pura demonstração de afeto e amor entre os seres humanos e desta forma

qualquer que seja a sua composição devem ser interpretadas da melhor forma possível junto à formalização de seus direitos.

Nesse sentido, Carvalho (2015, p. 56) explica que “o princípio da afetividade é hoje o norteador do direito das famílias”. Observa-se que, o modelo de família tradicional com o trinômio pai, mãe e filhos está sendo modificado por novas formas de entidades familiares como a família monoparental que constitui a estrutura familiar formada com a ausência da figura dos pais e baseada na construção de laços afetivos (SILVA; ROSA, 2017).

Em relação ao afeto, Dias (2007, p. 432) destaca que diante das inúmeras transformações sociais e nas relações parentais, o afeto é o “elemento identificador” que atualmente serve de parâmetro para identificar as relações parentais. Igualmente comparada à relação biológica parental, a relação socioafetiva é responsável pela estabilidade dos laços familiares. Assim, o afeto é um fator diferencial nas decisões judiciais acerca da multiparentalidade.

Maluf (2010) discorre sobre os diversos formatos de famílias estruturadas por indivíduos do mesmo sexo e estados intersexuais que formam a família homoafetiva. Embora a doutrina pátria não equipare a entidade familiar com o relacionamento homossexual, a jurisprudência que se baseia em costumes, tem majoritariamente legitimando tais uniões, permitindo que os novos formatos familiares tenham a proteção jurídica de forma igualitária ao formato de família tradicional. Hironaka (2005) e Rocha-Coutinho (2006), evocam princípios fundamentais como da não-discriminação, autodeterminação, pluralidade das estruturas familiares, isonomia, liberdade individual, dentre outros, para legitimar os novos formatos familiares.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o estudo e discussão da temática, com base nos avanços jurídico-científicos no âmbito do Direito de Família, conclui-se que é fundamental reconhecer e respeitar igualmente essas novas formas de instituições familiares, conferindo-lhes todos os direitos e responsabilidades atribuídos às famílias constituídas por meio do casamento e do parentesco. A presença de afeto e amor na formação de todas as uniões é de extrema importância, uma vez que tanto a estrutura familiar quanto a sociedade estão passando por mudanças significativas.

Ao se abordar o Direito de Família, é essencial estar atentos às constantes transformações que essa área tem enfrentado. Essas mudanças têm influenciado a maneira como as pessoas vivem, pensam e se comportam na sociedade, exigindo uma mentalidade aberta e livre de preconceitos. A sociedade é dinâmica e isso traz mudanças

em todas as áreas, especialmente na família, como vimos, assim como a sociedade evoluiu até se tornar patriarcal, ela tem evoluído e fez surgido novas instituições familiares, muitas delas sem a presença paterna.

Conclui-se ainda que é importante destacar que essas mudanças também têm proporcionado a valorização da união baseada no afeto e convívio familiar, resultando no surgimento de novas formas de entidades familiares, como a união estável, a união homoafetiva e a família monoparental. Essas evoluções têm ampliado as possibilidades de configuração familiar, refletindo a diversidade e a complexidade das relações contemporâneas.

A união estável, considerada a primeira forma de união, caracteriza-se como uma convivência duradoura entre um homem e uma mulher, sem necessidade de formalização matrimonial. Anteriormente, essa modalidade era conhecida como concubinato, mas atualmente é reconhecida e respaldada pelos direitos legais.

A união homoafetiva, por sua vez, refere-se à união estabelecida entre pessoas do mesmo sexo, que são atraídas e têm desejo romântico ou afetivo entre si. Apesar dos preconceitos que ainda persistem em relação a essa escolha, é fundamental que todas as formas de união sejam tratadas com respeito e aceitação, valorizando a diversidade e a liberdade de cada indivíduo em buscar a felicidade e a realização pessoal.

Que a família monoparental, por sua vez, configura-se como uma comunidade composta por um dos pais e seus descendentes. Atualmente, essa forma de família é reconhecida constitucionalmente como uma entidade familiar, possuindo características próprias que a distinguem de outras configurações familiares.

Por fim, conclui-se que o direito da família tem como objetivo regular as relações jurídicas que envolvem a instituição familiar. Ele tem a função de estabelecer normas e princípios que garantam a proteção dos direitos e deveres dos membros da família, bem como a promoção do bem-estar e da segurança dessas relações. Em suma, o direito da família busca promover a harmonia, a estabilidade e o respeito nos relacionamentos familiares, buscando sempre o interesse e o bem-estar dos seus membros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira de 1988**. Senado Federal. Brasília (DF), 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil brasileiro de 1916. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1 jan. 1916.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. **ui** o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.253**, de 12 de dezembro de 1996. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1996.

BARRETO, Clarissa Meyer. **Evolução histórica do direito de família no Ordenamento Jurídico**. Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis- IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis- FEMA. 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo do Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In:\_\_\_\_\_, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. cap. 14, p. 255-278.

BRITO, Fernanda de Almeida Brito. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. 1 ed. São Paulo: Editoria Ltda. 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Pollyanna Ferreira Lisboa Paim. A evolução histórica do direito de família e sua relação com a pluralidade familiar. Contemporânea –**Revista de Ética e Filosofia Política**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: <[pollyanna+ferreira+lisboa+paim+costa.pdf](#)>. Acesso em 05 de mai. de 2023.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; ESMERALDO, Jéssica Souza. O direito da Família: biologismo versus afetividade. **Revista de Direito Civil**, Coimbra. A, v. 4, p. 277-295.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5- Direito de Família. 37 ed. São Paulo: Saraiva 2023.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FEITLER, Bruno; SOUZA, Sales E. Apresentação. In: Vide, *Sebastião Monteiro*.

**Constituições primeiras do arcebispado da Bahia**. São Paulo: EdUSP, 2010. FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo, 9a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. 2019. Disponível em: [ibdfam: princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental](#). Acesso em 05 de maio de 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 101, p. 153-167, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 11, n. 42, p. 30-70, abr./jun. 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LONDOÑO, FERNANDO TORRES. Igreja e família no Brasil colonial. **Revista de Cultura Teológica**, n. 9, p. 101-119, 1994.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: **Direitos de Família e do menor** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.), 1993. p. 122.

POLI, Leonardo Macedo; CORCIONE, Giulia Miranda. O problema do afeto no direito de família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. **Cadernos de Direito**, v. 12, n. 26, 2020. Disponível em: <<https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1227>>. Acesso em 25 abr. 2023.

SILVA, Sâmia Luiz Coêlhoda; ROSA, Lucia Cristina dos Santos. Um estudo sobre família(s): perspectiva histórica e análise de "novos" desenhos na contemporaneidade a partir da realidade dos serviços residenciais terapêuticos. In: *VIII Jornada Internacional Políticas Públicas*, ANAIS. São Luís-MA, 2017. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo5/umestudosorefamiliaspersp>>



[ativ ahistoricaeanalisedenovosdesenhosnacontemporaneidade.pdf](#)>. Acesso em: 12 out. 2022.

ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. *Família e gerações*, p. 91-106, 2006. Disponível em: [http://www.editora.puc-rio.br/media/ebook\\_familia\\_e\\_casal.pdf](http://www.editora.puc-rio.br/media/ebook_familia_e_casal.pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

VASCONCELOS, Isadora Irineu. A evolução histórica da família na antiguidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. 49f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Anápolis, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/597/1/Monografia%20-20Isadora%20Irineu.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 6.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

## O ABANDONO AFETIVO PERCEBIDO A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**PRISCILA GARCIA ACACIO:**  
Bacharelanda do Curso de  
Direito do Centro Universitário  
de Goiatuba – UniCerrado.<sup>220</sup>

**MURILO SILVEIRA E PIMENTEL**<sup>221</sup>

(orientador)

**Resumo:** A reparação civil nos casos de abandono afetivo causado pelos pais, ou por um dos pais, é um tema de grande relevância no direito de família. Em premissa o abandono afetivo é considerado em nosso ordenamento jurídico como ato reprovável juridicamente, portanto, o presente projeto tem por finalidade apresentar o posicionamento dos tribunais de justiça sobre o dano moral causado pelo abandono afetivo dos pais para com seus filhos e com o objetivo de analisar o abandono afetivo e sua caracterização bem como explicar seu embasamento diante das decisões do superior tribunal de justiça. A metodologia utilizada é de caráter bibliográfica com a função explorativa, proporcionando assim uma melhor qualidade na abordagem. Conclui-se que o afeto é, sem dúvida, essencial nas relações familiares, sendo o pilar que sustenta a qualidade e a saúde dos vínculos familiares, influenciando diretamente na forma como os membros de uma família se relacionam e se desenvolvem emocionalmente.

**Palavras-chaves:** abandono afetivo; dano moral; superior tribunal de justiça.

**Abstract:** Civil compensation in cases of emotional abandonment caused by parents, or by one of the parents, is a topic of great relevance in family law. On the premise, emotional abandonment is considered in our legal system as a legally reprehensible act, therefore, the purpose of this project is to present the position of the courts of justice on the moral damage caused by the emotional abandonment of parents towards their children and with the aim of analyze affective abandonment and its characterization as well as explain its basis in light of the decisions of the superior federal court. The methodology used is bibliographic in nature with an exploratory function, thus providing a better quality approach. It is concluded that affection is, without a doubt, essential in family relationships,

---

220 E-mail: priscillagarcia537@gmail.com

221 Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade Alves Faria – UNIALFA; e-mail: murilopimentel@unicerrado.edu.br

being the pillar that supports the quality and health of family bonds, directly influencing the way in which family members relate and develop emotionally.

**Keywords:** emotional abandonment; moral damage; superior Justice Tribunal.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece a proteção do ser humano como valor central do ordenamento jurídico brasileiro e traz princípios norteadores do direito de família, como a dignidade da pessoa humana princípio mencionado no art. 1º, inciso III e o princípio solidariedade familiar e a igualdade entre os filhos mencionado no art. 229, ambos da CF/88, independentemente de sua origem. Estes princípios têm grande impacto na discussão sobre reparação civil nos casos de abandono afetivo.

A reparação civil nos casos de abandono afetivo causado pelos pais, ou por um dos pais, é um tema de grande relevância no direito de família. Ele envolve questões complexas e sensíveis relacionadas ao vínculo afetivo entre pais e filhos, bem como aos direitos e deveres familiares assegurados pela Constituição Federal de 1988, o estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, pois o abandono afetivo não possui uma legislação própria.

Considerando que em nosso ordenamento jurídico existem inúmeras prerrogativas em favor do cuidado com a criança e com o adolescente pois não há uma lei específica ou regulamento sobre essa temática. Sabe-se que o abandono afetivo é configurado quando há violação nas obrigações que atendam a proteção, o desenvolvimento e bem-estar do menor, os deveres dos pais para com os filhos não se resumem ao auxílio material, devendo abranger, também, o auxílio emocional e afetivo, sob o risco de danos psicológicos inimagináveis e irreparáveis.

Em premissa o abandono afetivo é considerado em nosso ordenamento jurídico como ato reprovável juridicamente, portanto, o presente projeto tem por finalidade apresentar o posicionamento dos tribunais de justiça sobre o dano moral causado pelo abandono afetivo dos pais para com seus filhos e com o objetivo de analisar o abandono afetivo e sua caracterização bem como explicar seu embasamento diante das decisões do superior tribunal de justiça.

Apesar de não haver uma legislação específica que trate exclusivamente do abandono afetivo, os tribunais brasileiros têm reconhecido a importância de considerar essa questão nos casos que chegam a eles. Muitas decisões judiciais têm levado em conta

a responsabilidade dos pais não apenas em prover o sustento material, mas também em fornecer apoio emocional e afetivo.

No presente projeto desenvolveu-se através da leitura de artigos científico, doutrina e com a ampla legislação referente ao tema, proporcionando assim uma melhor compreensão do estudo. A metodologia utilizada é de caráter bibliográfica com a função explorativa, proporcionando assim uma melhor qualidade na abordagem, dessa forma, ressalta-se que a pesquisa bibliográfica, procura explicar e discutir um tema com base em referências teóricas publicadas.

### **1. O poder familiar**

O conceito de família vem se adaptando de acordo com os novos tempos, contudo, a responsabilidade civil dos pais sempre será a mesma, normatizada em lei para jamais ser esquecida e deve ser sempre ser respeitada e principalmente cumprida. Ressalta-se que a família é a mais importante das instituições e que o afeto constitui o principal elemento identificador da entidade familiar é uma perspectiva comum em muitas sociedades.

O afeto desempenha um papel fundamental nas relações familiares, pois contribui para o desenvolvimento emocional e psicológico das crianças e adolescentes. Nessa esteira, a família é muitas vezes vista como um ambiente seguro e acolhedor onde o amor, o cuidado e o apoio emocional devem ser proporcionados. Esses aspectos são essenciais para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, ajudando-os a construir relacionamentos interpessoais saudáveis, autoestima e resiliência emocional.

No poder de família, cujo termo apenas refere-se aos direitos e responsabilidades que os pais ou responsáveis legais têm em relação aos seus filhos menores de idade. Também é conhecido como "pátrio poder" ou "autoridade parental" em algumas jurisdições. Esse conceito é fundamental no direito de família e abrange uma série de obrigações e prerrogativas dos pais em relação à criação, educação e cuidado de seus filhos.

Segundo os pensamentos de Venosa (2004, p.723), o poder familiar é indisponível, pois é decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros, é indispensável no próprio cumprimento das atribuições dos pais, sendo de sustento, educação e educação dos filhos, e por isso não podem ser cerceados em determinados atos, como a necessidade de estudos, estabelecimento de ambientes propícios para o bom desenvolvimento, e ainda adquirir capacidade para administrar seus próprios bens e por fim, é indivisível, somente as incumbências quando os pais são separados e também imprescritíveis, não se extingue, mesmo que jamais possa ser exercido por alguma circunstância, a não ser dentro das hipóteses legais.

Aos pais são incumbidos deveres e responsabilidades, no Estatuto da Criança e do Adolescente estão estabelecidos aos pais deveres e obrigações para o desenvolvimento da criança ou adolescente, consoante artigo 22:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Por fim, ressalta-se que o artigo 226, § 5º da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Estabelecendo a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres no contexto da sociedade conjugal. Esse princípio é fundamental para promover a igualdade de gênero e reconhecer a importância da equidade nas relações familiares. O Artigo 226 da Constituição Federal trata do direito à família e estabelece diversos princípios e diretrizes relacionados às relações familiares no Brasil, assim no parágrafo 5º apenas ressalta que, tanto homens quanto mulheres têm os mesmos direitos e deveres no que diz respeito à sociedade conjugal, ou seja, no casamento e nas relações familiares.

Nesse mesmo sentido, nas palavras de Gagliano (2013):

Em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio. Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente (GAGLIANO; 2013)

O princípio da prioridade absoluta é um conceito legal que atribui precedência a certos direitos, interesses ou ações em relação a outros. Isso significa que, em determinadas circunstâncias, um direito ou interesse específico deve ser protegido ou satisfeito antes de outros, independentemente de qualquer outra consideração. O princípio da prioridade absoluta, está regulado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Isso significa que ambos os cônjuges têm direitos iguais no casamento e devem compartilhar igualmente as responsabilidades e deveres que surgem desse relacionamento. Essa disposição constitucional é importante porque reconhece a necessidade de eliminar discriminações de gênero nas relações familiares e promover uma sociedade mais justa e igualitária. Ela contribui para a proteção dos direitos das mulheres e para a desconstrução de estereótipos de gênero que possam prejudicar a igualdade nas relações conjugais para beneficiar a criança e ao adolescente.

## **2. Abandono afetivo e o dano moral**

O abandono afetivo é um conceito que se refere à falta de cuidado e atenção emocional por parte dos pais ou responsáveis em relação às crianças ou adolescentes. Ele implica em uma negligência emocional, omissão ou ausência de suporte emocional que é fundamental para o desenvolvimento saudável e equilibrado das crianças e adolescentes. Esse tipo de abandono pode causar sérios danos psicológicos e emocionais, afetando a formação da personalidade e o bem-estar.

O abandono afetivo causa clara violação aos direitos da personalidade dos filhos que dependem não só do aspecto material, mas, principalmente, do aspecto afetivo em relação aos pais (MATOS, 2017).

Lôbo (2011), acaba definindo abandono afetivo como um dos deveres importantes à paternidade:

[...] o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas (LÔBO, 2011, p. 312)

Nessa esteira, o abandono afetivo se refere também à atitude omissiva atribuída ao pai, quando este tem deveres de ordem moral em razão do poder familiar que exerce sobre o filho, "dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole" (MACHADO, 2012).

É importante ressaltar que o abandono afetivo é uma questão complexa e sensível, e que a intervenção adequada deve priorizar o bem-estar da criança ou do adolescente envolvido.

No que tange o dano, este se apresenta como um elemento necessário para configurar a responsabilidade civil. Assim, não há que se falar em responsabilidade, sem que se aponte para a existência de um dano que deve ser reparado (DIAS, 1995, p. 713). O dano é uma lesão causada a qualquer bem jurídico, inclusive na esfera moral. Por outro lado, cumpre apontar que se refere à lesão ao patrimônio, seja ele fundado em qualquer tipo de relação jurídica (GONÇALVES, 2011, p. 70).

Neste sentido, Dias (2015) defende que:

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas (DIAS, p. 542).

A lesão causada pela ausência de afeto proporcionada pelos pais é motivo ensejador para que haja reparação por danos morais. Sobre o dano moral, o Código Civil de 2002, menciona no artigo 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*". (Grifo nosso)

Na concepção de Cavalieri Filho (2002), o dano, é sem dúvida, o grande vilão no julgamento da reparação cível. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Costa (2005) defende qual seria a melhor forma de recompensar o filho que foi criado sem a presença afetiva:

Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a psique da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompensar o dano emocional sofrido.

Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação (COSTA, 2005, p.37).

Nessa esteira, é nessa omissão seja na falta de amor, de carinho e de afeto que se configura o abalo emocional da criança e do adolescente, ressalta-se que a doutrina alega que “O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito da Família, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. Nessa senda, é por isso que se entende que o abandono afetivo é um ilícito que merece a justa reparação.

Isso por conta de seu inescandível caráter de sentimento humano espontâneo” (FARIAS, 2013. p. 73). Silva (2004, p. 142) acrescenta que: “Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a indústria dos danos morais, mas sim lembrar a esse país que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material”.

O princípio do melhor interesse da criança requer que sejam tomadas medidas para prevenir a carência afetiva e para ajudar as crianças que já estão passando por isso. Isso envolve a promoção de ambientes familiares e sociais seguros, saudáveis e amorosos, bem como a conscientização e intervenção em situações em que a criança está em risco de sofrer com a falta de afeto e cuidado.

É responsabilidade de pais, cuidadores, sociedade e autoridades garantir que as necessidades emocionais das crianças sejam atendidas para promover seu desenvolvimento saudável e seu bem-estar. Isso pode envolver a mediação familiar, a terapia, o aconselhamento ou outras formas de apoio emocional para ajudar a mitigar os impactos do abandono afetivo e promover o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente

### **3. Posicionamento dos Tribunais Superiores**

Em algumas jurisdições, o abandono afetivo tem sido objeto de discussão no contexto legal, levando a casos em que os filhos buscam indenização por danos morais ou compensação por essa negligência afetiva por parte dos pais. As decisões judiciais nesses casos podem variar de acordo com a jurisdição e as circunstâncias específicas do caso.

Por se tratar de um tema complexo e bastante discutido nos Tribunais Superiores, o abandono afetivo é analisado conforme cada caso concreto apresentando. Nessa senda o STJ acatou a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo em 2012, vejamos:



Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012). (BRASIL, 2012, s/p).

O referido acórdão, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, cujo voto condutor, aduz ser plenamente admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações de família, pois, o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presente, implicitamente, no artigo 227 da Constituição Federal, omissão que caracteriza ato ilícito, passível de compensação pecuniária, aplicando-se a ideia de cuidado como valor jurídico (TARTUCE, 2021).

Neste outro julgado, REsp 1887697 RJ em sua fundamentação, declarou que “É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que

tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002” (STJ, 2022).

Em algumas decisões, os tribunais superiores têm reconhecido a possibilidade de buscar reparação por danos morais devido ao abandono afetivo, estabelecendo que os pais têm o dever de proporcionar afeto e cuidado aos filhos, além das obrigações materiais. Vejamos outras declarações mencionadas da mesma jurisprudência consideradas relevantes sobre a temática:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXCLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO.

...

4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa

humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho.

(STJ - REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021)

Destarte que há em nosso ordenamento jurídico inúmeros instrumentos normativos que garantem a aplicação e proteção das crianças e dos adolescentes acerca da violação dos seus direitos, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente mencionam diretamente a atribuição de responsabilidade civil ao genitor que atuar de forma negligente em relação à demonstração de afetividade em benefício do filho, na REsp 1159242 SP, também julgado pela Ministra Nancy Andrighi alegou que " *O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88*" (STJ, 2009).

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família (DIAS, 2016, p. 84). Embora o amor em si seja subjetivo e não possa ser regulamentado, os tribunais podem intervir quando o afeto é negligenciado de forma a prejudicar a criança. Portanto, o poder judiciário, em casos de abandono afetivo, está muitas vezes focado em garantir que as necessidades emocionais das crianças sejam atendidas, em vez de impor ou regular o amor em si.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA. 1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo." (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Domingo do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de

indenizar/compensar no Direito de Família." (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi). 4. "A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria." (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Consórcio Erasmus Mundus: Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010). 5. "Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, ressarcitório." (Wilson Melo da Silva. O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122). 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil. 7. "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça." (Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º). 8. A obrigação dos progenitores cuidarem (*lato sensu*) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão. 9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88."(Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra

Nancy Andrichi). 10. Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados e domingos, e a 21 aniversários sem a companhia do pai. 11. A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. 12. "O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança." (Wilson Melo da Silva. Idem, p. 116). 13. O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é *in re ipsa*. 14. O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor. 15. "É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida." (Maggiorino Capello. *Diffamazione e Ingiuria*. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura. 2 ed., Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159). 16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos. (Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, ,

Relator Designado: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, TJDF, 2019).

É possível observar que os tribunais superiores detêm de uma extensa linha de jurisprudência do respectivo tema e fundamento em diversas decisões doutrinárias, ressalta-se que o abandono afetivo também é aplicado nos casos de adoção, importante salientar que não há mais sólido que utilizar-se de suas decisões a respeito da indenização por dano moral provocado pelo abandono afetivo de pais genéticos ou não.

O afeto, o apoio emocional e o desenvolvimento saudável da relação entre pais adotivos e filhos são fundamentais, assim como em qualquer relação parental. Muitos casos envolvendo pais genéticos ou adotivos que tenham causado danos emocionais significativos aos filhos têm sido apreciados pelos tribunais.

É importante observar que as decisões judiciais nesses casos variam, uma vez que cada situação é única. Os tribunais geralmente levam em consideração uma série de fatores, como a gravidade dos danos causados, o grau de negligência ou abandono, e as circunstâncias específicas da relação entre pais e filhos. O objetivo principal é proteger os interesses e o bem-estar das crianças e dos adolescentes, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal de 1988.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que o afeto é, sem dúvida, essencial nas relações familiares, sendo o pilar que sustenta a qualidade e a saúde dos vínculos familiares, influenciando diretamente na forma como os membros de uma família se relacionam e se desenvolvem emocionalmente. Quando esse afeto é negligenciado, seja por pais genéticos, adotivos ou outros responsáveis legais, as consequências podem ser profundas e impactar negativamente a vida das crianças e dos adolescentes.

A jurisprudência tem reconhecido essa importância do afeto nas relações familiares e, em muitos casos, concedido indenizações por dano moral em situações de abandono afetivo. Essas decisões refletem a necessidade de responsabilizar os pais ou responsáveis legais que negligenciam seu papel afetivo e emocional, causando prejuízos aos filhos.

Nessa esteira, a responsabilização por abandono afetivo, sob a ótica do Direito Civil, envolve o uso do Instituto da Responsabilidade Civil para avaliar a ocorrência do dano e determinar a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais. O Instituto da Responsabilidade Civil é uma área do Direito Civil que lida com a reparação de danos causados a terceiros devido a condutas ilícitas ou negligentes.

Por fim, salienta-se que no caso do abandono afetivo, o Direito Civil pode ser aplicado de modo a avaliar se houve uma violação dos deveres dos pais em relação à proteção, ao desenvolvimento e ao bem-estar da criança ou adolescente. Essa avaliação inclui a verificação da ocorrência de danos psicológicos e emocionais às crianças devido à negligência afetiva dos pais. Uma vez que, os deveres dos pais não se limitam apenas ao sustento financeiro dos filhos, mas também incluem o apoio emocional e afetivo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acessado em 28 de setembro de 2023.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406. De 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acessado em 28 de maio de 2023.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em: L8069 (planalto.gov.br). Acessado em 28 de setembro de 2023.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência ...- Migalhas. Acessado em 28 de setembro de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ -RESP 1887697 / RJ 2019/0290679-8. TERCEIRA TURMA. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/09/2021 DJE. Disponível em: STJ - REsp 1887697 / RJ 2019/0290679-8 (portaljustica.com.br Acessado em 28 de setembro de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. REsp 1159242 SP. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012. DJE. Disponível em: REsp 1159242 / SP - 1159242-1185550/12:: Jurisprudência::Acórdão 1159242-1185550/2012 (Federal::Judiciário::Superior Tribunal de Justiça::3ª Turma - Brasil) :: (lexml.gov.br). Acessado em 28 de setembro de 2023.

BRASIL. **TJDFT**. Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, , Relator Designado:DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 28/3/2019, publicado no DJE: 10/4/2019. Pág.: 533/535. Acessado em 28 de setembro de 2023.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, Out./Nov. 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. Vol. 06. Salvador: JusPodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de Direito Civil, v. 6: **Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, volume 6, Editora Saraiva, 2012, p. 360-362

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**.4.ed. São Paulo: Saraiva,2011.

MATOS, Lorena. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Direito de Família. Âmbito Jurídico. Revista 161. 2017. Disponível em: Responsabilidade civil por abandono afetivo - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acessado em 28 de outubro de 2023.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Abandono afetivo dos filhos e danos morais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acessado em 28 de outubro de 2023.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira de Direito e Família. Porto Alegre, v. 6, Síntese nº 25, p.122-147. ago-set.2004.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil** - Direito de Família - Vol. 5. Grupo GEN, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A. 2004.



## **A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO: UM ESTUDO EM TORNO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE E A APLICAÇÃO DESSES INSTITUTOS**

**SÉRGIO VINÍCIUS CALVES:**

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos<sup>222</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda as perspectivas que existem em torno da aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade. Trata-se da análise de diversos institutos que são utilizados para evitar o encarceramento no contexto do sistema de justiça criminal, sem ignorar os fundamentos de um sistema de justiça criminal garantista. Ao abordar as suas perspectivas, o presente artigo propõe-se a contribuir para a compreensão do tema em um enfoque mais abrangente desses instrumentos no ordenamento jurídico, além de tratar dos seus efeitos e benefícios ao sistema de justiça penal. Dentre as medidas alternativas ao cárcere que serão analisadas, o artigo abordará o acordo de não persecução penal, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a suspensão condicional da pena e a composição civil dos danos. Por fim, também considerará alguns efeitos que refletem para toda a sociedade na utilização dessas medidas, como no que diz respeito ao sistema penitenciário e à situação carcerária em que os indivíduos privados de liberdade estão acometidos, em razão do 'Estado de coisas Inconstitucionais' (ADPF 347).

**Palavras-chave:** Medidas alternativas. Pena privativa de liberdade. Encarceramento. Medidas alternativas penais.

### **1. INTRODUÇÃO**

As medidas alternativas à pena privativa de liberdade são de fundamental importância no âmbito do sistema de justiça criminal. Trata-se de ações visam evitar o encarceramento, sem ignorar a necessidade de preservação do ordenamento jurídico e recuperação dos bens lesionados. Nesse contexto, o objetivo do artigo é estudar alguns desses institutos como medidas alternativas à pena privativa de liberdade, abordando seus conceitos, aspectos de incidência, requisitos e fundamentos legislativos e doutrinários. Dentre esses institutos, serão abordados o acordo de não persecução penal, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a suspensão condicional da pena e a

---

222 E-mail: sergiovalves@gmail.com

composição civil dos danos. Ao final do artigo, serão analisados alguns efeitos inerentes à utilização dessas medidas.

O presente artigo realizará uma abordagem abrangente dos institutos, sem a pretensão de esgotar cada um, para uma compreensão satisfatória do tema. Ao destacar os argumentos críticos na análise da utilidade dos institutos, seus limites e benefícios como alternativas penais, o objetivo é, também, contribuir para facilitar o entendimento dessas matérias presentes no ordenamento jurídico, auxiliando no estudo e compreensão dos seus conceitos.

Por fim, o artigo explora a relação entre as medidas alternativas penais e a situação atual no sistema penitenciário brasileiro para compreender circunstâncias em que a preferência pelas medidas alternativas penais pode constituir a melhor opção nos casos em que caiba a sua incidência. Nesse contexto, o presente artigo abordará a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, que, pelo atual “Estado de Coisas Inconstitucionais” (ADPF 347), torna cada vez mais importantes soluções que possam substituir o recolhimento do indivíduo ao cárcere.

## **2. AS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO E ALGUNS DESDOBRAMENTOS**

As medidas alternativas penais consistem na imposição de medidas que se distinguem do encarceramento, oferecendo outros caminhos além da privação da liberdade, a partir da prática de um crime. Dentre as diversas alternativas penais previstas no ordenamento jurídico, o presente artigo iniciará abordando as que estão consolidadas na Lei 9.099/95, que disciplina o procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal. São medidas alternativas penais destinadas para as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa – art 61, da Lei 9.099/95), orientado o procedimento sumaríssimo pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade – art. 62, da Lei 9.099/95.

A composição civil dos danos é prevista no art. 74 da lei supramencionada, que assim dispõe:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo

homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Analisando a norma acima destacada, a composição civil dos danos constitui num acordo realizado pelo suposto autor de um determinado delito e a vítima para reparar os danos causados pela infração penal, instituída pela Lei 9.099/95, no art. 74. Portanto, em vez de ser o indivíduo levado ao cárcere, prioriza-se a restituição dos danos à situação anterior, sem que haja a necessidade de supressão da liberdade individual.

A segunda medida alternativa penal a ser mencionada no presente artigo é a transação penal. Disposta no artigo 76 da Lei 9.099/95, vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Sobre o instituto da transação penal, convém mencionar a doutrina de Leonardo Barreto Moreira Alves, que ensina sobre o tema:

A transação penal é a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (não privativa de liberdade ou alternativa), a ser feita pelo Ministério Público e aceita pelo autor do delito. O Ministério Público somente poderá formular a proposta de transação penal se presentes indícios de autoria e prova de materialidade delitiva. Além disso, no crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, o Ministério Público apenas poderá apresentar proposta deste benefício se houver o oferecimento de tal representação. (...) A transação penal não é um direito público subjetivo para o autor dos fatos, constituindo-se em um verdadeiro poder-dever para o Ministério Público, no sentido de que, preenchidos tais requisitos exigidos por lei, deverá oferecer a proposta ao agente delitivo. É esse inclusive o posicionamento majoritário do STJ (HC Apn 634/Rj). (...) É por isso que se afirma que a transação penal constitui uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, falando-se em princípio da discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada.<sup>223</sup>

A terceira medida alternativa penal a ser destacada é a suspensão condicional do processo, disposta no art. 89, da Lei 9.099/95. Conforme a redação do dispositivo legal:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais

---

<sup>223</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos**: Processo Penal – Parte Especial. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, v.8, p. 272.

requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Sobre o instituto da suspensão condicional do processo e, também, relacionando-o com a transação penal, ensina a doutrina de Eugênio Pacelli, que também aborda os desdobramentos dos institutos que importam para o presente artigo:

A seu turno, a Lei nº 9.099/95 inseriu (art. 89) também uma espécie de suspensão do processo para crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e, ainda, estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, o chamado sursis do art. 77 do CP.

Certamente por isso, parte da doutrina acostumou-se a se referir ao citado art. 89 da Lei 9.099/95 como a hipótese de sursis processual.

E a lembrança é mesmo pertinente, no tanto em que se revela verdadeiro juízo de proporcionalidade. Tratando-se de pena mínima igual ou inferior a um ano e, mais, de réu não condenado anteriormente, ou que não esteja sendo processado por outro crime (requisitos legais para o cabimento da suspensão), a pena final a ser imposta, se condenatória a decisão, provavelmente permitiria a aplicação do sursis do art. 77 do CP. (...)

A transação penal tem propósitos bem delimitados e insere-se como uma das mais importantes medidas descarcerizadoras do nosso ordenamento processual, ainda que com todas as críticas que lhe possam ser dirigidas. Por meio dela (transação penal), torna-se possível até mesmo a imposição de sanção penal, embora vedada, diante de suas peculiaridades (restrição de garantias individuais), a pena privativa de liberdade.

De se ver, também, que, ainda que aplicada consensualmente uma sanção tipicamente penal, não se pode afirmar a culpa ou a responsabilidade penal daquele que transaciona, já que o modelo consensual há de transitar em via dupla: de um lado, permitindo a aplicação de lei penal; de outro, reconhecendo a ausência de qualquer condenação.

Já a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95) não apresenta, nem de longe, as mesmas características, sobretudo porque não se pode condicionar a sua aplicação a nenhuma imposição de sanção penal prevista em lei. As restrições de direitos a

serem impostas ao réu durante a suspensão não se configuram (e não podem configurar) aplicação de pena, quaisquer que sejam as atuais modalidades previstas na legislação penal brasileira.

A sua principal justificativa seria a reparação do dano, se possível, o que, por si só, de um lado, já relativizaria uma eventual qualificação exclusiva de sanção penal, e, de outro lado, atenderia aos interesses mais pragmáticos da Justiça Penal, às voltas com uma incapacidade concreta de resolver suas deficiências em relação ao acúmulo de processos. Quanto ao mais, as restrições devem se localizar no comportamento social do agente, que, aliás, há de ser tratado como inocente, já que ausente qualquer condenação criminal.<sup>224</sup>

No que diz respeito à suspensão condicional da pena, a sua previsão legislativa é disposta no art. 77 do Código Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde

---

224 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 694-696.

justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Sobre o instituto da suspensão condicional da pena, ensina a doutrina de Cleber Masson, que também aborda os incentivos relacionados para essa medida alternativa à privação da liberdade:

Sursis é a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, na qual o réu, se assim desejar, se submete a período de prova à fiscalização e ao cumprimento de condições judicialmente estabelecidas.

Há três posições acerca da natureza jurídica do sursis: a) Instituto de política criminal: cuida-se de execução mitigada da pena privativa de liberdade. O condenado cumpre a pena que lhe foi imposta, mas de forma menos gravosa. É, assim, benefício, tal como proclama o art. 77, II, do Código Penal, e também modalidade de satisfação da pena. É o entendimento dominante; b) Direito público subjetivo do condenado: consubstancia-se em benefício penal assegurado ao réu. O juiz tem liberdade para analisar a presença dos requisitos legais, os quais, se presentes, impõem a concessão do sursis; c) Pena: trata-se de espécie de pena, embora não prevista no art. 32 do Código Penal.

A Portaria 495/2016, do Ministério de Estado da Justiça, instituiu no âmbito de seu Ministério a Política Nacional de Alternativas Penais, com o objetivo de desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento do encarceramento em massa e à ampliação da aplicação de alternativas penais à prisão, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

Seu art. 1º, parágrafo único, inc. III preceitua que as alternativas penais abrangem a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (sursis).<sup>225</sup>

Por fim, a última medida alternativa à privação da liberdade a ser analisada é o acordo de não persecução penal, instituído a partir da Lei 13.964/19:

---

<sup>225</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 14. ed. [3. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 676-677.



Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Acerca do acordo de não persecução penal, para a melhor elucidação do instituto, o presente artigo destaca novamente a doutrina de Leonardo Barreto Moreira Alves, que explica o tema e ainda aborda os seus benefícios, relacionando-o, também, com as outras medidas alternativas à privação de liberdade:

O acordo de não persecução penal é definido como o ajuste passível de ser celebrado antes do início da ação penal (ou seja, da persecução penal em juízo), no âmbito da investigação criminal, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de defensor) que, uma vez homologado judicialmente e cumprido, enseja a extinção da punibilidade.

Configura-se mais uma nítida hipótese de mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, seguindo a experiência de países como os Estados Unidos e a Alemanha, em que os casos penais são resolvidos, em sua grande maioria, por meio de acordo. Insere-se, pois, no contexto de justiça penal consensual ou negociada, que também é válido no Brasil, basta verificar os institutos da composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e o acordo de leniência. Como tal, permite o debate, o diálogo, sendo a solução para o caso concreto construída pelas próprias partes envolvidas, o que certamente confere a ela uma aceitação e uma legitimidade muito maiores. Atende perfeitamente às relações dialógicas que são reconhecidas e estimuladas em um Estado Democrático de Direito. Ademais, resulta em outros benefícios, como a diminuição de sobrecarga do Judiciário, a resposta estatal à prática de uma infração penal com muito mais eficiência e celeridade, reduzindo a sensação social de impunidade, evita-se a estigmatização do investigado, que responde a uma infração penal que praticou sem ser condenado criminalmente, não havendo sequer registro em certidões de antecedentes criminais, o que contribui para facilitar a sua ressocialização, tudo isso sem falar na diminuição de custos por parte do Estado e do próprio investigado com o não prosseguimento da persecução penal.<sup>226</sup>

Assim sendo, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico pré-processual, constituindo um poder-dever do Ministério Público, de modo que o seu não

---

<sup>226</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos:** Processo Penal – Parte Geral. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, v.8, p. 112.

oferecimento tempestivo, desacompanhado de motivação idônea, constitui nulidade absoluta (informativo 769 do STJ).

### **3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEUS BENEFÍCIOS COM A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PENAIS**

De acordo com o art. 1º da Resolução nº 225/2016 do CNJ, a justiça restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.

Observando o conceito do instituto da justiça restaurativa, vislumbra-se uma manifestação de busca pelo acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CFRB. Mais especificamente, a justiça restaurativa e o sistema multiportas encontram-se na terceira onda de acesso à justiça, de acordo com Cappelletti e Garth (Cappelletti, Mauro. Acesso à Justiça. Página 67.) Trata-se de uma forma necessária de enfrentar os problemas advindos do processo judicial, que envolvem desde os custos de sua tramitação até a morosidade do Poder Judiciário, de modo a buscar outras soluções alternativas e mais satisfatórias. Nesse sentido, importa salientar que é função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos, além da difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, bem como a atuação nos Juizados Especiais (art. 4º, incisos II, III e XIX, da LC. 80/94).

A estrutura da justiça restaurativa é realizada da seguinte forma: (i) necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; (ii) práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; (iii) foco à satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro – art 1º, incisos I a III, da Resolução 225 do CNJ.

Dessa maneira, enfatiza-se a participação das partes diretamente envolvidas na situação de conflito, buscando a pacificação social e a redução dos danos. Assim, a justiça restaurativa busca superar a finalidade retributiva da pena – de retribuição ao mal causado – para enfrentar o crime e efetivamente alcançar a resolução dos conflitos. Com base nessa ideia, a Resolução da ONU 2002/12 regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal, para assegurar o desenvolvimento adequado e qualificado das práticas restaurativas, para a materialização de direitos por meio de soluções de conflitos pelas vias consensuais, voluntárias e mais consentâneas à pacificação da disputa.

Como formas de negociação e justiça restaurativa, portanto, há as medidas alternativas penais abordadas no presente artigo, dentre outras que também estão positivadas no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a delação premiada, nos termos da Lei 12.850/2013.

Além do que exposto, no que diz respeito à situação penitenciária e a utilização de medidas alternativas penais, convém salientar os ensinamentos da doutrina de Natacha Alves de Oliveira:

Inicialmente, cabe ressaltar que as penas não privativas de liberdade e as medidas cautelares alternativas à prisão são de irrefutável importância para reduzir o índice de encarceramento, propiciar maior aproximação entre o autor do fato e a vítima com vistas à reparação do dano, evitar os efeitos da “prisionização” e reduzir o estigma de “criminoso”, com reflexos, inclusive, nas taxas de reincidência.<sup>227</sup>

De acordo com a ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal mencionou o “Estado de Coisas Inconstitucionais” que acomete o sistema penitenciário brasileiro. Trata-se de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causada pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar essa conjuntura, de modo que apenas alterações estruturais de atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Portanto, considerada a extrema superlotação carcerária e condições insalubres que acometem as penitenciárias, a utilização de medidas alternativas penais demonstram-se imprescindíveis, de modo que é fundamental a observância por meios que busquem

---

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**: Sinopses para concursos. 2. ed., rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 275-304.

reduzir cada vez mais esse quadro de violação de direitos básicos fundamentais, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CFRB).

Vale destacar que o princípio da subsidiariedade penal preconiza que o Direito Penal é subsidiário por natureza, de modo que apenas as lesões mais graves aos bens jurídicos é que demandam a atuação do Direito Penal. Sendo possível a solução de uma lesão a partir do Direito Civil ou de outro ramo do direito, por exemplo, o Direito Penal não deve agir, sob pena de se tornar ilegítimo, o que consiste na sua classificação como a "última ratio". Por isso, para os delitos de menor lesão ao ordenamento jurídico, devem ser aplicadas as medidas alternativas, em vez do encarceramento.

Por fim, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, salientam a adoção de medidas contra o encarceramento pelos Estados-membros, recomendando os meios necessários para que se atinjam as finalidades da justiça restaurativa, do mesmo modo que o ordenamento jurídico interno busca alcançar.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise das medidas alternativas penais revela a busca pela efetividade do sistema de justiça criminal. Ao abordar os institutos como a transação penal, a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, o acordo de não-persecução penal e a composição civil dos danos, como exemplos, demonstra-se alternativas que objetivam preservar os direitos fundamentais dos envolvidos e alcançar respostas mais justas e adequadas para os casos concretos que demandam a atuação do sistema de justiça criminal.

Ao estudar as disposições da Lei 9.099/95, vislumbra-se a fundamental importância de procedimentos mais simplificados para lidar com as infrações de menor potencial ofensivo, buscando a reparação dos danos causados à vítima e os meios alternativos às penas privativas de liberdade. A oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, consagrados pela Lei 9.099/95, formam as bases que podem ensejar futuras reformas no sistema penal como um todo, para um tratamento cada vez mais equitativo e célere aos envolvidos num processo judicial.

Além disso, deve-se observar que a adoção dessas medidas gera um profundo impacto ao sistema carcerário brasileiro. Em razão da necessidade de redução do encarceramento em massa, a observância das medidas alternativas penais tornam-se ainda mais imprescindíveis para tentar reduzir cada vez mais as violações de direitos que existem no sistema penitenciário.

Portanto, a redução do encarceramento em massa no Brasil justifica uma abordagem que valorize a dignidade humana, a proporcionalidade das penas e a ressocialização como bases do sistema de justiça criminal. Desse modo, enfatiza-se um sistema de justiça criminal mais justo, eficiente e condizente com os princípios democráticos da nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos: Processo Penal – Parte Especial**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, v.8.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v. 1. 14. ed. [3. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia: Sinopses para concursos**. 2. ed., rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.



## **A UTILIZAÇÃO DE BENS APREENDIDOS PELAS POLÍCIAS CIVIS: A APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 61 DA LEI 11.343/2006 PARA OUTRAS INFRAÇÕES PENAIS TIPIFICADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**RODNEY MARTINS FARIAS:**

Graduado em Direito pela  
Universidade Paulista – Unip<sup>228</sup>.

**RESUMO:** O tema do presente artigo é a possibilidade de aplicação da redação original do art. 61 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas para qualquer apreensão de bem realizada pelas polícias civis, desde que não reclamado, sem prejuízo para a produção da prova, preservado o interesse público e com o fim de aparelhá-las com os meios necessários para o combate eficiente dos crimes que lhe são apresentados, em especial os cometidos por grupos organizados e com alto poder financeiro. Pretende-se, ainda, apresentar as atribuições das forças de segurança encarregadas da investigação dos mais diversos crimes presentes na legislação brasileira. A problemática elaborada para ser respondida no presente estudo é como melhorar o enfrentamento ao crime utilizando-se de normas de integração já dispostas em nosso ordenamento, com as preocupações de não ferir o princípio da legalidade e da proibição de analogia *in malam partem* no Direito Penal. A metodologia de pesquisa a ser utilizada será o levantamento bibliográfico, com abordagem qualitativa do problema. Serão utilizados livros, artigos científicos e teses para o embasamento teórico, sendo consideradas fontes impressas e digitais.

**Palavras-chaves:** LEI DE DROGAS; ANALOGIA; PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS ATRIBUIÇÕES DAS POLÍCIAS CIVIS; 3 O ARTIGO 61 DA LEI 11.343/2006; 4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL; 5 A ANALOGIA COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO NO PROCESSO PENAL; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

Com o advento da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, nova Lei de Drogas, a qual revogou as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, inovou-se em diversos pontos no tratamento dado à repressão ao consumo, ao comércio e à fabricação de drogas ilícitas no Brasil. É notório que este mercado é extremamente lucrativo para os que nele atuam, de forma que

---

228 Email: [adv.rmf@gmail.com](mailto:adv.rmf@gmail.com);

é comum ver-se em evidência traficantes de drogas ostentando o luxo gerado pelos crimes cometidos.

Este problema acaba por atingir duplamente a sociedade em momentos distintos: inicialmente pela própria atuação do criminoso que dispõe do entorpecente e o vende para o usuário, gerando a dependência e os mais diversos males dela decorrente, e, em um segundo momento, pelo enaltecimento do criminoso na mídia, fazendo com que aqueles que o cercam acabem por optar pelo mesmo caminho, em um total contrassenso no qual o malfeitor passa a ser visto como herói.

Nesse contexto, não poderia faltar na legislação dispositivo que, primando pelo interesse público, fizesse com que este poder financeiro fosse revertido em favor da atividade daqueles que enfrentam diuturnamente os malefícios provocados pelas drogas. É nesse cenário que se situa o art. 61 da Lei de Drogas.

Ocorre que há uma infinidade de condutas típicas que geram os mesmos ativos, ou até mais valiosos, como, por exemplo, a lavagem de dinheiro e a corrupção, e, entretanto, a carência de recursos por parte das polícias permanece a mesma. É certo que quem deveria provê-las com os meios necessários para o combate ao crime seria o Estado, porém, esta atribuição estabelecida constitucionalmente não vem sendo cumprida a contento.

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário, intérprete final das normas, utilizar-se dos meios de integração em direito admitidos para dar provimento ao mandamento constitucional de zelar pela segurança das pessoas, e, para isso, no presente trabalho, como objetivo geral, sugerir-se-á a utilização da analogia. Nessa toada, como objetivos específicos, apresentar-se-á brevemente o papel das polícias civis na persecução penal; a regra contida no art. 61 da Lei de Drogas; sua relação com o princípio da legalidade; e, por fim, a aplicação da analogia na utilização da norma em casos semelhantes.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS ATRIBUIÇÕES DAS POLÍCIAS CIVIS**

A Constituição Federal, em seu art. 144, estabelece que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Entre os órgãos responsáveis, figura no inciso IV a polícia civil.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(,,)

IV - polícias civis;<sup>229</sup>

Por sua vez, o §4º do mesmo artigo preceitua que as atribuições destas corporações são definidas de forma subsidiária, pois se excluem aquelas pertencentes a outras instituições ou pela espécie de delito, a exemplo da Polícia Federal ou de crimes militares, respectivamente:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.<sup>230</sup>

Renato Brasileiro de Lima ensina que:

Cuidando-se de crime da competência da Justiça Estadual, as investigações devem ser presididas, em regra, pela Polícia Civil. No entanto, por força da própria Constituição Federal, também é possível a atuação da Polícia Federal. Deveras, de acordo com o art. 144, § 1º, I, in fine, da Constituição Federal, à Polícia Federal também incumbe a apuração de infrações penais cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.<sup>231</sup>

Além da condução do inquérito policial em si a cabo das polícias judiciárias, há diversas outras atribuições que permeiam a investigação criminal. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar exemplificam-nas:

No que nos interessa, a polícia judiciária tem a missão primordial de elaboração do inquérito policial. Incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

---

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

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

231 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 126.

cumprir os mandados de prisão e representar, se necessário for, pela decretação de prisão cautelar (art. 13 do CPP)<sup>232</sup>.

Observe-se que não são poucas as atribuições a cargo destas instituições, o que demanda, certamente, grandes investimentos por parte do Poder Executivo para mantê-las em funcionamento satisfatório, seja no que tange ao número de servidores, seja no que se relaciona aos recursos materiais essenciais à atividade. Contudo, a realidade não é essa.

A título de exemplo, conforme pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE no ano de 2014<sup>233</sup>, enquanto no Distrito Federal havia um policial civil para cada 608 habitantes, no Estado do Ceará havia somente um para cada 3.408. Apesar de não haver um número definido, em virtude das características próprias que cada região apresenta, conforme relata Sérgio Carrera de A. Melo Neto<sup>234</sup>, é fácil perceber, pela sensação de insegurança, que nem no Distrito Federal este número é o ideal.

### 3. O ARTIGO 61 DA LEI 11.343/2006

Apesar das críticas sobre pontos específicos, a nova Lei de Drogas avançou no que tange ao fortalecimento do combate aos crimes previstos em seu texto. O capítulo IV, denominado “Da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado”, foi designado para cuidar do fim que deverá ser dado aos bens originados da prática dos delitos ou utilizados na atividade. Em especial, destaca-se a redação original do art. 61, que possibilita a determinadas instituições que lidam com os problemas das drogas a utilização desses bens, mediante o atendimento dos requisitos legais:

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na

232 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 122.

233 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Perfil dos estados e dos municípios brasileiros: 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015, p. 80.

234 MELO NETO, Sérgio Carrera de A. **Quantidade de policiais por número de habitantes**. Disponível em: <<https://academiadux.files.wordpress.com/2013/10/quantidade-de-policiais-por-nc3bamero-de-habitantes.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União<sup>235</sup>.

Renato Marcão, ao comentar o referido dispositivo, ensina que:

Não tem sentido imaginar ou pretender que os bens apreendidos em razão das medidas previstas no art. 60 da Lei n. 11.343/2006 não possam ser utilizados.

Algumas vezes são apreendidos veículos, embarcações, aeronaves e outros bens, em melhores condições que aqueles disponibilizados pelo Estado para os trabalhos de prevenção e repressão a produção, comércio e consumo de drogas.

Nada mais justo que permitir que aqueles bens apreendidos sejam disponibilizados de maneira a se aliarem aos objetivos da lei.<sup>236</sup>

Face a inovação legislativa, tornaram-se comuns decisões judiciais assegurando aos interessados o uso de bens apreendidos decorrentes de situações tipificadas nas condutas da Lei de Drogas. Corroborando tal assertiva, até mesmo o *Parquet* que costumava manifestar-se contrariamente à inovação, passou a orientar seus membros sobre como se posicionar diante de solicitações da autoridade policial para a efetivação da medida de liberação dos bens. A título de exemplo, cite-se o Manual para Apreensão

---

235 BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

236 MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 370.

de Bens e Destinação Cautelar de Bens Apreendidos em Decorrência do Tráfico de Drogas do Ministério Público do Estado de Goiás<sup>237</sup>.

#### 4.O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

O princípio da legalidade vem insculpido no texto constitucional no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"<sup>238</sup>. O Código Penal repete quase integralmente a redação do dispositivo.

Para Rogério Greco:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, Von Liszt diz que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente.<sup>239</sup>

Como se observa, o princípio da legalidade na persecução penal tem por escopo limitar o poder punitivo estatal, considerando que estão em jogo os direitos mais elementares ao ser humano. Sendo assim, necessário se faz tê-lo como vetor para coibir o cometimento de arbitrariedades.

César Roberto Bitencourt a respeito do tema ensina que:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da

---

237 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Manual para Apreensão de Bens e Destinação Cautelar de Bens Apreendidos em Decorrência do Tráfico de Drogas**. Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2014/02/05/15\\_03\\_37\\_752\\_manual\\_apreensao\\_de\\_bens\\_2.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2014/02/05/15_03_37_752_manual_apreensao_de_bens_2.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

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

239 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: volume 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 144.

ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.<sup>240</sup>

A respeito das funções do princípio da legalidade na persecução penal, Rogério Greco as enumera:

- a) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
- b) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
- d) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).<sup>241</sup>

Note-se que as funções do princípio são voltadas a normas incriminadoras, não se referindo, portanto, a normas processuais que visam resguardar o resultado útil do processo e, acima de tudo, o interesse público, preservando-se os direitos fundamentais dos investigados/acusados e, ao mesmo tempo, a eficiência do processo.

Nesse sentido, a utilização de norma de integração para aplicação da analogia do art. 61 da Lei 11.343, objeto do presente trabalho, não fere o princípio da legalidade, pois se trata de norma de cunho processual que visa regular questões incidentais no curso da ação, tema que será melhor estudado no próximo tópico.

---

<sup>240</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

<sup>241</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: volume 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 146.

Apesar dessa constatação, Rômulo Andrade Moreira discorda, ao concluir que a analogia em análise fere o princípio por restringir direitos, sem se analisar propriamente a natureza da norma.<sup>242</sup>

## 5.A ANALOGIA COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Tendo por base que o art. 61 da Lei 11.343/2006 não se trata de norma incriminadora, cumpre analisar se seria possível sua aplicação no processo penal em geral, ou seja, para qualquer processo, independentemente do delito em apuração.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira:

O que deve ser observado, como regra fundamental, é que, tratando-se de normas incriminadoras, ou seja, aquelas que definem o tipo penal, suas qualificadoras ou causas de aumento da pena, ou, ainda, que agravem, de alguma maneira, a situação do réu, nunca se poderá falar em aplicação da analogia ou de qualquer processo extensivo de interpretação, a não ser quando a própria lei se valer de tais recursos, em razão da dificuldade de se prever uma definição casuística definitiva. É o que ocorre na utilização, na lei, de expressões como e outro meio qualquer, de qualquer maneira etc.

Se, contudo, a interpretação recair sobre normas de conteúdo não incriminador, aí sim, será possível falar-se em autointegração do Direito.<sup>243</sup>

Vicente Greco Filho corrobora essa afirmação, destacando a autonomia do Direito Processual Penal:

Apesar de o direito penal não admitir a analogia, salvo *in bonam partem*, a autonomia do direito processual o exclui dessa regra, admitindo, pois, a integração das lacunas por meio da analogia, da interpretação extensiva e dos princípios gerais de direito. A norma processual não é nem favorável nem desfavorável à situação penal

---

242 MOREIRA, Rômulo Andrade. **A aplicação da analogia in malam partem no processo penal brasileiro**. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-aplicacao-da-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal-brasileiro-por-romulo-andrade-moreira/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

243 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45.



do acusado, logo está excluída da proibição da analogia para a criação ou extensão não prevista de crimes ou penas.<sup>244</sup>

Nesse passo, Fernando Capez conceitua a analogia como “a atividade consistente em aplicar a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante”.<sup>245</sup> Ou seja, trata-se de forma de autointegração da lei, forma de supressão de lacunas.

Para Renato Brasileiro de Lima:

Como ao juiz não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a – *non liquet* (art. 140 do novo CPC) –, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, com o objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico.<sup>246</sup>

Acrescente-se, ainda, que é o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 3º, que autoriza normas de autointegração na aplicação do seu regramento:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.<sup>247</sup>

Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o art. 3º, observa que:

O Código de Processo Penal admite, expressamente, que haja interpretação extensiva, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo valendo no tocante à analogia. Pode-se, pois, concluir que, admitido o mais – que é a analogia –, cabe também a aplicação da interpretação analógica, que é o menos. Interpretação é o processo lógico para estabelecer o sentido e a vontade da lei. A interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo

---

244 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.89.

245 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.118.

246 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.94.

247 BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro-RJ, 1941. Publicado no DOU de 13/10/1941.

da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada. (...) Analogia, por sua vez, é um processo de integração do direito, utilizado para suprir lacunas. Aplica-se uma norma existente para uma determinada situação a um caso concreto semelhante, para o qual não há qualquer previsão legal.<sup>248</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem acompanhado essa posição, consoante se verifica no julgamento do Recurso Especial nº 1.420.960, que tratava da apreensão de uma aeronave que estava sendo utilizada pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais em decorrência de uma operação da Polícia Federal.

Para o Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do caso:

Observada, de um lado, a inexistência de norma condizente no Código de Processo Penal para a utilização de bens apreendidos por órgãos públicos e verificada, de outro lado, a existência de norma nesse sentido no ordenamento jurídico, é possível o preenchimento da lacuna por meio da analogia, sobretudo se presente o interesse público em evitar a deterioração do bem.<sup>249</sup>

Contudo, há na doutrina vozes que entendem tratar-se o tema de analogia *in malam partem* vedada pelo Direito Penal. Rômulo Andrade Moreira, citando Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, observa que:

É sabido que o recurso à analogia é sempre legítimo quando *"estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos"*, na lição de Miguel Reale.

---

248 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60.

249 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.420.960** – MG (2012/0244217-8), Recorrente: Nivaldo Bonfim, Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DJ 24 fev.2015. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

É de Tércio Sampaio Ferraz Jr. este outro ensinamento: "*Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada facti species, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança.*"

Ocorre que aquelas providências cautelares, que poderão se tornar definitivas após a sentença condenatória, apenas podem ser aplicadas em relação aos crimes tipificados na Lei de Drogas, e tão somente, vedando-se, por óbvio, o uso da analogia *in malam partem*.

(...)

Trata-se de método interpretativo de aplicação inaceitável em Processo Penal, quando *in partem peiorem* ("contra o réu", em relação ao qual, aliás, presume-se a inocência). Em Direito Processual Penal só se aplica a analogia para beneficiar o réu, nunca o contrário!<sup>250</sup>

Em arremate, destaque-se que a analogia, assim como a interpretação, é uma forma de realização do Direito, sendo assim a lei não a pode vedar. A proibição de analogia *in malam partem* tão prestigiada no Direito Penal pelo seu caráter restritivo, não deve ser estendida a outros ramos, sob o risco de se prejudicar o interesse público sem lei que o fundamente.

A atividade essencial do Estado de investigar crimes só pode ser plenamente atendida com seus atores principais fortalecidos e qualquer ação legítima que a beneficie deve ser prestigiada, ainda mais quando encontra respaldo na legislação vigente.

## 6. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi analisar a aplicação da analogia no Processo Penal, em especial no tocante à possibilidade de utilizar-se da redação original do art. 61 da Lei 11.343/2006, regra que permite a utilização de bens apreendidos por instituições que

---

<sup>250</sup> MOREIRA, Rômulo Andrade. **A aplicação da analogia in malam partem no processo penal brasileiro**. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/a-aplicacao-da-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal-brasileiro-por-romulo-andrade-moreira/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

lidam com os problemas das drogas, desde que atendidos certos requisitos, em infrações penais dispostas fora daquele diploma normativo.

A problemática que se buscou resolver foi apresentar soluções à falta de investimentos nas polícias civis no combate ao crime, pois extremamente carentes devido à falta de atenção dos Poderes Executivos estaduais.

Conforme se verificou, as atribuições das instituições incumbidas constitucionalmente da investigação criminal são diversas e exigem criatividade dos seus gestores para o exercício satisfatório do seu mister. Utilizar-se de mecanismos de integração privilegia esse espírito e incentiva os servidores a continuarem a exercer seus afazeres com esperança de um futuro mais promissor para a segurança pública.

No tocante ao princípio da legalidade, constatou-se que, embora se reconheça como princípio limitador da atividade punitiva estatal, seu núcleo essencial está ligado a normas incriminadoras, e não a lacunas legislativas presente no processo penal.

Desse modo, conclui-se que a analogia do art. 61 da Lei 11.343/2006, para utilizá-lo independente da natureza da infração penal, é plenamente possível, de acordo com a doutrina, a jurisprudência e os princípios relacionados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

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

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro-RJ, 1941. Publicado no DOU de DOU de 13/10/1941.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.420.960** – MG (2012/0244217-8), Recorrente: Nivaldo Bonfim, Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min.

Sebastião Reis Júnior, Brasília, DJ 24 fev. 2015. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.118.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: volume 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 144.  
INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Perfil dos estados e dos municípios brasileiros: 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015, p. 80.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 126.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 370.

MELO NETO, Sérgio Carrera de A. **Quantidade de policiais por número de habitantes**. Disponível em: <<https://academiadux.files.wordpress.com/2013/10/quantidade-de-policiais-por-nc3bamero-de-habitantes.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Manual para Apreensão de Bens e Destinação Cautelar de Bens Apreendidos em Decorrência do Tráfico de Drogas**.

Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2014/02/05/15\\_03\\_37\\_752\\_manual\\_apreensao\\_de\\_bens\\_2.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2014/02/05/15_03_37_752_manual_apreensao_de_bens_2.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **A aplicação da analogia in malam partem no processo penal brasileiro**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-aplicacao-da-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal-brasileiro-por-romulo-andrade-moreira/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 122.

## **BIOPOLÍTICA: A LÓGICA ESTATAL DE CONTROLE POPULACIONAL EM MICHEL FOUCAULT**

**JOÃO PAULO DE MOURA ROSA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade FAVENI<sup>251</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo pretende conceituar biopolítica na obra de Michel Foucault, explicando a manifestação desta nova forma de controle da vida e como ela é utilizada para mascarar reformas benéficas. Além de explicar governamentalidade como o seu instrumento de concretização e permitir uma maior percepção das políticas estatais.

**Palavras-chave:** Foucault. Biopolítica. Governamentalidade.

**ABSTRACT:** The present article has the intention of defining biopolitics in the works of Michel Foucault, explaining how this new form of life control is utilized to masquerade benevolent reforms. Also explaining how governmentality works as its instrument to concretization allowing a better perception of state policies.

**Keywords:** Foucault; Biopolitics; Governmentality.

### **1 INTRODUÇÃO**

No presente artigo será traçada a formação histórica do conceito de biopolítica na obra foucaultiana, desde as suas formulações iniciais até a cristalização do tema.

Será explicado como na obra de Michel Foucault a assunção da vida pelo Estado se deu de formas distintas e complementares, não havendo apenas a disciplina, a mais famosa das facetas do Biopoder, mas também a biopolítica como uma forma de exercício do poder sobre a vida.

Também serão feitos comentários acerca da governamentalidade, que nada mais é do que a biopolítica posta em ação, ou a forma como ela se manifesta, através da lógica estatal.

---

251 E-mail: joao\_paulo\_csp@hotmail.com

A compreensão da biopolítica permite ao jurista compreender a lógica por detrás de reformas humanistas estatais, nas quais há aparente boa intenção do governante que podem estar mascarando um controle maior da vida por parte do governo.

## 2 DEFINIÇÃO DE BIOPOLÍTICA

O termo biopolítica tem vários significados na obra de Foucault, para efeitos do presente artigo, trabalharemos com a acepção que a define como uma forma de exercício do poder sobre a vida, que não se manifesta por meio de um controle ferrenho do indivíduo, mas sim, por um processo macro de análises e escolhas, tendo por objeto toda a população, não entendida como um corpo jurídico, mas sim como um conjunto de seres vivos (REVEL, 2005, p. 26).

Essa nova forma do poder se ocupará, então: 1) Da proporção de nascimentos, de óbitos, das taxas de reprodução, da fecundidade da população. Em uma palavra, da demografia. 2) Das enfermidades endêmicas: da natureza, da extensão, da duração, da intensidade das enfermidades reinantes na população; da higiene pública. 3) Da velhice, das enfermidades que deixam o indivíduo fora do mercado de trabalho. Também, então, dos seguros individuais e coletivos, da aposentadoria. 4) Das relações com o meio geográfico, com o clima. O urbanismo e a ecologia (CASTRO, 2009, p. 59-60).

Tal conceito surge, tanto cronologicamente em sua análise, quanto na formulação de sua teoria, após a instalação da sociedade disciplinar. Sendo inclusive postergada a sua análise e absorção pelos pensadores, pois sua formulação foi feita de maneira tímida no capítulo final de história da sexualidade e aprofundada nos cursos ministrados no *Collège de France* que demoraram a ser compilados (DUARTE, 2008, p. 3-4).

O estudo da biopolítica serve para complementar a análise foucaultiana da assunção do poder pela vida e interligar as formas de exercício de poder que o precederam (disciplinar e soberano), sem os excluir, nem tornar obsoletos, mas sim transformando (complementando) sua forma de atuar, sua forma de se exercer. É necessário frisar que nenhuma dessas dimensões do poder sobrepõe-se as demais, substituindo-as, todas coexistem e funcionam de forma sinérgica uma com as outras. Há apenas uma complementação entre elas e não uma exclusão (FOUCAULT, 2016, p. 203-205).

Foi apenas no final do percurso genealógico de sua investigação que Foucault chegou aos conceitos de biopoder e biopolítica, tendo em vista explicar o aparecimento, ao longo do século 18 e, sobretudo, na

virada para o século 19, de um poder disciplinador e normalizador que já não se exercia sobre os corpos individualizados, nem se encontrava disseminado no tecido institucional da sociedade, mas se concentrava na figura do Estado e se exercia a título de política estatal com pretensões de administrar a vida e o corpo da população. Evidentemente, esta descoberta pressupunha combinar as análises desenvolvidas em Vigiar e Punir, definidas como uma “anátomo-política do corpo”, com o que Foucault agora denominava, no volume I da História da Sexualidade, como a “biopolítica das populações”. (...) A partir do século 19, já não importava mais apenas disciplinar as condutas, mas também implantar um gerenciamento planejado da vida das populações. Assim, o que se produz por meio da atuação específica do biopoder não é mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas é a própria gestão calculada da vida do corpo social. (...) A partir dessa mutação, que complementa as análises relativas anteriores ao poder disciplinar, as figuras do Estado e do poder soberano voltam a ser importantes, pois ambos constituem a instância focal de gestão das políticas públicas (DUARTE, 2008, p. 5-6).

Necessário frisar que, apesar de como o nome indica a biopolítica ser uma transformação na gestão do estado da vida coletiva de sua população, seu surgimento não foi um fenômeno estritamente político, estando atrelado também a outras transformações.

Decisivo para a “entrada da vida na história” (ibid, 141) foi o aumento na produção industrial e agrônoma no século XVIII, assim como os avanços médicos e científicos sobre o corpo humano. Enquanto a “pressão exercida pelo biológico no histórico” (ibid, 142) na forma de epidemias, doenças e fome foram bem altas até aquele ponto, os desenvolvimentos tecnológicos, científicos, sociais e inovações médicas permitiram um “relativo controle sobre a vida. No espaço para movimento até então conquistado, ampliando e organizando esse espaço, métodos de poder e conhecimento tomaram a responsabilidade pela vida e passaram a controlá-la e modificá-la.” (LEMKE, 2011, p. 51, tradução do autor)<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> Decisive for the “entry of life into history” (ibid., 141) was the increase of industrial and agricultural production in the 18th century, as well as growing medical and scientific knowledge about the human body. Whereas the “pressure exerted by the biological on the historical” (ibid, 142) in the form of epidemics, disease, and famine was quite high until that time, the technological, scientific, social, and medical innovations allowed



Apesar de ambos constituírem a dupla faceta de um mesmo fenômeno, a saber, a assunção da vida pelo poder, existe uma diferenciação crucial e necessária, entre o poder disciplinar e o regulamentador, entre a disciplina e a biopolítica (MORAIS, 2014, p. 109). Na obra de Foucault (2016, p. 204-210) a distinção é realizada nos seguintes termos<sup>253</sup>

A disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. (...) Logo, uma tecnologia de treinamento oposta a, ou distinta de, uma tecnologia de previdência; uma tecnologia disciplinar que se distingue de uma tecnologia previdenciária ou regulamentadora; uma tecnologia que é mesmo, em ambos os casos, tecnologia do corpo, mas, num caso, trata-se de uma tecnologia onde o corpo é individualizado como organismo dotado de capacidades e, no outro, de uma tecnologia em que os corpos são recolocados nos processos biológicos de conjunto.

---

now for a “relative control over life. In the space for movement thus conquered, and broadening and organizing that space, methods of power and knowledge assumed responsibility for the life processes and undertook to control and modify them” (ibid., 142) (LEMKE, 2011, p. 51).

253 É necessário ressaltar que o próprio Foucault é inconsistente na utilização dos termos biopolítica e biopoder, muitas vezes usando-os indiscriminadamente, três acepções do termo podem ser claramente distinguidas no decorrer de sua obra: a primeira se refere à ruptura histórica no pensamento e às práticas políticas caracterizadas pela rearticulação do poder soberano; a segunda, a mecanismos biopolíticos com um papel central no ressurgimento de racismo moderno e a terceira acepção, a uma distinta arte de governo que historicamente surge com formas liberais de regulação social e auto-governo. Além desses três conceitos, muitas vezes ele usa o termo biopoder como sinônimo de biopolítica (LEMKE, 2011, p. 49). Nesse artigo adotar-se-á a distinção entre ambos, afirmando que, para todos os efeitos, biopoder é gênero e biopolítica junto com a disciplina são espécies, tal adoção tem caráter didático, pois ambas formas de exercício do poder envolvem a vida humana, apenas diferindo quanto as suas estratégias e aplicações, sendo assim, para fins de estudo tal distinção facilita a compreensão dos conceitos analisados (SMART, 2002, p. 125).

De maneira a explicitar a distinção do funcionamento prático entre a disciplina e a biopolítica, Foucault se utiliza da medicina e da forma como esta foi movimentada no tratamento da peste e da varíola.

O tratamento da peste era essencialmente disciplinar, pois delimitava espaços e locais restritos a determinadas pessoas, controlando os indivíduos temporal e espacialmente; enquanto na varíola:

O problema se coloca de maneira bem diferente: não tanto impor uma disciplina, embora a disciplina [seja]\* chamada em auxílio; o problema fundamental vai ser o de saber quantas pessoas pegaram varíola, com que idade, com quais efeitos, qual a mortalidade, quais as lesões ou quais as sequelas, que riscos se corre fazendo-se inocular, qual a probabilidade de um indivíduo vir a morrer ou pegar varíola apesar da inoculação, quais os efeitos estatísticos sobre a população em geral, em suma, todo um problema que já não é o da exclusão, como na lepra, que já não é o da quarentena, como na peste, que vai ser o problema das epidemias e das campanhas médicas por meio das quais se tentam jugular os fenômenos, tanto os epidêmicos quanto os endêmicos (FOUCAULT, 2008, p. 14).

Logo se percebe que, enquanto a disciplina ao enfrentar surtos epidêmicos decide contê-los através de um esquadramento dos corpos e seu isolamento em células individuais, monitorando-os e controlando-os. A biopolítica, através do poder regulamentador, não exclui a forma disciplinar, mas a guia através das estatísticas, dos dados globais, dos cálculos de riscos, para compreender os possíveis percalços envolvidos nas políticas públicas e qual a melhor forma de otimizar o tratamento da doença.

Não se pode deixar de esclarecer também que essa distinção não deve ser feita apenas no plano de exercício, mas também no institucional. Os órgãos responsáveis por aplicar cada uma das duas facetas do Biopoder, a anatomopolítica e biopolítica, são distintas entre si.

Tecnologia disciplinar e tecnologia securitária<sup>254</sup> diferem não apenas em seus objetivos, instrumentos e a data de suas aparições históricas, mas também aonde estão localizadas institucionalmente.

---

<sup>254</sup> Abre-se um parêntesis para explanar sobre o termo security ou securité, pois na obra de Foucault “trata-se uma palavra polissêmica, que indica segurança enquanto polícia, forças armadas manutenção de soberania, controle sócio-político, segurança da pátria e das pessoas, mas que também significa seguridade, ou melhor, seguridade social” (BRANCO, 2013, p. 78).

Disciplinas se desenvolveram dentro de instituições, tais como o exército, prisões, escolas e hospitais, enquanto o estado organizou e centralizou a regulação das populações do século XVIII em diante. A coleta de dados demográficos foi importante nesse sentido, onde a tabulação de recursos e censos estatísticos relacionados com expectativa de vida e frequência de doença. Duas séries, portanto, podem ser discernidas “o corpo-organismo-disciplina-instituição e a população-processos biológicos-mecanismos regulamentadores-Estado” (LEMKE, 2011, p. 52, tradução do autor).<sup>255</sup>

Como já afirmado tais poderes não são independentes entre si, representando na verdade a forma como o Estado assume a vida e tenta controlá-la, tanto na sua individualidade quanto coletividade. É necessária a presença de ambas as facetas para um controle efetivo sobre a vida. Além disso, com o passar dos anos há uma mistura entre ambos, como exemplo histórico, cita-se a polícia francesa do século XVIII que operava como um dispositivo disciplinar e previdenciário, além do próprio Estado que delegava cada vez mais funções a instituições privadas (e disciplinares), funções regulamentadoras<sup>256</sup> (LEMKE, 2011, p. 53).

Pode ser traçado um paralelo ainda mais interessante entre a soberania e a biopolítica, pois a primeira se caracteriza através do binômio fazer morrer e deixar viver, ou seja, não havia preocupação por parte do soberano sobre as questões cotidianas que assolavam a vida de seus súditos, seu poder, apenas se exercia, na hora de executá-los, de

---

<sup>255</sup> Disciplinary technology and security technology differ not only in their objectives and instruments and the date of their historical appearance but also in where they are situated institutionally. Disciplines developed inside of institutions, such as the army, prisons, schools, and hospitals, whereas the state organized and centralized the regulation of the population from the 18th century on. The collection of demographic data was important in this regard, as were the tabulation of resources and statistical censuses related to life expectancy and the frequency of illness. Two series, therefore, may be discerned: “the body–organism–discipline–institution series, and the population–biological processes–regulatory mechanisms–State” (ibid., 250) (LEMKE, 2011, p. 52).

<sup>256</sup> No filme vencedor da *Palm d’or de Cannes* de 2016 *Eu, Daniel Blake*, do Diretor Ken Loach observa-se um breve retrato da assistência social no Reino Unido: onde o personagem principal necessita receber um benefício social do governo, contudo, para se qualificar e manter na lista de necessitados é preciso se submeter a uma triagem e supervisão de órgãos privados, contratados especificamente para lidar com esse tipo de demanda. Em outras palavras, a essência do poder biopolítico, que é o caráter previdenciário e assistencialista de regulação e controle da vida da população, é transferida a instituições privadas deixando de ser um fenômeno exclusivo do poder estatal, apesar de ainda estar atrelado a ele.

fazê-los sentir toda a sua força. Era uma forma assimétrica de se exercer o poder, onde havia uma glamourização da morte e uma ausência de preocupação com a vida.

A biopolítica é o exato oposto desse poder, mas não, como já dito, para anulá-lo, e sim, para complementá-lo, enriquecê-lo e expandi-lo. Ela pode ser tida como uma assunção da vida por parte do Estado, não da vida enquanto fenômeno individual, mas sim como coletivo.

Creio que, para compreender melhor o que se passou, podemos nos referir ao que era a teoria clássica da soberania que, em sua última análise, serviu-nos de pano de fundo, de quadro para todas as análises sobre a guerra, as raças, etc. Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais. Ora, o direito de vida e de morte é um direito que é estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter o direito de vida e de morte? Em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver; (...). O direito de vida e de morte só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte. O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar. Em última análise, o direito de matar é que detém em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce o seu direito sobre a vida (FOUCAULT, 2016, p. 201-202).

Tais poderes parecem opostos e anulatórios, como podem coexistir formas diametralmente distintas de lidar com a vida? Uma faz viver, a outra faz morrer. Sua convivência e harmonia se dão nos termos do racismo, como será adiante esmiuçado, a biopolítica nasce imbuída dessa dupla faceta. Por um lado se apresenta como uma forma de governar que quer o melhor de todos e de outro manifesta a figura do racismo de Estado, sempre que necessário criar inimigos internos e externos que justifiquem políticas públicas de extermínio ou exclusão (CASTRO, 2009, p. 57).

O surgimento da biopolítica como prática estatal coincide com o fortalecimento dos Estados-Nações, onde há uma distinta separação entre os nacionais e os estrangeiros, começando assim a se propagar uma política pública de segregação entre aqueles que devem ser defendidos, dos que devem ser eliminados, muitas vezes sistematicamente.

Há uma distinção constantemente posta em questão entre os que têm direito a viver uma vida digna e aqueles que precisariam morrer para garantir que essa vida seja possível. É na morte do outro, que eu posso viver. É por isso que na lógica estatal de cuidado para

com a população, de otimização dos recursos, a figura do extermínio levado a cabo pelo Estado só pode se manifestar através do racismo, na figura do inimigo, daqueles que necessitam ser eliminados para melhorar a vida dos demais cidadãos.

Racismo desempenha duas importantes funções dentro de uma economia de biopoder. Primeiro, cria fissuras no domínio social que permitem a divisão do que se imagina em princípio ser um corpo biológico homogêneo (por exemplo, a população ou a espécie humana inteira). Dessa maneira, a diferenciação entre boas e ruins, melhores e piores, puras e impuras “raças” é feita possível e a linha divisória estabelecida “entre o que deve morrer e o que deve viver” (ibid., 254). De fato, “fragmentar, criar cesuras dentro do contínuo biológico” pressupõe sua criação (ibid., 255). Em contraste ao tradicional tema de guerra marcial, que é marcado pela ideia de uma sociedade binária dividida em duas raças opostas, no século XIX surgiu a ideia de uma sociedade “que é, em contraste, biologicamente monista” (ibid.,80). A ideia de pluralidade de raças muda para uma de uma raça que não é mais vítima de ameaças externas, mas internas. O resultado é um “racismo que a sociedade vai dirigir contra si mesma, contra seus próprios membros e seus próprios produtos. Esse é o racismo interno da permanente purificação e vai se tornar uma das dimensões básicas de normalização social” (ibid., 62). Dessa perspectiva, homogeneização e hierarquização não opõem uma à outra, mas sim, na verdade, representam estratégias complementares.

A segunda função do racismo vai mais além. Não se limita a estabelecer a linha entre “saudável” e “doente”, “merecedor de viver” e “não merecedor de viver”. Na verdade, busca pelo “estabelecimento de uma relação positiva desse tipo: ‘Quanto mais você mata, mais mortes você irá causar’ ou ‘o simples fato de você deixar mais morrerem vai permitir que você possa viver mais’” (ibid., 255). Racismo facilita a dinâmica entre a vida de uma pessoa e a morte de outra. Não apenas permite a hierarquização “daqueles que não merecem viver”, mas também situa a saúde de uma pessoa em uma relação direta com o desaparecimento da de outra. Preenche a fundação ideológica da identificação, exclusão, combate e inclusive assassinato de outros, tudo em nome da melhora da vida: “O fato de que outros morram não significa apenas que eu viva, no sentido que

a sua morte garante minha segurança; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou degenerada, ou anormal) é algo que fará a vida em geral mais saudável” (ibid., 255) (LEMKE, 2011, p. 41, tradução do autor).<sup>257</sup>

Ressaltando que, como já dito, a soberania não sai do contexto, continuando a influenciar os ditames governamentais, inclusive nas políticas racistas de Estado que servem para higienizar determinada população. Em outras palavras, o Estado soberano não abdica de seu poder de fazer morrer apenas redireciona-o, torna-o mais sutil e útil a seu propósito, é necessário matar certos indivíduos nocivos, para que os mercedores sobrevivam e vivam melhor. Às vezes de forma extrema como campos de concentração, às vezes de forma menos óbvias, como dificultando acesso a previdência, criando condições insalubres e gerindo as populações à beira da extinção ou a uma perpétua condição de miserabilidade.

Foucault compreendeu que a partir do momento em que a vida passou a se constituir no elemento político por excelência, o qual tem de ser administrado, calculado, gerido, regrado e normalizado, o que se observa não é um decréscimo da violência. Muito pelo contrário,

---

257 Racism fulfills two important functions within an economy of biopower. First, it creates fissures in the social domain that allow for the division of what is imagined in principle to be a homogeneous biological whole (for example, a population or the entire human species). In this manner, a differentiation into good and bad, higher and power, ascending or descending “races” is made possible and a dividing line established “between what must live and what must die” (ibid., 254).<sup>1</sup> Indeed, “to fragment, to create caesuras within the biological continuum” presupposes its creation (ibid. 255). In contrast to the traditional theme of race war, which is marked by the idea of a binary society divided into two opposing races, in the 19th century there emerged the idea of a society “that is, in contrast, biologically monist” (ibid., 80). The idea of a plurality of races shifts to one of a single race that is no longer threatened from without but from 42 The Government of Living Beings: Michel Foucault within. The result is a “racism that society will direct against itself, against its own elements, and its own products. This is the internal racism of permanent purification, and it will become one of the basic dimensions of social normalization” (ibid., 62). From this perspective, homogenization and hierarchization do not oppose one another but rather represent complementary strategies. The second function of racism goes even further. It does not limit itself to establishing a dividing line between “healthy” and “sick,” “worthy of living” and “not worthy of living.” Rather, it searches for “the establishment of a positive relation of this type: ‘The more you kill, the more deaths you will cause’ or ‘The very fact that you let more die will allow you to live more’” (ibid., 255). Racism facilitates, therefore, a dynamic relation between the life of one person and the death of another. It not only allows for a hierarchization of “those who are worthy of living” but also situates the health of one person in a direct relationship with the disappearance of another. It furnishes the ideological foundation for identifying, excluding, combating, and even murdering others, all in the name of improving life: “The fact that the other dies does not mean simply that I live in the sense that his death guarantees my safety; the death of the other, the death of the bad race, of the inferior race (or the degenerate, or the abnormal) is something that will make life in general healthier” (ibid., 255) (LEMKE, 2011, p. 41).

pois tal cuidado da vida traz consigo, de maneira necessária, a exigência contínua e crescente da morte em massa, pois é apenas no contraponto da violência depuradora que se podem garantir mais e melhores meios de sobrevivência a uma dada população. Não há, portanto, contradição entre o poder de gerência e incremento da vida e o poder de matar aos milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis (DUARTE, 2008, p. 9).

Agora a lógica do poder estatal não é apenas a exclusão, mas como já dito, a inclusão. Os anormais não devem ser vistos necessariamente como os inimigos do Estado, antes de tudo é preciso responder questões como a que servem determinados comportamentos? Qual o custo da repressão? Qual a taxa de crescimento dessas populações? Seriam as ilegalidades benéficas para a sociedade? Nem toda criminalidade deverá ser combatida, certamente não tão ferrenhamente quanto outras. É necessário que o Estado antes de decidir por um caminho ou outro pondere e analise suas opções de forma a maximizar a utilidade do combate ao crime, não despendendo gastos desnecessários e buscando sempre otimizar seu próprio funcionamento. Para isso busca respostas e guias através das estatísticas, das probabilidades e dos cálculos de risco.

De maneira geral, a questão que se coloca será a de saber como, no fundo, manter um tipo de criminalidade, ou seja, o roubo, dentro de limites que sejam social e economicamente aceitáveis e em torno de uma média que vai ser considerada, digamos, ótima para um funcionamento social dado (FOUCAULT, 2008, p. 8).

Entra de vez a população como conceito no vocabulário de Foucault, até essa mudança de perspectiva, sua análise se restringiu a entender o conceito de corpo, da produção do indivíduo, do adestramento, contudo, ele passa a analisar agora como o povo, entendido como aglomerado de seres vivos, é gerido pelo Estado.

A preocupação com a natalidade, mortalidade, saneamento básico e etc. não estava em jogo e passa a estar. O objetivo da biopolítica é minimizar os riscos da convivência social e ampliar as condições de otimização da produção. Sendo assim essa nova manifestação do poder, ao ser aplicada em conjunção com a disciplina, forma um novo tipo de sociedade. "A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação" (FOUCAULT, 2016, p. 213).

Há uma preocupação cada vez maior com a população, se tornando, por fim, o objeto por excelência do exercício do governo estatal.

O surgimento da população, como realidade específica, por um lado, deslocou o modelo familiar como referência das técnicas de governo, e, por outro lado, levou a uma nova definição do conceito de economia ou, simplesmente, levou à ideia de economia política (...). Até esse momento, as técnicas da estatística tinham funcionado dentro do marco da soberania, ou seja, como instrumento da administração estatal. Pois bem, essa estatística administrativa mostra que os fenômenos da população têm a própria regularidade, irreduzível ao modelo familiar. Mostram além do mais que o comportamento da regularidade própria da população tem também efeitos econômicos específicos. A partir desse momento, inverte-se a relação, desde o ponto de vista do governo, entre a família e a população: a família aparece como um elemento dentro do fenômeno global da população. A população se converterá, então, no objeto último do governo (...) (CASTRO, 2009, p. 335).

As doenças, por exemplo, deixam de ser algo que deve ser necessariamente extirpado, para ser gerido. Sendo assim há uma mudança na instituição dos hospitais, que passam a registrar a natureza, a duração, a extensão e a intensidade das doenças, além das formas de como manipulá-las. Elas deixam de ser vistas como algo bom ou ruim e passam a ser algo gerenciável (FOUCAULT, 2016, p. 138).

Um dos pontos que também será abordado pela biopolítica é a capacidade de gerir a força de trabalho, compreendida como a massa de trabalhadores, como realizar o sutil, mas vital cálculo, de quanto é possível extrair de trabalho e produção, adiando a deterioração do corpo, com o mínimo de gasto possível. Em outras palavras como reduzir ao mínimo possível o dispêndio com a manutenção dos corpos, de forma a maximizar o lucro.

A análise do ambiente em que está inserida a população também se torna cada vez mais importante para compreender os fenômenos de determinada sociedade, como doenças, taxas de natalidade, mortalidade ou fecundidade, etc. Passa-se a manter controle sobre a humidade do ar, sobre o índice pluviométrico, sobre a média das temperaturas e outros fatores que direta ou indiretamente interferem no controle da população.

E é nessa toada que o poder vai se ocupando cada vez mais da vida e esquecendo a morte. Não é mais através do suplício que o poder se exerce, agora o soberano controla a vida, "faz viver e deixa morrer". Sendo assim há uma preocupação, uma atuação do poder



enquanto há vida, cessando sua influência com a morte, que deixa de ser um espetáculo, para se tornar cada vez mais o evento privado por excelência. A morte deixa de ser o ponto de aplicação do poder, para se tornar o ponto em que o poder cessa de ser aplicado (FOUCAULT, 2016, p. 208).

É notável, tanto aqui na biopolítica, quanto na anatomopolítica, que o poder exercido, seja disciplinar ou regulamentador, tem um caráter positivo e não negativo. Ele não quer fazer cessar a vida ou destruí-la, mas sim produzi-la de forma adequada, gerir suas imperfeições e otimizar seus efeitos, seja no corpo individual ou no corpo coletivo.

Contudo, essa assunção da vida, não é feita de forma simétrica para todos os membros da população. A figura do extermínio estatal continua viva, e cada vez mais atuante, na sociedade hodierna. Através do racismo de Estado, que é a escolha de um inimigo que deve e merece ser exterminado pelo próprio ente político<sup>258</sup>, é possível notar a manifestação do poder de fazer morrer, com o intuito de fazer viver os cidadãos de bem.

### **3 GOVERNAMENTALIDADE**

A governamentalidade é a forma pela qual é exercido o poder de gerir a vida. Mas, ao contrário de outras lógicas governamentais que buscam sua fundamentação na Grécia ou Roma antigas, Foucault defenderá a tese de que a governamentalidade provém do poder pastoral, atrelado a igreja católica. Pois, enquanto o governo grego se preocupava com as cidades, o governo religioso se preocupava com a alma e essa forma de gerir a vida não se preocupa tanto com o caráter abstrato das metrópoles, mas sim, com o viver dos cidadãos.

Foucault utiliza o termo “governamentalidade” para referir-se ao objeto de estudos das maneiras de governar. Encontramos, em consonância com os eixos da noção de governo que mencionamos duas ideias de governamentalidade. Em primeiro lugar, um domínio definido por: 1) O conjunto constituído pelas instituições,

---

<sup>258</sup> Um exemplo moderno dessa figura é o *homo sacer* de Agamben que nada mais é do que aquele que não é cidadão, mas também não é presidiário, daquele que é eliminado pelo Estado sem o ser oficialmente morto. No Brasil o maior exemplo talvez seja a figura do traficante cuja morte, apesar de não ser legalizada, não acarreta consequências para os policiais que diariamente executam pessoas nas favelas do país, para que o assassinato seja justificado basta a juntada dos autos de resistência que tornam legal um ato ilegal, sancionando por via transversa o extermínio de uma população. Para mais informações ver: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010 e ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Renan, 2015.

procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer essa forma de exercício do poder que tem, por objetivo principal, a população; por forma central, a economia política; e, por instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança. 2) A tendência, a linha de força que, por um lado, no Ocidente, conduziu à preeminência desse tipo de poder que é o governo sobre todos os outros: a soberania, a disciplina, e que, por outro, permitiu o desenvolvimento de uma série de saberes. 3) O processo, ou melhor, o resultado do processo, pelo qual o Estado de justiça da Idade Média converteu-se, durante os séculos XV e XVI, no Estado administrativo e finalmente no Estado *governamentalizado* (DEB, 655). O estudo das formas de governamentalidade implica, então, a análise de formas de racionalidade, de procedimentos técnicos, de formas de instrumentalização. Trata-se nesse caso, do que se poderia chamar de "governamentalidade política" (CASTRO, 2009, p. 190).

O poder pastoral que dará forma a governamentalidade é caracterizado por uma preocupação genuína do "pastor" com o seu "rebanho", tanto de forma individual, quanto totalizante, almejando sempre a "salvação" dos seus governados.

O que nos interessa reter nas análises de Foucault acerca do poder pastoral é, acima de tudo, o aspecto da "condução" dos homens, ou da "condução da conduta" dos homens, que segundo o autor integra esse tipo de poder, pois é tal aspecto que servirá de referência para Foucault pensar nas formas de governamentalidade política mais adiante. O poder pastoral se ocupa das almas dos indivíduos, mas o faz na medida em que a condução das almas implica formas de intervenção permanentes sobre as condutas cotidianas e a gestão de suas vidas. A pastoral, no Cristianismo, será uma arte de conduzir, dirigir, de guiar os homens, tendo por função atingi-los individual e coletivamente, levando-os a um estado de salvação (FONSECA, 2002, p. 220).

O poder pastoral impõe uma dominação sutil que não decorre meramente da repressão, como no modelo de poder soberano tradicional (aliando-se, portanto, a lógica proposta pelo pensamento de Foucault), mas que assujeite os indivíduos através de normas que tomem por base um saber constante e produtivo. Também há uma desconsideração pela individualidade, não havendo distinção entre os normais e os anormais. Seguindo esse diapasão diz Fonseca (2002, p. 221) que

A salvação, sendo o principal objetivo do poder pastoral, além de implicar um tipo específico de relação entre pastor e rebanho, implicará ambos em uma relação peculiar com a lei e com a verdade. Na pastoral cristã quem dá a conhecer a lei (a Vontade de Deus) é o pastor. (...) O pastor deve enunciar a verdade e deve fazê-lo também por meio de sua própria vida. O ensinamento da verdade implica, na pastoral cristã, um modelo de vida a ser observado, implica um saber que decorre da observação das condutas do pastor em sua vida cotidiana. É possível concluir, com Foucault, que o poder pastoral assegura um modo específico de individualização, calcado na ideia de salvação, calcado igualmente numa relação de obediência incondicional à lei e numa forma de relação com a verdade em que o problema da condução das condutas é central. A pastoral (...) é um instrumento de condução das condutas.

Assim nasce o Estado moderno, como um governo que não mais ignora os indivíduos, mas os insere dentro de uma lógica binária de controle individual e coletivo. A medicina, a economia, a educação e a estatística serão os saberes que solidificarão as práticas de dominação.

É necessário frisar que apesar da análise estatal ser fundamental à compreensão da biopolítica, há uma clara distinção entre governo e estado. Como já dito, o poder pastoral exercido pela igreja católica era uma forma de guiar a conduta humana, ou seja, uma forma de governamentalidade. O que o Estado faz é permitir que essa prática se torne generalizada, centralizada e organizada em uma escala nunca antes vista. Todos os seres humanos se tornam as ovelhas guiadas pelo Estado providência.

Feita a ressalva de que o Estado não é o único centro de poder, não se pode olvidar de sua importância. Ele é o responsável por diversas práticas regulamentadoras, inclusive desrespeitando e infringindo seus próprios postulados. Apesar do Estado, por exemplo, se pautar pelo princípio da legalidade e afirmar que nada pode realizar a não ser o que esteja previsto em lei, em clara dicotomia com o particular, que pode realizar tudo aquilo que a lei não proíba, é um contumaz e irrepreensível violador das leis que ele próprio institucionaliza.

Portanto pensar o Estado apenas como uma figura jurídico-política não é suficiente para que se compreenda seu funcionamento, ou em outras palavras, suas práticas, pois seu

exercício de poder biopolítico normalmente não se prende às regras que impõe a si, sobrepondo-se quando necessário ao que previamente estabeleceu<sup>259</sup>.

A biopolítica, ao contrário da soberania e disciplina, irá gerir os fenômenos humanos de forma mais indireta. Tome-se, por exemplo, a questão dos alimentos, enquanto a escassez é vista como preocupante por todas três formas de exercício do poder - a soberania e a disciplina imporão restrições ao uso de determinados alimentos, a biopolítica influenciará o mercado através de subsídios ou quaisquer outras políticas de incentivo -, moldando a realidade para que a produção se adeque à expectativa e não o contrário (MORAIS, 2014, p. 127-129).

Enquanto na soberania há uma dicotomia entre o permitido e o proibido, na biopolítica há uma matização desses conceitos, em troca de uma aplicação mais generalizada da norma. A conjugação da aplicação do poder disciplinar e regulamentador desencadearam na sociedade de normalização, nada mais do que uma forma de gerir a sociedade de maneira a almejar sempre a homeostase da relação. É por isso que, apesar do jurídico prever uma série de direitos, estes nem sempre são garantidos, pois cabe à biopolítica analisar sua conveniência.

Todos têm direito à moradia digna de acordo com a constituição, mas a quantidade de sem tetos no Brasil, para permanecer com um exemplo local, é assustadora<sup>260</sup> e esse não é apenas um defeito da aplicação da legislação, mas o resultado de uma série de escolhas políticas cujos efeitos práticos imediatos são manter uma parcela da população

---

259 Um exemplo perfeito para ilustrar o alegado é a quantidade de demandas envolvendo o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) que de acordo com a Lei nº 8.213 em seu art. 1º afirma que "A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente" (SOUZA, 2012). A despeito disso, o INSS é o maior litigante do país e por qual motivo? Recusa a cumprir decisões proferidas em primeiro grau que estabelecem benefícios aos segurados, postergando ao máximo o cumprimento da sentença, indo de encontro ao seu princípio fim que deveria ser assegurar aos seus beneficiários as condições mínimas de subsistência. Para mais informações ver: SOUZA, Pedro. INSS lidera ranking de processos judiciais. *Diário do Grande ABC*. 2012. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/41772/inss-lidera-ranking-de-processos-judiciais>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

260 De acordo com a Constituição Federal em seu art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Contudo, a despeito disso, a quantidade de sem-tetos no Brasil apenas cresce com o passar dos anos, apesar de uma estimativa concreta ser difícil, pois os dados oficiais não ajudam a mapear o fenômeno de maneira adequada. Em 2005 estimou-se que a população de sem-tetos no Brasil chegaria à casa dos 33 milhões (PORTAL APRENDIZ, 2005).

em condições de miserabilidade de forma a garantir o máximo conforto para outra, ínfima e poderosa, parcela da população.

#### **4 CONCLUSÃO**

Tendo em vista o exposto podemos compreender que a biopolítica, enquanto conceito na obra de Foucault, permitiu um controle maior das políticas públicas e um uso da estatística como ferramenta de construção de estruturas governamentais.

É importante repisar que a análise do poder na obra foucaultiana é fluida, não há uma definição concreta e rígida do que deve se entender como poder, mas uma análise de práticas e dispositivos que permitem desvelar parte do funcionamento do poder estatal. Não há exclusão entre essas facetas, mas complementação.

A biopolítica é em essência nada mais do que o governo de seres vivos, com o intuito de otimizar o gerenciamento dos problemas, a partir de uma determinada lógica. Não significa que ela tenha o objetivo de atingir a melhor sociedade em definitivo, mas sim que o melhor que ela almeja é um dos "melhores" possível e, geralmente, é aquele que permite manter o *status quo* dentro do limite do tolerável para as classes mais favorecidas.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. *O que é um dispositivo?*. In: AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 25-54.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DUARTE, A. M.. *De Michel Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica*. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de (Org.). *Fenomenologia Hoje III: bioética, biotecnologia, biopolítica*. 1. ed. Porto Alegre: Editora da PUCRS, 2008, p. 63-87.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 2003.

\_\_\_\_\_. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. *Segurança, território e população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção tópicos).

LEMKE, Thomas. *Bio-politics: an advanced introduction*. New York and London: New York University Press, 2011.

MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. *Direito, norma e biopoder em Michel Foucault*. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2014.

REVEL, Judith. *Foucault: conceitos essenciais*. Tradução de Carlos Piovezani Filho e Nilton Milanez. São Carlos: Claraluz, 2005.

SOUZA, Pedro. INSS lidera ranking de processos judiciais. *Diário do Grande ABC*. Jun. 2012. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/41772/inss-lidera-ranking-de-processos-judiciais>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SMART, Barry. *Michel Foucault: revised edition*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002.

## AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E UMA ANÁLISE DE COMO SUPERAR AS BARREIRAS DA EXCLUSÃO DIGITAL

AMANDA CAROLINE SOARES<sup>261</sup>

**Resumo:** Este artigo analisa as ondas renovatórias de acesso à justiça e seus impactos positivos e negativos sobre os vulneráveis economicamente e digitalmente. Através da exploração dos elementos-chave das ondas, principalmente a sexta onda, como tecnologia, resolução alternativa de disputas e autosserviço, examinamos como a acessibilidade, a redução de custos e do tempo de espera estão transformando o acesso à justiça para essa parcela da população. Por fim, conclui que essas inovações têm o potencial de reduzir desigualdades e tornar o sistema de justiça mais inclusivo.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça, ondas renovatórias, digitalização, inclusão, políticas públicas.

### 1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça tem sido um tema central de discussão e reforma no campo jurídico ao longo das últimas décadas. No contexto global, a busca por garantir que todas as camadas da sociedade possam usufruir de maneira eficaz do sistema judicial é de extrema relevância, dado o impacto direto que tem sobre os direitos individuais, a justiça social e a igualdade. Este breve artigo busca abordar o histórico do acesso à justiça, analisar a concepção da sexta onda renovatória e sua influência no cenário jurídico atual brasileiro.

No cerne deste artigo, em um primeiro momento, levanta-se a questão fundamental de como as transformações nas abordagens ao acesso à justiça, representadas pelas ondas renovatórias de Cappelletti e as contribuições subsequentes de Economides, Junqueira e outros, impactam o direito e sociedade.

Diante disso, a hipótese é que a expansão das alternativas de acesso à justiça, com a integração da tecnologia e da inclusão digital, promete tornar o sistema judicial mais inclusivo, eficiente e acessível, mas requer estratégias cuidadosas para evitar a exclusão de grupos vulneráveis.

O propósito central é explorar os desafios e oportunidades que surgem com a crescente digitalização do acesso à justiça, tendo em vista a necessidade de equilibrar a

---

261 E-mail: amandasoares140390@gmail.com

eficiência proporcionada pela tecnologia com a inclusão de todos os cidadãos, em especial aqueles em situação de vulnerabilidade social.

## **2.METOLOGIA**

Este estudo se baseia em uma metodologia de revisão bibliográfica qualitativa. As obras selecionadas para análise foram escolhidas com base em sua relevância para o tema de acesso à justiça e sua capacidade de oferecer uma síntese significativa das diferentes correntes de pensamento que moldaram a evolução desse campo. Autores como Mauro Cappelletti, Kim Economides, Eliane Botelho Junqueira e outros cujas contribuições estão inseridas no contexto das ondas renovatórias do acesso à justiça foram escolhidos para esta revisão de literatura. Além disso, foram priorizadas obras mais atuais que apresentam uma análise contemporânea das transformações em curso no sistema de justiça, especialmente no contexto da digitalização.

## **3.ANÁLISE & DISCUSSÃO**

As ondas renovatórias de acesso à justiça são um conceito desenvolvido pelo jurista italiano Mauro Cappelletti e Bryant Garth em seu trabalho seminal "Acesso à Justiça" (1978), fruto de um movimento de acesso à justiça que ganhou destaque na década de 1970, quando estudiosos do Direito e de várias outras áreas refletiam sobre o tema levando em consideração diversas realidades mundiais – o "Projeto Florença". O livro é considerado uma obra fundamental no campo do acesso à justiça e na reforma do sistema judicial, tendo sido lançado no Brasil em 1988.

Na obra, os autores propõem uma análise metodológica da ciência jurídica a partir dos aspectos políticos do processo, identificando as "correntes inovadoras" como momentos em que o Direito precisou reconhecer certas necessidades ou condições para evitar que o acesso à justiça se tornasse inviável. Essas correntes não seguem uma ordem cronológica e estática; em vez disso, elas evoluem ao longo do tempo, principalmente por meio do processo e do debate legislativo, mas também na aplicação da lei em casos em litígio.

A primeira corrente, por exemplo, diz respeito ao reconhecimento dos desafios econômicos para o acesso à justiça. Tornou-se evidente, independentemente do sistema legal de um país, que era necessário garantir o acesso à justiça para pessoas de menor poder econômico, a fim de evitar a elitização completa do sistema judicial e as disparidades sociais resultantes disso. A Lei de Assistência Judiciária Gratuita, Lei n.º 1.050, de 1960, faz parte desse contexto.



A segunda corrente de acesso apontada por Cappelletti decorre da identificação da necessidade de acesso à justiça para proteger os direitos difusos e coletivos. Não basta que todos, independentemente de sua situação financeira, tenham acesso à justiça; a justiça também deve ser acessível às demandas que afetam grupos específicos com interesses comuns. Leis como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) abordam essa questão.

A terceira corrente inovadora reconhece a necessidade de explorar novas abordagens para o acesso aos mecanismos jurídicos, enfocando a eficácia na resolução de conflitos. Neste contexto, há um reconhecimento mais amplo da chamada “crise do Poder Judiciário”, resultante do aumento das demandas e da perda de qualidade na prestação de serviços judiciais.

Essa corrente inovadora teve um forte impacto no Código de Processo Civil atual. A conciliação, mediação (tanto judicial como extrajudicial) e arbitragem obtiveram reconhecimento legal como métodos eficazes de resolução de conflitos. Baseando-se na autocomposição e na livre autonomia de vontade, essa corrente reconhece o papel de outras ferramentas não judiciais, mas úteis na promoção da harmonia social.

A quarta corrente, no entanto, não foi elaborada por Cappelletti, mas sim por seu discípulo, o jurista australiano Kim Economides (1999). Essa corrente inovadora vai além da terceira, pois não apenas reconhece a necessidade de desenvolver abordagens diversas para a resolução de conflitos, mas também enfatiza a humanização do processo de resolução de conflitos. Kim propõe uma verdadeira renovação epistemológica do direito e da formação de profissionais jurídicos, começando pelo ensino nas faculdades.

Isso envolve, por exemplo, não mais considerar o conflito como um problema a ser tratado, mas como uma oportunidade de aprimorar a convivência social e coletiva. Afinal, o conflito é um fenômeno natural da vida em sociedade e tende a aumentar, à medida que vivemos mais tempo, com mais pessoas e em espaços menores, como destacado anteriormente.

A professora Eliane Botelho Junqueira (1996), da PUC-Rio, que hoje é um importante centro acadêmico de pesquisa empírica sobre o acesso à justiça no Rio de Janeiro, desenvolveu a quinta corrente, relacionada à justiça e à globalização. Para ela, a globalização tem desencadeado inúmeras transformações na administração da justiça, devido a empresas transnacionais, multinacionais e outras entidades que escapam da jurisdição dos estados-nação, além da pressão de grandes organizações internacionais.

Fica evidente que o sistema judicial dos Estados não está preparado para lidar com essas questões. Como resultado, surgiram os tribunais arbitrais, uma nova forma de resolução de conflitos supranacionais, na qual os Estados precisam se adaptar para lidar satisfatoriamente com problemas de alcance global.

A sexta onda enfoca a relação entre a revolução tecnológica, em especial a chamada revolução 4.0, e a acessibilidade à justiça. Destaca-se o acesso à justiça no ambiente virtual como um reflexo do projeto proposto pela *Global Access to Justice Project* (2019), que busca aprimorar o acesso à justiça por meio de tecnologias inovadoras. Parte-se da premissa de que a vulnerabilidade cibernética pode representar um obstáculo, visto que o acesso à internet e o conhecimento em tecnologia se tornam requisitos para a utilização de tribunais online e outros serviços judiciais digitais.

A mais recente e derradeira onda é a sétima e está interrelacionada à desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça, seu enfoque é a proteção de grupos sociais vulneráveis ou culturalmente vulnerabilizados. Observamos em ascensão atos normativos do CNJ a fim de pautar a atuação do judiciário em consonância com os direitos humanos de grupos vulneráveis, como mulheres, população LGBTQIA+, pessoas negras, etc.

Como mencionado alhures o enfoque do trabalho é a Sexta Onda renovatória.

A introdução da tecnologia no âmbito jurídico ganhou relevância a partir dos anos 2000, sobretudo com a ratificação da Declaração de Santa Cruz de La Sierra (2003), mesmo que a Constituição Federal brasileira não aborde explicitamente os direitos ligados à era tecnológica. Contudo, a promoção da tecnologia e inovação é um compromisso do Estado, segundo a Constituição (BRASIL, 1988).

No entanto, enfatiza-se que a imposição do uso de plataformas virtuais como pré-requisito para a ação judicial pode excluir aqueles sem acesso ou conhecimento tecnológico. É importante destacar que a pandemia global de COVID-19 elevou a demanda por soluções digitais, colocando as pessoas em situação de vulnerabilidade social e cibernética em um risco ainda maior.

Assim sendo, apesar dos benefícios da tecnologia para aprimorar o acesso à justiça, a exclusão digital pode impedir que pessoas vulneráveis tenham efetivo acesso à justiça. Por isso, a necessidade de um sistema híbrido que valorize o sistema de justiça em ambiente tecnológico, mas assegure o atendimento presencial para aqueles sem acesso virtual. Por exemplo, a importância de evitar a exclusão e marginalização das pessoas vulneráveis devido à falta de acesso à tecnologia.

Isto posto, são diversas as ferramentas e mecanismos tecnológicos para a resolução de disputas e para facilitar o acesso à justiça, incluindo a mediação e conciliação online, plataformas de resolução de conflitos e até mesmo o balcão virtual que realiza o atendimento por videoconferência do jurisdicionado através agendamento prévio, evitando que precise se deslocar até o fórum.

É mister também destacar a importância do processo eletrônico e da videoconferência para acelerar os processos judiciais e promover o acesso à justiça, evidenciando que a digitalização remove as barreiras territoriais e temporais para tal acesso.

Além disso, cito regulamentações e práticas específicas, como a comunicação via WhatsApp, audiências por videoconferência, perícias virtuais e conciliação não presencial, ressaltando os desafios e riscos envolvidos nesses processos virtuais. Por fim, saliento a necessidade de as instituições estudarem o acesso à justiça em ambiente virtual para prevenir uma vulnerabilidade sistêmica que comprometa a dignidade humana.

Smith (2021) aponta que o uso da IA pode ter implicações no acesso à justiça, como o risco de reproduzir decisões enviesadas e o desemprego tecnológico. A automação de tarefas também é discutida, com a ressalva de que as máquinas podem otimizar o trabalho humano, mas não o substituir completamente. O autor sugere que a tecnologia pode ser um importante instrumento para aprimorar o acesso à justiça, desde que seja usada em conjunto com o trabalho humano, sem substituí-lo (p. 80-84).

Neste mesmo contexto da inteligência artificial, destaca-se o racismo algoritmo, em que programas/aplicativos desenvolvidos por seres humanos reproduzem o racismo estrutural arraigado na sociedade, causando uma série de exclusões, desvantagens e preconceitos velados por meio da IA a fim de privilegiar um grupo hegemônico, no caso a branquitude.

Salles (2006), por sua vez, destaca a importância do acesso à justiça como um direito social que exige intervenção positiva do Estado. Apesar de a Constituição assegurar o exercício dos direitos sociais e mecanismos jurídicos para sua proteção, violações ainda ocorrem. Para garantir o acesso à justiça, especialmente no ambiente digital, é fundamental a combinação de direitos, como o acesso à internet e à inclusão digital, para combater práticas que violem a dignidade humana.

A contribuição de Sandefur et al. (2020) vai no sentido de que o acesso à justiça não é apenas um direito, mas uma garantia para o exercício de outros direitos e uma ferramenta de combate à pobreza e exclusão social. No entanto, a digitalização do acesso à justiça não

deve criar obstáculos para a concretização desses direitos, exigindo a identificação de obstáculos e a busca por soluções.

Eles também enfatizam a importância do investimento estatal e da disseminação de informações para garantir o acesso à justiça, especialmente no contexto de desigualdade social. A reserva do possível não deve limitar o acesso à justiça, pois os direitos fundamentais devem prevalecer sobre questões orçamentárias.

Portanto, enfatizam que há de se defender a necessidade de políticas públicas estrategicamente pensadas para a inclusão digital, evitando práticas discriminatórias e garantindo a igualdade no acesso à justiça. A paridade de armas tecnológicas é fundamental para permitir o acesso democrático à justiça no ambiente digital, alinhando-se com os princípios constitucionais democráticos.

Entende-se, por fim, que sexta onda deve ser defendida por seu potencial em tornar o acesso à justiça mais inclusivo, eficiente e acessível, beneficiando uma ampla gama de cidadãos. Ela promove a resolução de disputas de forma mais rápida, reduz custos, amplia o acesso à informação legal, moderniza o sistema de justiça e aborda desafios emergentes. No entanto, é crucial garantir que a inclusão digital seja uma prioridade para evitar a exclusão de grupos vulneráveis, assegurando que todos tenham acesso aos benefícios dessa transformação tecnológica.

#### **4.CONCLUSÃO**

Os benefícios da sexta onda tecnológica para os usuários hipossuficientes são notáveis. A digitalização do acesso à justiça pode proporcionar a essas pessoas um meio mais acessível e ágil para resolver suas questões legais. A possibilidade de acesso a serviços judiciais online pode reduzir os custos com deslocamento e tempo, tornando a justiça mais inclusiva e conveniente. Além disso, a disponibilidade de recursos como mediação online e plataformas de resolução de conflitos pode ajudar a solucionar disputas de forma mais eficiente e econômica.

No entanto, é fundamental reconhecer que a exclusão digital é um desafio significativo para as pessoas de baixa renda. A falta de acesso à internet e o desconhecimento de tecnologia podem ser barreiras para a utilização efetiva dos serviços judiciais digitais. Portanto, é crucial que as políticas públicas visem a reduzir essa lacuna digital, garantindo que todos, independentemente de sua situação financeira, possam desfrutar dos benefícios da sexta onda de acesso à justiça.

Em resumo, a tecnologia oferece oportunidades valiosas para aprimorar o acesso à justiça, mas é necessário adotar uma abordagem equitativa que leve em consideração as

necessidades das pessoas de baixa renda. Um sistema híbrido que combina o acesso virtual à justiça com o atendimento presencial é essencial para garantir que a inclusão digital não deixe ninguém para trás. O desafio reside em criar políticas públicas abrangentes e estratégicas que permitam a todos desfrutar dos benefícios da revolução tecnológica no acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

CUMBRE IBEROAMERICANA. Declaração de Santa Cruz de La Sierra. XIII Cimeira Ibero-americana de chefes de Estado e de Governo. 14 e 15 de novembro de 2003. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf> . Acesso em: 05/11/2023.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: A inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocadas. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.779-785.

SANDEFUR, Rebecca; GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross; ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da. *Access to justice and inequalities: an interview with Professor Rebecca Sandefur*. Entrevistas. Revista Direito GV. 16 (2). 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/RvwNW9SYXWVMnR9Zpr4NcKG/?lang=en#> Acesso em 03/11/2023.

SMITH, Roger. Law, technology and access to justice: where are we now? In: LEONARDO, César Augusto Luiz Leonardo; SANTOS, Karinne Emanuela Goettens dos; MAIA, Maurilio Casas. *Acesso à Justiça e Processo no Século XXI: Estudos em homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Tirant Brasil, 2021.

WASP. *Projeto global de acesso à justiça*. 2019. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br> . Acesso em 05/11/2023.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Rev. Estudos Históricos. 18 – 1996. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em 03/11/2023.

## O DIREITO À CRECHE E A SAÚDE MENTAL FEMININA

**NATÁLIA DAS ÁGUAS COSTA DE JESUS:**

Advogada, Formada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito<sup>262</sup>.

**Resumo:** Esse artigo pretende relacionar, de forma sucinta, o direito da criança de acesso à educação em creche e pré-escola, de hierarquia constitucional, com a saúde mental feminina. O texto parte de um apanhado feito sobre a previsão desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a tramitação do Projeto de Lei nº 975/2023, que, dentre os seus objetivos, visa priorizar a disponibilização das vagas para matrículas disponíveis em creches públicas ou entidades equivalentes para crianças com mães que estejam matriculadas na rede pública de educação ou que comprovem vínculo empregatício. O objetivo é demonstrar que o direito sob enfoque, para além de ser da criança, alcança também às mães, a quem, culturalmente, tem sido atribuído o dever de cuidado e de gestão da educação, impactando assim na saúde mental e na autoestima das mulheres, bem como no seu ingresso e permanência no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, chamando-se atenção, ainda, para a dimensão estrutural e política do problema em questão.

**Palavras-chave:** Direito à Creche. Direito à educação infantil. Saúde Mental Feminina.

De acordo com a Constituição Federal, é dever do Estado efetivar o direito à educação da criança de 0 a 6 anos mediante a garantia de atendimento em creches e pré-escolas (artigo 208, inciso IV). Além da sua hierarquia constitucional, o direito à creche possui previsão legal em outros dispositivos positivados no ordenamento jurídico a fim de confirmar e efetivar a importância de sua observância em diversas esferas.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 54, repete o texto constitucional, bem como o faz a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBE), que, além disso, elenca a frequência à creche, ou a entidades equivalentes, como etapa da educação infantil, cuja finalidade é proporcionar o desenvolvimento integral da criança, sob os aspectos físico, psicológico, intelectual e social, de forma complementar à atuação da família e da comunidade (artigos 29 e 30).

---

262 E-mail: nataliadasaguas@gmail.com

Bem assim, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) garante à mãe trabalhadora o direito a berçário ou creche nos locais de trabalho, sempre que a empresa tiver trinta ou mais mulheres trabalhando (artigo 400).

Beatriz Rangel tenta matricular a filha na zona sul da Capital. “Tem dois anos que fiz a matrícula na escolinha dela e até hoje não chamaram”, disse. “Agora estou separada, preciso trabalhar e preciso colocá-la na escolinha, porque senão, como vou me sustentar e sustentar ela?”, questiona.

A dona de casa Maria de Fátima Maciel quer voltar a trabalhar. Mas não tem com quem deixar a filha de um ano e oito meses. Na fila de espera por uma vaga na creche, ela ainda teria que aguardar bastante.

Também dona de casa por não poder sair para trabalhar, Jerdiélia Maciel espera há tempo por uma resposta do poder público para poder retornar ao mercado de trabalho.

Auxiliar de faturamento Viviane da Silva Santos, volta a trabalhar na semana que vem. A pressa fez com que ela buscasse a judicialização para acelerar o processo. 263

As passagens acima citadas foram retiradas de uma matéria veiculada no site da Jovem Pan acerca da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo no ajuizamento de ações judiciais para garantir às crianças e aos seus pais, assistidos pela instituição, o exercício do direito à creche.

A despeito das realidades diversas que devem experimentar Beatriz, Maria de Fátima e Jerdélia, há um ponto de convergência na história das três mulheres: como acessar o mercado de trabalho e prover o sustento da casa e dos filhos se não há quem olhe por eles enquanto elas exercem essa função?

Recentemente, em março de 2023, foi protocolado no âmbito do poder legislativo o Projeto de Lei nº 975/2023, que traz em seu bojo, dentre os critérios de priorização das vagas para matrículas disponíveis em creches públicas ou entidades equivalentes o fato de

---

263 Pais recorrem à Justiça para colocar filhos na creche; prédio da Defensoria já separa área para crianças. Disponível em: < <https://jovempan.com.br/noticias/pais-recorrem-justica-para-colocar-filhos-na-creche-predio-da-defensoria-ja-separa-area-para-criancas.html> > acesso em: novembro de 2023.



estar a mãe matriculada na rede pública de educação, ou, ainda, de que essa possua comprovado vínculo empregatício.<sup>264</sup>

O projeto traz, dentre os seus fundamentos, as seguintes justificativas:

A creche representa um fundamental aspecto do desenvolvimento infantil, possibilitando às crianças receberem estímulos educacionais e sociais que produzirão impactos ao longo de toda a vida, **além de consistir importante vetor para as mães e o país permanecerem ativos no mercado de trabalho, enquanto seus filhos recebem assistência educacional.** A insuficiente oferta de creches públicas afeta as crianças das famílias de renda mais baixa, notadamente as mães trabalhadoras. Quando se expande o atendimento em creches e pré-escolas de qualidade, não se está somente alcançando a meta de um plano de educação, mas incluindo crianças na trajetória educacional, ampliando seu universo de conhecimento e de relações, assegurando-lhes uma base sólida de aprendizagem. **O acesso à educação infantil é extremamente relevante para as famílias monoparentais, considerando que as crianças desses lares podem ficar desassistidas se não houver disponibilidade de vaga.** Outrossim, a vaga em creche é fundamental para viabilizar a manutenção dos responsáveis pela criança no mercado de trabalho, garantindo a oportunidade de se manterem economicamente ativos.<sup>265</sup> (grifamos)

A relação entre o direito à creche e a saúde mental das mulheres é uma questão importante, pois as responsabilidades relacionadas ao cuidado infantil têm um impacto significativo na vida das mães.

A definição do papel de gênero, sob uma perspectiva binária – homem e mulher, ou feminino e masculino – é conceito interacional que, para além das diferenças genéticas,

---

264 Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2240543&filename=PL%20975/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2240543&filename=PL%20975/2023)> acesso em: novembro de 2023.

265 Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2240543&filename=PL%20975/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2240543&filename=PL%20975/2023)> acesso em: novembro de 2023.

objetifica uma construção cultural, de modo que os papéis atribuídos ao homem e à mulher são conceitos dinâmicos que oscilam no tempo e no espaço.

Para Valeska Zanello, professora, escritora e psicanalista, o conceito de gênero é entendido de forma relacional: implica sempre relações de poder ou lugares de maior ou menor prestígio e empoderamento<sup>266</sup>.

Nesse sentido, ao ter o feminino atribuído a si as funções de cuidar, educar e tantas outras ligadas ao âmbito doméstico e afetivo, dentro de um contexto histórico e cultural patriarcal, há uma valoração de menor importância a tais tarefas que, sob uma perspectiva estrutural, alcança a formação psíquica de homens e mulheres, a princípio, independentemente do poder aquisitivo, sendo assim uma realidade que perpassa – ainda que sob diferentes roupagens – por todas as classes sociais.

No ensaio denominado “Essa mulher não sai daqui da unidade’: práticas de descuido e invisibilizações na estratégia de saúde da família”<sup>267</sup>, as pesquisadoras Ionara Viera Moura Rabelo e Maria de Fátima Araújo se propuseram a problematizar o estudo da saúde mental sob uma perspectiva de gênero, para além da forma biologizante e dos critérios de classe, deixando de lado, ainda, o conceito de patriarcado como explicação da dominação masculina *versus* opressão e subordinação feminina.

As autoras do estudo supramencionado, alertam para o fato de que as construções socioculturais que atribuem ao feminino o dever do cuidado de si e de seus familiares, têm contribuído para que os profissionais de saúde negligenciem a sobrecarga atribuída por essa realidade, para além de viabilizar a naturalização da medicalização do corpo feminino, consubstanciada pela violência, pelo uso de álcool e de drogas e pela dependência de ansiolíticos. As relações saúde-doença transversalizadas pelos problemas sociais têm sido diagnosticadas e medicadas de forma hegemônica, sem colocar em questão a existência-sofrimento dessas pessoas.<sup>268</sup>

Nesse sentido, enriquecedor se faz transcrever as conclusões veiculadas no artigo:

---

266 ZANELLO, Valeska. A Prateleira do Amor: Sobre Mulheres, Homens e Relações. Paraná. 1ª edição – Curitiba : Appris, 2022. p. 51.

267 ZANELLO, Valeska; DE ANDRADE, Ana Paula Müller. Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba : Appris, 2014. p. 129-146.

268 ZANELLO, Valeska; DE ANDRADE, Ana Paula Müller. Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba : Appris, 2014. p. 129-130.

O papel de cuidado, juntamente à sobrecarga que traz para as mulheres, e ficar em casa sem acesso ao lazer, foram os pontos debatidos pelas equipes como exemplo das relações entre gênero e sofrimento psíquico. **Foi possível problematizar como a prescrição de BZD269, nestes casos, prolonga o sofrimento, ao invés de ajudá-las, isto é, legítima apenas a continuidade de uma relação de iniquidade e sofrimento.** Por outro lado, as equipes disseram que a mulher não chega à unidade dizendo que não tem lazer, na verdade, elas queixam de muitas dores, nervosismo, insônia e, que estão sempre chorosas.<sup>270</sup>

Nesse sentido, é importante registrar que, para além de ser um direito da criança à educação, o direito à creche assume significativa importância para a saúde mental da mulher, a quem culturalmente tem sido atribuído o dever de cuidado dos filhos e da família, ressaltando-se aqui que, para além de funcionarem, em muitos lares, como arrimo de família, as mulheres somam as obrigações atinentes ao trabalho realizado fora da sua residência aos deveres domésticos.

O acesso à creche ou demais instituições congêneres de qualidade, que permitam que as mães entreguem os seus filhos em segurança e com a certeza de que serão bem atendidos, reduz sobre esse grupo o estresse e a carga mental associada ao cuidado constante, o que promove o empoderamento feminino, permitindo que as mulheres participem de maneira plena da força de trabalho, em igualdade de condições com os homens a quem, a despeito de também compartilharem o poder familiar, não foi atribuído dever de gerir psicologicamente o funcionamento da família, proporcionando independência e autonomia financeira.

É, assim, importante observar que o esgotamento psíquico que é experimentado pela mente feminina, a despeito de sentido no âmbito individual, se revela como resultado de um problema estrutural, cuja solução assume também uma perspectiva política.

Nesse sentido, o direito à creche desempenha um papel significativo na promoção da saúde mental das mulheres, ajudando-as a equilibrar suas responsabilidades familiares com suas necessidades pessoais e profissionais, reduzindo o estresse e promovendo a

---

269 Benzodiazepínicos (BZD) são medicamentos hipnóticos e ansiolíticos.

270 ZANELLO, Valeska; DE ANDRADE, Ana Paula Müller. Saúde mental e gênero: diálogos, práticas e interdisciplinaridade. Curitiba : Appris, 2014. p. 142-143.

igualdade de gênero. Garantir o acesso a creches de qualidade é uma questão importante para o bem-estar das mulheres e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo.