

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 7 - Abr. Jun/2024

AUTORES:

**Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Erika Nunes Dias
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann
Lia Coelho de Albuquerque
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araújo Formighieri**

COORDENADORES:

**Prof.º Valdeci Cunha
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Machidovel Trigueiro Filho**

**DOI: 10.56089/978-85-7872-698-0
ISBN: 978-85-7872-698-0
ISSN: 2965-2588**



AUTORES:

Andressa Goebel Pillon
Bruno Cury Modenesi Pereira
Daniel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
João Marcelo e Silva Diniz
Fábio Henrique Jagosich
Fabio Lima Sombra
Faustino Monteiro de Souza
Marcus Matias
Tális Mendonça Soares

COORDENADORES:

Prof.º Valdeci Cunha
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Jacob
Prof.º Machidovel Trigueiro Filho

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 7

Ano II. Nº 7. Abr. / Jun. 2024



Fortaleza-CE

2024

Esta obra está licenciada com uma Licença
[Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. E Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Jacob
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Autores

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 7. Abr. / Jun. 2024. Trimestral
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2024 – 162p. Digital

DOI: [10.56089/978-85-7872-698-0](https://doi.org/10.56089/978-85-7872-698-0)

ISBN: [978-85-7872-698-0](https://www.isbn.org/978-85-7872-698-0)

ISSN: [2965-2588](https://portal.issn.org/2965-2588)

Consulta ISSN: <https://portal.issn.org/>

Consulta DOI: <https://dx.doi.org/>

Consulta ISBN: <https://www.cbiservicos.org.br/isbn/pesquisa/>

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Coordenadores

Roberta Araújo Jacob

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza -UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010-2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE(2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Antônio Valdeci Cunha

Professor universitário, Palestrante, Escritor e Diretor-Presidente da VC TREINAMENTOS (www.vctreinamentos.com.br) Formado em DIREITO pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós-Graduado em Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Possui Formação, Profissionalização e Certificação INTERNACIONAL em Coaching, Mentoring, Holomentoring do Sistema ISOR pelo INSTITUTO HOLOS DE QUALIDADE/CEADH. Tem vários livros e artigos publicados nacionalmente, além de participar da elaboração de diversas Apostilas para Concursos Públicos. Foi professor do IDEEC/UVA/Ce - SENAC, CETREDE (UFC), PROFITEC (Prefeitura de Fortaleza), além de professor de Concursos Públicos, ministrando as disciplinas de Direito Constitucional, Direito e do Trabalho, Direito do Consumidor, Ética Profissional e no Serviço Público, Marketing Pessoal e Coaching para Concursos. Foi Diretor da D.Gazeta Mercantil-Jornal/Sucursal/Ce. É autor dos Livros: Manual dos Empregos - 6ª edição, Direito Constitucional para Concursos - 2ª edição, Guia Prático do Consumidor- 2ª edição, Direito do Trabalho Simplificado, Processo do Trabalho Simplificado, ambos 1ª.edição, Ética no Serviço Público Esquematizado - 4ª edição e Coaching para Concursos. Atualmente administra a Empresa VC TREINAMENTOS além de ministrar aulas e palestras em várias cidades brasileiras.

Karine Moreira Gomes Sales

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

Francisco Odécio Sales

Doutorando em Educação (Ensino de Matemática) na Universidade Federal do Ceará. Mestre em Matemática pela Universidade Estadual do Ceará (2019), por onde também obteve os títulos de Especialista em Ensino de Matemática (2015) e Licenciado Pleno em Matemática (2010). Bacharel em Matemática pela Universidade Federal do Ceará (2008) onde atuou como Monitor de Cálculo Diferencial e Integral (2005) e Bolsista de Iniciação Científica CNPq (2005-2008). Especialista em Matemática, Linguagens e Ciências Humanas e Sociais aplicadas pela UFPI. Atualmente é professor EBTT do Instituto Federal do Ceará (IFCE), Campus Itapipoca da Licenciatura em Física. Tutor e Professor Formador II da Universidade Aberta do Brasil (UAB/IFCE) desde 2011 e Professor Formador da UAB/UFC das Licenciaturas em Matemática e Física. Orientador de Graduação e pós-graduação (Monografia e TCC). Atuou como Professor efetivo da Secretaria de Educação do Ceará (SEDUC/CE) por 15 anos e também da Rede Municipal de Fortaleza (SME). Tem experiência na área de Matemática, com ênfase em Geometria Diferencial. Coordenou o Polo Olímpico de Treinamento Intensivo (POTI) de Crateús/CE de 2019 a 2022 e atualmente coordena o POTI de Itapipoca/CE. Atua nas seguintes frentes de pesquisa: Superfícies Mínimas, Geometria não euclidiana, Olimpíadas de Matemática, Equações Diferenciais Aplicadas e Ensino de Matemática. É membro do Grupo de Pesquisa em Geometria e Topologia das Singularidades (IFCE), do Grupo de Pesquisa Multidisciplinar em Ensino, Ciência e Tecnologia (IFCE Campus Itapipoca) e Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Matemática do Ceará (GEPEMAC/IFCE/CNPq). Membro do corpo editorial das editoras Conhecimento Livre, Atena, Quipá, Amplamente Cursos, DINCE, Arcos editores, V & V e InVivo e da Revista Clube dos Matemáticos. Autor de livros na área de Matemática e Educação. Revisor de periódicos. (Texto informado pelo autor)

Apresentação

A **REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ** – nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área reservada sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Portanto, tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral mais uma edição desta oportuna e enriquecedora **REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS** que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia, das ciências jurídicas e do exercício prático do Direito, promovem reflexões significativas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma **REVISTA** no formato digital, publicada trimestralmente, cuja publicação será disponibilizada ao público interessado por meio das plataformas <https://dince2editora.com/revistas/> e <http://www.revistadigitaldeciencias.com.br/> cujo conteúdo aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação dos profissionais do Direito e da Educação, **Prof.º Valdeci Cunha, Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Jacob**, entre outros renomados autores, a **REVISTA** busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, candidatos que se preparam para concursos públicos os quais exijam apresentação de trabalhos jurídicos de provas e títulos; magistrados, membros do Ministério Público e demais profissionais do Direito, diante do qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada **RDCJ -REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**.

A Revista Digital de Ciências Jurídicas anuncia o lançamento do 7º volume, Edição 2024, em consonância com seu compromisso de difundir a educação e o ensino, reiterando sua adesão aos valores do conhecimento. Esta edição apresenta artigos embasados nos princípios jurídicos, os quais exploram cuidadosamente temas contemporâneos por profissionais respeitados. Desde sua primeira publicação, a Revista tem se mantido fiel ao seu público, atenta às diversas nuances que impulsionam a sociedade, fortalecendo o debate acadêmico e cumprindo seu objetivo institucional.

O Corpo Editorial, composto por juristas de destaque, na busca pelo saber e ensino, reafirma o compromisso de priorizar os valores fundamentais nesta publicação, dada sua importância na condução do conhecimento. Destaca-se ainda a contribuição significativa dos autores e coordenadores, sob orientação dos mestres, enriquecendo esta coletânea acadêmica para o leitor, o verdadeiro protagonista desta jornada.

A Revista Digital de Ciências Jurídicas, distribuída de forma eletrônica semestralmente, visa promover a produção e publicação de artigos científicos de grande importância na seara jurídica, expandindo o alcance do conhecimento para um público cada vez mais amplo.

Desde já, convido você a participar, não apenas como leitor, mas como protagonista ativo neste processo.

Vanques de Melo
Editor-chefe

Sumário

Bruno Cury Modenesi Pereira

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO PERÍODO PÓS-PANDEMIA..... 17

Andressa Goebel Pillon

O CABIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES DE HOMICÍDIO NO TRÂNSITO EM CASO DE EMBRIAGUEZ 29

João Marcelo e Silva Diniz

MUNICIPALIZAÇÃO DO TRÂNSITO 59

Daniel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

A PROVA NO PROCESSO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO 89

Marcus Matias

DIREITO DIGITAL: FUNDAMENTOS E TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 105

Tális Mendonça Soares

ANÁLISE JURÍDICA 93

Faustino Monteiro de Souza

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE ÀS DECISÕES MONOCRÁTICAS E SEUS DISPOSITIVOS 127

Fabio Lima Sombra

Fábio Henrique Jagosich

A QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS EM NUVEM E A AUSÊNCIA DE LIMITES NA PERSECUÇÃO PENAL.....

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO PERÍODO PÓS-PANDEMIA

CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN DEMOCRACY IN THE POST-PANDEMIC PERIOD

Bruno Cury Modenesi Pereira¹

Resumo: O presente estudo tem por finalidade analisar os efeitos econômicos e sociais provenientes da pandemia de covid-10, mais precisamente na democracia brasileira, para vislumbrar possíveis consequências no futuro.

Palavras-chave: democracia; pandemia.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the economic and social effects arising from the Covid-10 pandemic, more precisely in Brazilian democracy, to glimpse possible consequences in the future.

Keywords: democracy; pandemic.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

As discussões sobre o futuro da democracia sempre estiveram em pauta. Naturalmente, nos momentos de crises sociais, políticas ou econômicas esse debate é potencializado, ganhando especial relevância nas pesquisas sobre o regime democrático.

O período imediatamente seguinte à Segunda Guerra Mundial, por exemplo, comportou inúmeras previsões negativas sobre o desenvolvimento e as transformações da democracia, principalmente em razão das incertezas que pairavam sobre as grandes economias do mundo. Porém, tais projeções restaram superadas em decorrência da ampliação da democracia na Europa Ocidental e em boa parte das nações da América Latina ao longo do século passado.

As graves implicações sociais e econômicas que decorrem da pandemia de covid-19 revelam-se suficientes para restabelecer o quadro de incertezas outrora vislumbrado, apresentando-se, pois, como novo recorte temporal apto a justificar a revisitação dessa temática.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Desde logo, é indispensável observar que, em conformidade com a conclusão adotada em vários trabalhos científicos relativos ao assunto ora abordado, a pesquisa realizada neste trabalho não tem a pretensão de fixar o caminho que o regime democrático brasileiro adotará no período pós-pandemia. Tal tarefa demandaria certo emprego de futurologia em razão das mais diversas variáveis que repercutem no porvir, medida que não se alinha à abordagem acadêmica. O presente estudo, na verdade, tem a pretensão de apresentar breves considerações sobre o estado atual da democracia brasileira e o impacto que ela suportará com os efeitos drásticos advindos da pandemia de covid-19.

Como é cediço, o estudo da democracia é praticamente infundável. Dessa forma, o recorte temático deste trabalho restringe-se ao exame da correlação da economia com a democracia, sem obviamente desprezar pontuais observações sobre outras importantes vertentes que contribuem para a avaliação prognóstica que se propõe. Este artigo, portanto, pretende tratar da repercussão das oscilações econômicas e do desenvolvimento social na democracia, no intuito de contribuir para o estudo das alternativas que se apresentam no período pós-pandêmico.

Para tanto, propõe-se a análise inicial da fase de consolidação da democracia, com a observância da governabilidade democrática, passando-se para a fase de recessão e as perspectivas que se verificam com a superação dos graves entraves econômicos derivados da pandemia.

2. CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA

A ampliação global do regime democrático, contudo, não induz automaticamente à conclusão de que a democracia se consolidou na maioria dos países que a adotaram. A substituição de governos autocráticos representa uma constatação inafastável dessa extensão espacial, mas a implementação efetiva da democracia é algo que suplanta a simples substituição de ditaduras.

Os Estados Unidos da América sempre foram citados como exemplo de democracia consolidada, o que não se alterou após a submissão a inúmeros testes nas últimas décadas, como na mais recente eleição presidencial. Com efeito, no enfoque ora abordado, é evidente que a democracia americana se apresenta como o exemplo ideal daquilo que se imaginou para o adequado funcionamento do sistema.

Trata-se, contudo, de notável exceção, sobretudo quando comparada com as recentes democracias latino-americanas, como é a brasileira. Na realidade, na grande maioria das nações democráticas, o que se vê são frágeis processos transitórios, sendo que cada qual é dotada de inúmeras peculiaridades.

Nesse contexto, a garantia mínima das liberdades é essencial para o desenvolvimento da democracia. A implementação dos direitos sociais, por exemplo, é uma das formas de libertar o cidadão, erigindo-o a uma posição de independência em relação ao assistencialismo estatal, o que lhe confere a possibilidade de exercer efetivamente os poderes que lhe são outorgados nesse regime. Até mesmo o exercício básico da democracia na forma representativa através do voto é exercido com maior liberdade quando há essa liberdade institucional, com o pleno gozo dos direitos sociais.

A liberdade do cidadão no tocante a sua dependência do aparato estatal apresenta-se, portanto, como pressuposto necessário para que a democracia seja verdadeiramente implementada.

A transposição dessas premissas para a realidade brasileira conduz à elementar conclusão de que o Brasil, de fato, ainda não possui uma democracia consolidada. A falta de garantia mínima de direitos fundamentais, a notável desigualdade social e a crescente crise de representatividade² derivada do descrédito elevado da classe política em razão de seguidos casos de corrupção endêmica demonstram que o Estado brasileiro ainda está no processo de transição democrática.

3. GOVERNABILIDADE DEMOCRÁTICA

A deficiência estrutural do Estado, como visto no tópico anterior, impede a consolidação da democracia e pode justificar a desconstituição do próprio regime. Esse movimento de declínio passa ou até mesmo tem início com a constatação da incapacidade do governo de implementar soluções rápidas para problemas institucionais, conflitos sociais e demandas econômicas. José Eduardo Faria anota que *“um sistema se torna ‘ingovernável’ quando não consegue mais responder a essas demandas, solucionar esses problemas e dirimir esses conflitos de maneira eficaz, mesmo expandindo seus instrumentos de intervenção”* (FARIA, 2013, p. 20).

Segundo o autor, os sinais de ingovernabilidade surgem quando, além da fragilidade estrutural do Estado para assegurar direitos fundamentais, institui-se uma crise fiscal, geralmente justificada pelo crescimento das despesas sociais de forma desproporcional aos meios necessários para financiá-las. Quando esse quadro de dificuldade fiscal, aliado às tensões orçamentárias criadas por interesses não republicanos e que, em geral, são guiadas pela classe de poder dominante ameaçam a coesão e funcionamento das instituições governamentais, o regime democrático começa a ruir abertamente.

Nesse contexto, José Eduardo Faria explica que a noção de governabilidade está atrelada à qualidade da gestão governamental, considerando principalmente os seguintes fatores:

“a) a coerência das decisões através do tempo, b) a eficácia de suas políticas, encarada na perspectiva da consecução de resultados em conformidade com objetivos previamente definidos, e c) a efetividade de suas medidas, em termos de sua aceitação social, que pode ir da simples aquiescência e reação passiva dos destinatários até o apoio ativo organizado” (FARIA, 2013, p. 22).

² Erick Beyruth de Carvalho contextualiza a situação ao mencionar que “[...] o modelo político das democracias ocidentais, em especial no Brasil, vem sofrendo com a ‘crise de representatividade’, ou seja, a quebra de confiança dos eleitores nos candidatos eleitos, refletindo o grande número de abstenções em eleições periódicas, na repulsa à política e no sentimento de que não haverá mudança a longo prazo” (CARVALHO, 2018, p. 2)

É evidente que a escassez de recursos financeiros em países com economia em desenvolvimento, como é o Brasil, dificulta o alcance da governabilidade e a consequente consolidação democrática. Esse quadro contribui para que o regime permaneça instável e, portanto, suscetível a constantes oscilações que ocorrem geralmente em compasso com as variações da economia. Com isso, cria-se uma verdadeira espiral onde a falta de democracia é óbice à adequada gestão governamental e a ingovernabilidade prejudica que se obtenha, em substância, os ideais democráticos.

O ponto de equilíbrio para coibir essa indefinição é buscar a denominada governabilidade democrática, o que se alcança com a possibilidade de atendimento imediato e eficaz do número possível de atender de modo imediato e eficaz o maior número possível de demandas e, por outro lado, consegue neutralizar a frustração dos anseios que necessitaram ser desprezados. Nas palavras do professor José Eduardo Faria, tal objetivo pode ser visto como:

“[...] a capacidade que um governo tem de ser obedecido sem precisar violentar as regras do jogo democrático e sem que qualquer eventual ameaça de ruptura da ordem constitucional por grupos e atos descontentes exija, para sua neutralização e posterior enquadramento, a supressão das garantias e das liberdades estabelecidas por essa mesma ordem” (FARIA, 2013, p. 23/24).

A conhecida incapacidade do Estado Brasileiro de satisfazer minimamente as demandas sociais asseguradas na Carta Magna juntamente com as constantes tentativas de relativização das liberdades fundamentais são fortes indicativos de que o Brasil jamais alcançou a governabilidade democrática.

4. RECESSÃO DEMOCRÁTICA

O desenvolvimento da democracia e a sua significativa ampliação territorial no século passado, conforme já ressaltado, não poupou tal regime de suportar oscilações e adaptações para atender às particularidades de vários países. Curiosamente, esse quadro de irregular desenvolvimento, com vários pontos de euforia e depressão, comporta discussões nitidamente contrapostas.

No momento atual, por exemplo, são identificadas várias pesquisas relativas ao futuro da democracia que vão do estudo dos instrumentos possíveis para se implementar tal regime ao debate sobre o movimento de recessão democrática. Com efeito, desde o início do presente século são recorrentes as discussões sobre a adoção de instrumentos para assegurar o exercício da democracia direta, sobretudo com a evolução do processo de democracia digital, ao mesmo tempo em que surgem inúmeros trabalhos científicos abordando a ruptura democrática.

O cientista político americano Larry Diamond foi um dos primeiros a destacar, ainda durante a crise econômica de 2008, sobre o movimento de recessão democrática. Para ele, os sinais mais evidentes de refluxo da democracia surgem com o declínio do estado de direito, o aumento da corrupção e nas mudanças nas regras do jogo que resultam em eleições menos livres.

Por evidente, a coexistência desses fatores em democracias ainda não consolidadas, como é o caso brasileiro, tem maior repercussão. Por isso, esse estágio intermediário de desenvolvimento contribui para que haja vários sinais de autoritarismo no âmbito do regime democrático.

O conhecido estudo dos professores de Harvard Daniel Ziblatt e Steven Levitsky sob o título “*como as democracias morrem*” apresenta inúmeros traços desse processo autoritário dentro da democracia, ressaltando que, na era moderna, o rompimento democrático geralmente não pressupõe a existência de golpe militar, mas decorre de uma grave crise econômica associada a disfunções da representatividade que leva à eleição de autoritários. Para os autores, a democracia está sob ataque desses líderes populistas que negam o pluralismo e buscam poder irrestrito para promover interesses particulares de seus apoiadores, geralmente com prejuízo das minorias e adversários.

Os fatores que constituem a crise do movimento democrático também integram o processo denominado de pós-democracia, que é tratado com enorme clareza na obra *Post-Democracy* de Colin Crouch. Tal modelo, segundo o sociólogo inglês, não pressupõe o cancelamento das liberdades individuais e das garantias democráticas, caracterizando-se, em verdade, pela garantia das liberdades formais, com a redução do seu real conteúdo democrático.

A pós-democracia também possui as seguintes características apontadas por Bauman e Bordoni:

“Desregulamentação, isto é, o cancelamento das regras que governam as relações econômicas e a supremacia do mercado financeiro e da bolsa de valores.

Queda na participação dos cidadãos da vida política e nas eleições (embora com frequência isso seja considerado normal).

Retorno do liberalismo econômico (neoliberalismo), confiando ao setor privado parte das funções do Estado e os serviços de administração – antes públicos – e usando os mesmos critérios de desempenho econômico que as empresas privadas.

Declínio do Estado do bem-estar social, reservando serviços básicos apenas aos mais pobres, isto é, como circunstância excepcional, e não como parte de um direito generalizado de todos os cidadãos.

Prevalência de lobbies, o que aumenta o poder privado e conduz a política na direção por eles desejada.

Show business na política, quando técnicas de propaganda são empregadas para produzir consenso; predominância da figura do líder

que não se apoia em seu carisma, mas confia no poder da imagem, em pesquisas de mercado e projetos precisos de comunicação.

Redução de investimentos públicos.

Preservação dos aspectos 'formais' da democracia, os quais pelo menos mantêm a aparência de liberdade" (CARVALHO, 2018, p. 33).

Nesse contexto, portanto, a pós-democracia representa uma etapa do processo de recessão democrática, no qual, em suma, as liberdades e o pluralismo são reduzidos a ponto de caracterizar uma democracia estritamente formal, que é desapegada dos ideais que sustentam tal regime.

Independente dessa classificação e da denominação que se atribua a esse processo, é certo que a chegada ao poder de governos populistas e nacionalistas, a descrença no sistema político e eleitoral, o implemento limitado dos direitos sociais e as crises econômicas denotam ser possível considerar a existência de retração do desenvolvimento democrático.

5. PERSPECTIVAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A organização não-governamental *FreedomHouse*, que avalia o grau das liberdades civis e o desenvolvimento democrático mundial, atribuiu ao Brasil a pontuação de 74 pontos (em 100 possíveis) na avaliação do exercício dos direitos políticos e das liberdades civis, no relatório da "liberdade no mundo 2021"³. Esse resultado é inferior ao obtido na análise realizada pela mesma entidade em 2020, embora a pontuação alcançada ainda possibilite que o Brasil seja classificado como um país livre.

Do relatório que embasa a avaliação realizada no presente ano são oportunas para este trabalho as seguintes informações:

"O Brasil é uma democracia que realiza eleições competitivas e a arena política, embora polarizada, é caracterizada por um debate público vibrante. No entanto, jornalistas independentes e ativistas da sociedade civil correm o risco de assédio e ataques violentos, e o governo tem lutado para lidar com as altas taxas de crimes violentos e violência desproporcional contra a exclusão econômica de minorias. A corrupção é endêmica nos níveis mais altos, contribuindo para a desilusão generalizada com os partidos políticos tradicionais. A discriminação social e a violência contra pessoas LGBT + continuam a ser um problema sério.

³ Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2021> - acesso em 02/06/2021.

Desde 2013, a economia brasileira tem sofrido com a má gestão, incluindo negligência e corrupção em grandes empresas estatais de mineração e petróleo, e as sucessivas administrações não conseguiram resolver as distorções causadas pela concentração econômica. Um limite máximo de gastos orçamentários de 20 anos promulgado em 2016 resultou em cortes nos serviços públicos e representa um sério obstáculo ao uso dos gastos do Estado para atenuar a desigualdade de oportunidades.

No início da pandemia COVID-19, a pobreza e a desigualdade no Brasil aumentaram mais desde 2014 do que em qualquer outro país da América Latina, e a pandemia levou a reduções recordes de desemprego e força de trabalho. Um programa de ajuda de emergência fornecido para compensar interrupções induzidas por coronavírus reduziu as taxas de pobreza em 2020, mas foi programado para ser eliminado gradualmente em 2021 e não incluiu quaisquer mudanças estruturais para conter a tendência de maior desigualdade”.

É sintomática a conclusão de que a retração da economia e do desenvolvimento, seguida do aumento do desemprego, da desigualdade social e da incapacidade do Estado para satisfazer as necessidades básicas do povo são consequências esperadas e apropriadas ao período pandêmico. A coexistência desses fatores, como já destacado, tem forte aptidão para interromper o processo de evolução democrática ou, então, justificar a regressão do regime.

Naturalmente, revela-se improvável imaginar algum benefício derivado de um episódio que propaga tanto caos nos mais variados aspectos, como é a pandemia. A democracia, por pressupor o pluralismo, o liberalismo e o atendimento das demandas sociais, por evidente, não poderia ficar alheia a essas consequências prejudiciais. Logo, é intuitivo considerar que a superação do período de crise sanitária mundial não conduzirá, imediatamente, a democracia brasileira à fase de consolidação democrática.

CONCLUSÃO

Conforme explanado, a crise sanitária global iniciada pela pandemia de covid-19 potencializou os efeitos de graves problemas que assolam o Brasil, tais como a desigualdade social, a corrupção endêmica e a incapacidade do Estado de atender às demandas básicas da população.

Essa situação repercute diretamente na consolidação do regime democrático. Ao aumentar as fragilidades das mais diversas áreas, a pandemia pode prejudicar o desenvolvimento democrático ou até mesmo provocar seu retrocesso, especialmente considerando que o país ainda não atingiu um regime democrático estável.

Portanto, é imprescindível manter esforços para resolver os problemas estruturais que assolam a sociedade brasileira, garantindo que os direitos fundamentais sejam

efetivamente concretizados, o que repercutirá diretamente no desenvolvimento do regime democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, R. Pós-democracia: desregulamentação e declínio do Estado do bem-estar social. In: BAUMAN, Z.; BORDONI, C. Estado de crise. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DIAMOND, Larry. The Spirit of Democracy: The Struggle to Build Free Societies Throughout the World. New York: Times Books, 2008.

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the World 2021: Brazil. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2021>. Acesso em: 25 jun. 2024.

ZIBLATT, Daniel; LEVITSKY, Steven. How Democracies Die. New York: Crown, 2018.

O CABIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES DE HOMICÍDIO NO TRÂNSITO EM CASO DE EMBRIAGUEZ

THE APPLICATION OF PREVENTIVE PRISON IN THE CRIMES OF HOMICIDE IN TRAFFIC IN CASE OF DRUNKINESS

Andressa Goebel Pillon

O cabimento de prisão preventiva nos crimes de homicídio no trânsito em caso de embriaguez

Até que se defina se o caso é de culpa (regra geral) ou de dolo (exceção), embora haja clamor público, não há como decretar preliminarmente a prisão preventiva.

Resumo: O artigo a seguir abordará a necessidade da decretação da prisão preventiva nos homicídios de trânsito em caso de embriaguez. Os dados acerca da violência no trânsito são incontestáveis e a indignação da sociedade diante dessa violência faz com que a população cobre do judiciário uma resposta imediata. Durante o artigo abordarei através de uma análise doutrinária a nova sistemática das medidas cautelares e a prisão preventiva, com a mudança trazida pela Lei 12.403/2011, como última ratio. Por fim, o presente artigo enfatizará a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 2010 e 2011 sobre o assunto.

Palavras-chaves: prisão preventiva, homicídios de trânsito, embriaguez, violência no trânsito, medidas cautelares.

ABSTRACT

The following article will address the need to enact preventive detention in traffic homicides in cases of drunkenness. The data on traffic violence are indisputable and society's indignation at this violence means that the population demands an immediate response from the judiciary. During the article I will address, through a doctrinal analysis, the new system of precautionary measures and preventive detention, with the change brought by Law 12,403/2011, as ultimate ratio. Finally, this article will emphasize the position of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, between 2010 and 2011 on the subject.

Keywords: preventive detention, traffic homicides, drunkenness, traffic violence, precautionary measures.

SUMÁRIO:

Introdução.

1 A nova disciplina das medidas cautelares e a prisão preventiva.

1.1 A nova sistemática das medidas cautelares segundo a Lei 12.403/2011.

1.2 A prisão preventiva como *última ratio*.

2 Cabimento da prisão preventiva nos homicídios de trânsito nos casos de embriaguez.

2.1 Culpa e dolo eventual nos crimes de trânsito.

2.2 A possibilidade da decretação da prisão preventiva nos homicídios de trânsito causados pela embriaguez segundo a jurisprudência e a doutrina. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os dados acerca da violência no trânsito são incontestáveis. Nesse contexto, há grande repercussão na mídia dos inúmeros casos de morte no trânsito envolvendo motoristas embriagados ou com suspeita de embriaguez. Esse problema tem se tornado cada vez mais comum.

A indignação gerada pela violência no trânsito, decorrente da combinação embriaguez e volante, faz com que a sociedade cobre do judiciário uma resposta imediata. Nesta percepção, não raras vezes, a prisão preventiva se apresenta como a resposta imediata que a sociedade espera.

Em 2011, a Lei 12.403 trouxe ampliação no rol de medidas cautelares como alternativas à prisão. Sendo assim, o art. 319 da referida lei traz nove medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas com prioridade, antes do juiz decretar a prisão preventiva que, como será visto, com a reforma introduzida pela Lei 12.403/2011, passou a ser a última alternativa.

Sendo assim, a prisão preventiva deve ser tratada como *última ratio*, pois primeiramente deve-se aplicar as medidas cautelares restritivas de liberdade e, por último, a prisão, por expressa previsão legal. Nesse sentido, serão analisados os requisitos para a decretação da preventiva.

Conjugando a violência no trânsito causada pela embriaguez, a resposta imediata cobrada pela sociedade e as regras que orientam a prisão preventiva, o presente artigo tem a seguinte problemática: é possível a decretação da prisão preventiva em homicídios no trânsito em caso de embriaguez?

Para tal resposta, fez-se necessário a divisão do trabalho do seguinte modo: primeiramente, buscou-se analisar a mudança trazida pela Lei 12.403/2011 em relação a

nova sistemática das Medidas Cautelares. Diante das possibilidades da decretação de tais medidas cautelares, após analisados os requisitos para a sua decretação, fez-se necessário também analisar a prisão preventiva como *última ratio*, ou seja, analisou-se a possibilidade de decretação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade. Ainda, foi realizado no presente trabalho uma pesquisa de jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o fim de analisar entre os anos de 2010 e 2011, o posicionamento de tal tribunal sobre o assunto.

Desse modo, tendo o resultado da pesquisa de jurisprudência, utilizou-se deste e do posicionamento doutrinário para se deduzir a conclusão. Por fim, fez-se necessário questionar algumas situações surgidas com o assunto, como em que momento a decretação da preventiva seria cabível e também mostrou-se no presente trabalho a atualidade do assunto, como o Projeto de Lei 2.788/2011 que visa o endurecimento do tratamento dado aos motoristas que forem surpreendidos em estado de embriaguez, levando em consideração as consequências provocadas, como o homicídio.

No desenvolvimento do tema de pesquisa, ao qual se propõe o projeto, foram utilizados os métodos dedutivo, históricos e monográficos, pois além de considerar a contribuição pretérita para o pensamento atual da questão, este trabalho tenciona investigar o assunto sob certa profundidade, a fim de responder devidamente a problemática proposta.

1 A NOVA DISCIPLINA DAS MEDIDAS CAUTELARES E A PRISÃO PREVENTIVA

A Lei 12.403/2011 alterou substancialmente o Processo Penal Brasileiro. Com ela, novas medidas cautelares surgiram. Assim, faz-se necessário saber quando elas devem ser utilizadas e em que momento elas podem substituir a prisão preventiva, tornando esta como *ultima ratio*.

1.1 A NOVA SISTEMÁTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES SEGUNDO A LEI 12.403/2011.

O processo penal pode ser de conhecimento ou de execução, ou seja, não há um processo cautelar. No entanto, embora a doutrina entenda que não existe um processo cautelar, assim como não existe uma ação cautelar no processo penal, jamais se poderá negar a existência de medidas cautelares no processo penal, as quais servem para “instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição” (LIMA, 2005, p. 94).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr entende que:

A sistemática do Código de Processo Penal não contempla a existência de “ação cautelar”, até porque, no processo penal, inexistente um processo cautelar. Daí por que não concordamos com essa

categorização (de ação cautelar penal) dada por alguma doutrina (LOPES, 2012, p. 15).

Portanto, sabendo que jamais se poderá negar a existência de medidas cautelares, esta no processo penal ao mesmo tempo que é uma garantia da efetivação do direito penal, também é “o cunho assecuratório da mais ampla liberdade possível para quem se vê sob o manto da presunção da não culpabilidade” (OG FERNANDES, 2012, p. 57).

No entanto, as cautelares penais têm características peculiares, além das gerais estudadas no processo civil. São elas, a acessorialidade, preventividade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade, revogabilidade, não definitividade, referibilidade, jurisdicionalidade e adequação e proporcionalidade (LIMA, 2005, p. 108,109).

Sendo assim, diante das características citadas acima, é possível que se extraiam os objetivos da medida cautelar no processo penal, qual seja, ajudar as autoridades a terem mais controle sobre aqueles que aguardam um julgamento, e que não oferecem grandes riscos para a sociedade, mas que ao mesmo tempo não podem permanecer sem qualquer vigilância (LIMA, 2005, p. 108,109).

Ou ainda, as medidas cautelares visam “assegurar o resultado do processo (cautela final) ou a sua realização (cautela instrumental, que também se estende à fase de investigação criminal)” (GOMES FILHO, 2012, p.41).

Ainda, faz-se a necessidade de saber para que servem as medidas cautelares, principalmente a partir do final do século XX, já que vem crescendo a tendência mundial de se adotar formas alternativas de punição, não mais restritas somente a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, concluiu Machado Cruz, ao tratar das penas, que “os malefícios causados pelo encarceramento penal forçaram a adoção de alternativas punitivas, principalmente por meio de medidas restritivas de direitos que não o da liberdade humana.” Nesse sentido, o mesmo raciocínio pode ser transplantado para as cautelares (MACHADO CRUZ, 129).

A doutrina tradicional ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os quais estão presentes no art. 312 do CPP.

Em relação ao *fumus boni iuris*, para que se possa decretar uma medida cautelar prisional é necessário que tenha sido praticado um crime, ou mais precisamente, deve estar presente a prova de existência do crime e indícios da autoria (LIMA, 2005, p. 253).

Portanto, “em primeiro lugar, aquele que irá sofrer medida cautelar prisional deverá ter contra si sérios indícios de que cometeu crime cuja existência deve ser provada.” Sendo assim, não deve haver dúvida quanto a existência do crime, mas quanto à autoria é possível haver apenas indícios suficientes, ou seja, deve haver probabilidade e não mera possibilidade (LIMA, 2005, p. 254).

Entretanto, autores mais modernos, como Aury Lopes Jr, entendem que “constitui uma improbidade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*.” Ou seja, para Aury Lopes Jr, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é “a existência do

fumus commissi delicti”. Significa dizer que no processo penal, o requisito para se decretar uma medida cautelar coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim um fato aparentemente punível, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e não de um direito (LOPES JR, 2012, p. 14).

Já no que se refere ao periculum in mora, em relação a prisão preventiva, faz-se necessário identificar um dos motivos presentes no art. 312 do CPP, a saber: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal. No entanto, para as outras cautelares, a periculum é simplesmente o “risco”, que deve ser identificado pelo juiz na fundamentação.

Desse modo, em relação ao periculum in mora, a doutrina tradicional o considera como outro requisito para decretação de uma medida cautelar. Entretanto, Aury Lopes Jr faz uma crítica afirmando que “periculum não é requisito das medidas cautelares, mas sim seu fundamento.” Logo, para o autor, “o fundamento é um periculum libertatis”. Significa dizer que, “periculum in mora é visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo.”

No entanto, o fundamento aqui não tem o tempo como fator determinante, mas a situação de perigo que decorre do estado de liberdade do imputado, ou seja, da situação de perigo criada pela conduta do imputado (LOPES JR, 2012, p.14).

Logo, deve-se falar em periculum libertatis, ou seja, o fundamento da decretação da medida cautelar coercitiva deve ter como razão “o risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova)” (LOPES JR, 2012, p.14).

Ainda, no mesmo sentido de Aury Lopes Jr., para Geraldo Prado, fumus boni iuris e periculum in mora são “claramente insuficientes e não refletem os fenômenos atinentes aos pressupostos das cautelares penais incidentes sobre a liberdade do imputado” (PRADO, 2012, p. 104).

Ademais, quanto a aplicação das medidas cautelares no processo penal, o artigo 282, CPP elenca o que deve ser observado para a sua aplicação.

Sendo assim, ao dizer, no art. 282, I, do CPP, que:

As medidas cautelares poderão ser aplicadas quando houver necessidade, “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”, a nova lei delimitou o conceito indeterminado de “garantia da ordem pública”, que permitia interpretações muito mais abertas, a ponto de ser determinada a prisão como apelo ao “clamor público”, a “pronta reação ao delito” etc., situações em que a prisão era imposta como forma de justiça sumária (GOMES FILHO, 2012, p.41).

Ainda quanto aos fundamentos da medida cautelar, é importante observar os elementos - gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado

ou acusado- que eles, isoladamente ou cumulativamente, não servem de fundamento para impor uma medida cautelar. Ou seja, esses elementos somente serão analisados depois de verificada a admissibilidade da medida e de sua necessidade (GOMES FILHO, 2012, p.43).

Com relação a esses elementos acima, os quais não servem de fundamento para impor uma medida cautelar, o autor Antônio Magalhães Gomes Filho, entende que:

Embora sempre com a necessária ressalva de que o exame desses elementos, na fase de investigação ou durante o processo, não pode ser confundido com a antecipação do juízo de culpabilidade-incompatível com a presunção de inocência-, a gravidade do crime e as circunstâncias do caso podem fornecer um prognóstico sobre a pena no caso concreto, afastando o risco de que a medida imposta em caráter cautelar venha a ser mais gravosa do que a própria sanção esperada como resultado do processo (GOMES FILHO, 2012, p. 43).

Ainda, deve-se tratar aqui das reformas trazidas no Processo Penal Brasileiro com a Lei 12.403/2011. Portanto, é de suma importância que se diga que todas as medidas cautelares implicam restrições ao imputado quando se fala de direitos fundamentais. Ou seja, quanto a isso nada mudou com a Lei 12.403/2011. Devido a isso, elas também exigem severa observância ao princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual. Ou seja, não há possibilidade alguma de se tolerar restrições de direitos fundamentais através de analogias (LOPES, 2012, p.17).

Ademais, antes da Lei 12.403/2011 só havia no sistema brasileiro apenas duas cautelares: a prisão cautelar ou liberdade provisória.

Sendo assim, o novo sistema de medidas cautelares introduzido pela Lei 12.403/2011, ao prever medidas alternativas ou substitutivas à prisão colocou à disposição do juiz uma série de medidas capazes de assegurar a efetiva realização do processo, assim como os seus resultados, sem sujeitar o indivíduo a prisão provisória (GOMES FILHO, 2012, p.40).

O presente artigo visa tratar da necessidade da decretação da prisão preventiva diante das medidas cautelares que estão previstas no artigo 319, bem como no artigo 320, introduzidas pela Lei 12.403/2011, ou seja, medidas estas alternativas à pena privativa de liberdade.

As medidas alternativas não se confundem com as substitutivas. No caso das medidas cautelares substitutivas, a prisão preventiva também é cabível, ou seja, poderia aplicar tanto uma como a outra. No entanto, nesse caso o juiz pode deixar de aplicar a prisão preventiva, substituindo-a por outra medida, que não seja a privativa de liberdade (BADARÓ, 2012, p. 210).

Já no caso de aplicação de medidas cautelares alternativas, significa que se está diante de um caso em que ou se admite a prisão preventiva, ou se admite uma das medidas cautelares previstas no art. 319 e 320 da Lei 12.403/2011.

1.2 A PRISÃO PREVENTIVA COMO ÚLTIMA RATIO

Nos últimos tempos, está havendo grande repercussão na mídia dos inúmeros casos de morte no trânsito envolvendo motoristas embriagados ou com suspeita de embriaguez. Esse problema tem se tornado cada vez mais comum. No entanto, a indignação pode estar causando equívoco na aplicação de dispositivos legais, com base constitucional, especialmente aqueles que tratam das medidas cautelares pessoais.

É compreensível que a população se sinta desprotegida em razão da diferença de tratamento pela norma quanto à capitulação de um delito como doloso ou culposos. Nos dias atuais, há grande discussão nos meios de comunicação, nas ruas e nos tribunais diante de o homicídio no trânsito, em caso de embriaguez, ser considerado doloso ou culposos. No entanto, como já dito acima, parece que o assunto está verdadeiramente “decidido” na cabeça de muitos aplicadores do direito, os quais, ao que parece, esqueceram as bases teóricas do direito processual penal.

Desse modo, a Lei 12.403/2011 trouxe ampliação no rol de medidas cautelares como alternativas à prisão. Sendo assim, o art. 319 da referida lei traz nove medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas com prioridade, antes do juiz decretar a prisão preventiva.

Com a reforma da Lei 12.403/2011, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, se o condutor for preso em flagrante, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e observados os critérios constantes do artigo 282, conforme a necessidade e adequação.

Sendo assim, a prisão preventiva deve ser tratada como última ratio, pois primeiramente deve-se aplicar as medidas cautelares restritivas de liberdade e, por último, a prisão, por expressa previsão legal.

Nesse sentido, é o entendimento de Rogério Cruz que diz que:

É preciso que os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução-penal, quer investigando as infrações penais (o Delegado de Polícia), quer coletando provas e promovendo a ação penal (o Ministério Público), quer, ainda, assegurando as liberdades públicas do acusado e julgando o mérito da pretensão punitiva (o Juiz de Direito), estejam cientes dos males que qualquer encarceramento, em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida (CRUZ, 2006, p.13).

Ainda, em 1990, foram estabelecidas diretrizes nas Regras das Nações Unidas, que ficaram conhecidas como Regras de Tóquio, que trataram sobre Medidas não privativas de liberdade. Quanto ao encarceramento provisório, as Regras de Tóquio firmaram o entendimento que tal medida só deve ser aplicada como último recurso a ser

adotado nos procedimentos penais, no qual se propôs que se deve adotar outras medidas sempre que fosse possível (CRUZ, 2006, p.129).

Desse modo, a partir desse entendimento adotado nas Regras de Tóquio, muitos países passaram a adotar a prisão como medida de excepcionalidade, as quais devem ser utilizadas apenas quando não for possível a adoção de outra medida menos gravosa, mas não menos eficaz (CRUZ, 2006, p.130).

Rogério Cruz, faz uma crítica, ainda, em relação ao artigo 319 da nova Lei, dizendo que:

As medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de motivos ou de requisitos, como indica o texto legal, que autorizam a decretação da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar principal, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.

A prisão preventiva, para Marcellus Lima, tem dois momentos: em um primeiro momento, visa a restrição da liberdade e, em segundo momento, tem como objetivo evitar qualquer fuga do indivíduo, assim como facilitar o andamento do processo, com a presença do réu, de modo a evitar que a pena não seja aplicada (LIMA, 2005, p.259).

Sendo assim, a prisão preventiva deve ser aplicada para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, conforme elenca o artigo 312 do CPP, desde que presente o *fumus commissi delicti*.

Ademais, o artigo 313 do Código de Processo Penal dispõe dos requisitos complementares para a decretação da prisão preventiva, ou seja, além da existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, o juiz deverá observar os limites de incidência da prisão preventiva, como a decretação da prisão preventiva somente nos crimes dolosos.

Sendo assim, explica Aury Lopes Jr que “não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312” (LOPES JR, 2012, p.80).

Nesse sentido, a Lei 12.403/2011 trouxe inovações e limitações, pois no art. 313, inciso I, limita a decretação da preventiva aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Desse modo, “viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição de prisão preventiva em crime culposos” (LOPES JR, 2012, p.80).

No entanto, para o autor Marcellus Lima, este entende que “o legislador poderia ter optado pela possibilidade de prisão preventiva nos crimes culposos, mormente nos homicídios no trânsito, aliado a requisitos que justificassem tal medida” (LIMA, 2005, p.267).

Ainda, o autor Marcellus Lima faz referência em sua obra ao posicionamento do doutrinador José Barcelos de Souza, o qual defende a mesma posição, no sentido de que para eles seria um erro supor o crime culposo como mais leve que o crime doloso, em todos os casos. Defende o autor José Souza que: “Não raramente, certos crimes culposos praticados com veículos provocam clamor público e perturbam a ordem pública. E, no entanto, seus autores não podem ser presos preventivamente, ainda que a prisão seja necessária a bem da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” (LIMA, 2005, p.267).

Para alguns autores, como Geraldo Prado, a prisão preventiva deve ser excepcional, pois é como se fosse uma antecipação da pena (PRADO, 2012, p.121).

Por outro lado, devido ao fato da prisão preventiva ser excepcional, não é autorizado o seu emprego nos casos em que não se tem possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade (PRADO, 2012, p.121).

Ademais, a prisão preventiva como *ultima ratio* pode decorrer da lei ou do exame pelo juiz, dependendo do caso concreto (PRADO, 2012, p.121).

Há ainda outro aspecto da excepcionalidade a ser considerado, no qual está previsto pela Comissão Interamericana, que diz respeito a obtenção de outras medidas menos invasoras aos direitos do indivíduo, que sob esse fundamento é que se alterou o artigo 319 do CPP.

Há por fim um último aspecto a ser abordado sobre a excepcionalidade da prisão preventiva, que se refere ao tempo de duração da prisão preventiva, no qual há confronto entre a necessidade da prisão cautelar, com os limites fixados a partir de um juízo de valor da acusação e entre a garantia de um processo que garanta um prazo razoável (PRADO, 2012, p. 122).

Portanto, deve ser decretada a “prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa” (LOPES JR, 2012, p. 29).

Assim, é de se concluir que excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem ser vistas de uma forma conjunta nesse contexto. Ainda, a excepcionalidade deve ser vista em conjunto com o princípio da presunção de inocência, fazendo com que a prisão privativa de liberdade seja efetivamente vista como última *ratio* do sistema (LOPES JR, 2012, p.29).

Nesse sentido, para Aury Lopes Jr, o questionamento da excepcionalidade da prisão preventiva não é um problema legislativo, mas sim cultural, pois a população só vê justiça quando a pessoa está presa (LOPES JR, 2012, p.31).

Por fim, a visão de Aury Lopes Jr a respeito do assunto da excepcionalidade da prisão preventiva é:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (LOPES JR, 2012, p.30).

Portanto, a prisão preventiva somente é legítima quando descartada expressamente a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, vide artigo 319, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

2 CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ

Diante da alteração do Código de Processo Penal com a Lei 12.403/2011, verifica-se que os requisitos da prisão preventiva previstos no artigo 312 tornaram-se ainda mais utilizados em face do novo dispositivo. Entretanto, o presente trabalho buscou pesquisar se há aplicação da prisão preventiva nos homicídios de trânsito nos casos de embriaguez ao volante, diante dos novos requisitos estabelecidos pela Lei 12.403/2011.

2.1 CULPA E DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO

Foi realizado no presente trabalho uma pesquisa de jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o fim de analisar entre os anos 2010 e 2011 qual o posicionamento de tal tribunal sobre o tema.

No período pesquisado, vinte e seis jurisprudências trataram sobre homicídio praticado na direção de veículo automotor, especificamente nos casos de embriaguez ao volante.

Constatou-se que o Tribunal não diverge quanto ao fato de que em se tratando de delitos de trânsito, a regra é a de que o acusado responda por culpa.

No entanto, a divergência surge quando a questão trata dos delitos de trânsito envolvendo embriaguez ao volante, ou seja, se nesses casos seria utilizada a regra, culpa, ou a exceção, dolo. No final da pesquisa constatou-se que dentre as vinte e seis jurisprudências analisadas, treze consideram o crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez como doloso e treze consideram como culposos.

Desse modo, primeiramente constatou-se uma divergência quando no caso concreto além do réu dirigir embriagado, ele estava em alta velocidade, na contramão, com faróis apagados. Ou seja, quando o caso trazia acúmulo de circunstâncias excepcionais, além da embriaguez, cinco jurisprudências entenderam tratar-se de dolo e dez jurisprudências tiveram posicionamento afirmando tratar-se de culpa.

Sendo assim, analisou-se cada uma das cinco jurisprudências que entenderam que, quando envolvesse além da embriaguez, circunstâncias excepcionais, seria crime doloso. Dentre estas jurisprudências, as justificativas foram duas. Concluiu-se que em alguns casos como havia indícios suficientes de que o réu estava embriagado e conduzia o veículo com acúmulo de circunstâncias excepcionais, estes dados, por si só, autorizam concluir que o réu assumiu o risco de produzir o resultado morte. Assim como os outros julgados justificaram que o acúmulo dessas circunstâncias excepcionais, no caso concreto, autoriza a pronúncia do acusado para que o júri decida entre culpa, dolo ou absolvição.

Quanto à análise das dez jurisprudências que firmaram posicionamento afirmando ser crime culposo, embora envolvesse além da embriaguez, outras circunstâncias, constatou-se que este acúmulo de circunstâncias excepcionais é visto como imprudência e imperícia.

Desse modo, a justificativa das dez jurisprudências sobre culpa entendeu que pratica o delito previsto no art. 302 da Lei 9.503/97 o agente que, de forma, imprudente, dirige embriagado veículo automotor. Ou seja, para os que afirmam este posicionamento, eles entendem que não é suficiente, para a configuração do dolo eventual, o fato de o réu ter ingerido bebida alcoólica, sendo que o eventual excesso de velocidade ou outra circunstância excepcional, deve ser analisado como imprudência, no âmbito da culpa.

Nesse sentido, é de suma importância que se exponha as palavras do Relator Manuel José Martinez Lucas, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 70042008029 (tel:70042008029), da Primeira Câmara Criminal do TJRS:

Em se tratando de delitos de trânsito, a regra geral é a denúncia por crime culposo. O dolo eventual, de outra parte, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que não se verifica no caso vertente. Ademais, para a embriaguez configurar o dolo eventual, a mesma tem que ser manifesta e determinante para a ocorrência do evento danoso, ou seja, é preciso que se tenha certeza de que o réu realmente estava embriagado e que o acidente de trânsito tenha se dado em razão da embriaguez.

Não é suficiente, portanto, para a configuração do dolo eventual, o fato de o réu ter ingerido bebida alcoólica, sendo que o eventual excesso de velocidade deve ser analisado como imprudência, no âmbito da culpa. Impõe-se, portanto, a despronúncia do réu, com a conseqüente desclassificação do delito de homicídio doloso. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70042008029 (tel:70042008029), Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/07/2011)

Ainda, dentre as jurisprudências analisadas sobre culpa, constatou-se outro posicionamento a favor de tal tese, qual seja: para que incida o art. 121 do Código Penal, ou seja, para que o crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez seja doloso, é preciso que as peculiaridades do caso concreto divulguem, em tese, a aceitação do resultado pelo autor, uma conduta que, de tão grave, revele intensa reprovabilidade social-jurídica e indiferença quanto a isso:

Para que incida o art. 121 do Código Penal é preciso que as peculiaridades do caso concreto divulguem, em tese, a aceitação do resultado pelo autor, uma conduta que, de tão grave, revela intensa reprovabilidade social-jurídica e indiferença quanto a isso. Na hipótese, porém, isso não ocorreu. Assim, por reputar inexistente crime doloso contra a vida, nos termos do art. 410 do Código de Processo Penal, fica desclassificada a infração para outra fora da competência do Tribunal do Júri, determinando-se a remessa dos autos ao juízo de primeira instância competente, cabendo ao Ministério Público dar a nova capitulação jurídica ao fato e devendo o processo prosseguir conforme preconiza o artigo antes referido. Recurso parcialmente provido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70041461211 (tel:70041461211), Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 01/06/2011)

Além disso, a questão sobre repercussão social do caso concreto é analisada na fundamentação para decretação ou não da prisão preventiva. No entanto, esta polêmica será tratada no próximo tópico.

Por fim, uma outra justificativa utilizada, junto com os demais critérios, para classificar o crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez como culposos ou dolosos foi o critério de competência do Tribunal do Júri ou do juiz do primeiro grau para classificação ou desclassificação de tal situação. Ou seja, alguns julgados entenderam que por se tratar de recurso em sentido estrito, após decisão de pronúncia, caberá ao Júri decidir pela desclassificação para crime culposos, mantendo o juiz de primeiro grau a classificação como doloso.

Sendo assim, sete jurisprudências firmaram o posicionamento de que prevalece o princípio do *in dubio pro societate* nesses casos e que, portanto, devem as possibilidades de ser considerado culposos ou dolosos no presente caso serem levadas à apreciação do Conselho de Sentença, constitucionalmente competente para o julgamento.

Portanto, os defensores da tese acima defendem que se tratando a pronúncia como mero juízo de admissibilidade e viabilidade da pretensão deduzida na denúncia, prevalece, nessa primeira fase procedimental, o posicionamento que tais casos devem ser levados à apreciação do Tribunal do Júri, para que este decida se o delito será classificado como culposos ou dolosos.

Nesse sentido é o entendimento do Relator Odone Sanguiné:

HOMICÍDIO NO TRÂNSITO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA. Admissível a pronúncia de acusado que dirigia uma motocicleta em alta velocidade em avenida, em acentuado estado de embriaguez, constatado por exame de sangue, tanto que estava "trocando as pernas", assumindo o risco de atropelar criança que atravessava a avenida em companhia de sua avó, atropelando a criança e produzindo-lhe a morte, fugindo imediatamente do local. Prova oral que indica que possivelmente também ingerira o acusado, ademais do álcool, outra droga, situação percebida pelo policial militar. Nesse contexto, é possível afirmar que o motorista, em princípio, assume o risco, age com indiferença para com a eventual lesão do bem jurídico vida da pequena vítima indefesa pela tenra idade, tanto que era conduzida pela mão pela avó. A elevada probabilidade do resultado morte e a indiferença indicam uma decisão de lesionar o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora do homicídio. Destarte, tratando-se a pronúncia de mero juízo de admissibilidade e viabilidade da pretensão deduzida na denúncia, prevalece, nessa primeira fase procedimental, o princípio in dubio pro *societate*, devendo as possibilidades serem levadas à apreciação do Conselho de Sentença, constitucionalmente competente para o julgamento. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70034360891 (tel:70034360891), Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 25/03/2010)

No entanto, cinco jurisprudências dentre as pesquisadas têm posicionamento contrário ao do tratado acima. Ou seja, para os defendem que o crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez é culposo entendem que cabe ao juiz de primeiro grau desclassificar o crime para culposo, impondo a despronúncia do réu.

Nesse sentido é o entendimento do Relator Manuel José Martinez Lucas:

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL A CONFIGURAR A HIPÓTESE DE DOLO EVENTUAL, AUTORIZADORA DA SUBMISSÃO DA CAUSA A JÚRI POPULAR. DESPRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 302 DO CTB. Em se tratando de delitos de trânsito, a regra geral é a denúncia por crime culposo. O dolo eventual, de outra parte, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que não se verifica no caso vertente. Ademais, para a embriaguez configurar o dolo eventual, a mesma tem que ser manifesta e determinante para a ocorrência do evento danoso, ou seja, é preciso que se tenha certeza de que o réu realmente estava embriagado e que o acidente de trânsito tenha se dado em razão da embriaguez. Não é suficiente, portanto, para a configuração do dolo eventual, o fato de o réu ter ingerido bebida alcoólica, sendo que o eventual excesso de velocidade deve ser analisado como imprudência, no âmbito da culpa. Impõe-se,

portanto, a despronúncia do réu, com a consequente desclassificação do delito de homicídio doloso. Recurso provido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70042008029 (tel:70042008029), Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/07/2011)

2.2 A POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO CAUSADOS PELA EMBRIAGUEZ SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA E A DOUTRINA

Segundo a Lei 12.403/2011, conforme dispõe em seu art. 312, a prisão preventiva deve ser aplicada para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, o artigo 313 do Código de Processo Penal dispõe dos requisitos complementares para a decretação da prisão preventiva, ou seja, além da existência do *fumus commisi delicti e do periculum libertatis*, o juiz deverá observar os limites de incidência da prisão preventiva, como a decretação da prisão preventiva somente nos crimes dolosos.

Sendo assim, conforme já exposto anteriormente, explica Aury Lopes Jr (2012, p.80) que “não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312”.

Ainda, segundo os autores Távora e Alencar (2012, p.584), torna-se necessário identificar quais as infrações que comportam a decretação da prisão preventiva: “a preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (artigo 313, I, do Código de Processo Penal com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011)”.

Os autores também afirmam (2012, p. 584) que está é a regra, mas que excepcionalmente, a preventiva também terá cabimento, nas demais hipóteses do artigo 313 do CPP:

“Tratando-se de infrator reincidente, ou seja, já condenado em sentença transitada em julgado por crime doloso, vindo a praticar um novo crime doloso, antes de passados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena aplicada na primeira infração; quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa, e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la; se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução de medidas protetivas de urgência”.

Sendo assim, a preventiva só tem cabimento para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do artigo 64, do Código Penal e 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. Portanto, deve-se deixar claro no presente estudo que os crimes culposos não admitem a prisão preventiva.

Nesse sentido, ao dizer, no art. 282, I, do CPP, que: “as medidas cautelares poderão ser aplicadas quando houver necessidade, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, a nova lei delimitou o conceito indeterminado de garantia de ordem pública”. Ou seja, antes, a prisão era determinado como apelo ao “clamor público”, a imediata resposta ao delito ou como uma forma de justiça. No entanto, após a Lei 12.403/2011, a aplicação das medidas cautelares dar-se-á em casos que estejam expressamente previstos (GOMES FILHO, 2012, p. 41).

Sendo assim, sabendo que a decretação das medidas cautelares deve ocorrer quando os casos estiverem expressamente previstos, somente em crimes dolosos, e não quando há repercussão na mídia, vejamos o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL NO TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. CRIME CULPOSO. DOLO EVENTUAL. Nos delitos cometidos, contra a pessoa, na direção de veículo automotor, mesmo que constatada a influência de álcool sobre o motorista, não é possível, preliminar e objetivamente, definir a conduta como dolosa (dolo eventual), sendo, como regra, a culpa o elemento subjetivo do tipo. A instrução criminal poderá demonstrar que o agente previu o resultado e assumiu o risco de produzi-lo revelando uma conduta dolosa. Assim, não se compatibiliza a segregação cautelar e os delitos - em tese - cometidos pelo paciente (arts. 302 e 303 do CTB), tanto pela quantidade como pela qualidade da pena. ORDEM PÚBLICA. ABALO NÃO EVIDENCIADO. Não há, nos autos, comprovação e que o crime tenha abalado a ordem pública de forma especial a fundamentar uma prisão preventiva, mormente quando o paciente encontra-se hospitalizado em virtude dos ferimentos que sofreu na colisão entre os veículos. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70036820090 (tel:70036820090), Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 24/06/2010)

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. NÃO DEMONSTRADA AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO QUE NÃO SE MOSTRA NECESSÁRIA ANTES DE EVENTUAL SENTENÇA CONDENATÓRIA. Ordem concedida. (Habeas Corpus Nº 70043671999 (tel:70043671999), Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/07/2011)

Ainda, mais uma questão deve-se analisar sobre o assunto, qual seja, durante o Inquérito Policial ainda não se define se o delito é culposo ou doloso e o Ministério Público apenas firma opinio delicti, acerca de ser doloso ou culposo, quando oferece a denúncia.

Sendo assim, sabendo-se que a Lei 12.403/2011 tem como requisito para a decretação da prisão preventiva somente em crime doloso, com que embasamento o juiz decretaria a preventiva na fase do inquérito policial, uma vez que até aquele momento o Ministério Público ainda não firmou a *opinio delicti*?

Conforme já demonstrado no presente trabalho, constatou-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não diverge quanto ao fato de se tratando de delitos de trânsito, a regra é a de que o acusado responda por culpa. Nesse sentido, mesmo que constatada a influência de álcool sobre o motorista, não é possível, preliminarmente e objetivamente, definir a conduta como dolosa, para decretação de uma preventiva, já que como regra, a culpa é o elemento subjetivo do tipo e que portanto, como regra e preliminarmente, não cabe prisão preventiva.

Sendo assim, até que se defina se o caso concreto é caso de regra geral, culpa, ou caso de exceção, dolo, embora haja ou não clamor público, não há como haver uma decretação de uma prisão preventiva, pelo menos, preliminarmente.

Por fim, é de suma importância que se trate de mais um ponto relevante e atual sobre o tema, qual seja, o Projeto de Lei 2.788/2011, o qual traz modificações ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que define o crime de embriaguez ao volante. Tal projeto endurece o tratamento dado aos motoristas que forem surpreendidos em estado de embriaguez, levando em consideração as consequências provocadas. Nesse sentido, o projeto quer que se o condutor, que conduzir veículo automotor sob influência de álcool e causar morte à alguém, a pena será de 08 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

No entanto, diante de uma possível mudança, o que não se sabe ainda é qual será o posicionamento dos tribunais em relação a decretação da prisão preventiva já que se levará em consideração o resultado provocado pela conduta e como se vê, a mudança do artigo proporciona uma subjetividade maior na análise do caso concreto.

Assim, resta aguardar a aprovação da Câmara dos Deputados e Sanção Presidencial, para então analisar alguma mudança no posicionamento dos Tribunais com relação à necessidade da decretação da prisão preventiva em casos de homicídio no trânsito causados por embriaguez, diante de uma visão mais severa do caso. Até porque clamor público não deve embasar a preventiva! Não é requisito de decretação!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o novo tratamento das medidas cautelares dado pela Lei 12.403/2011, surgiu o questionamento de se seria possível a decretação da prisão preventiva nos crimes de homicídio no trânsito em caso de embriaguez. Sendo assim, pretendeu-se no decorrer deste trabalho averiguar qual é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim como o posicionamento da doutrina quanto a divergência do homicídio no trânsito ser doloso ou culposo. O trabalho também buscou concluir qual a necessidade da prisão preventiva e se existe medidas cautelares diversas da prisão, em casos que envolvem essa situação.

Sendo assim, passou-se a analisar quais as infrações que comportam a decretação da prisão preventiva. Chegou-se a conclusão, com o estudo, que a preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso. Portanto, deve-se deixar claro no presente estudo que os crimes culposos não admitem a prisão preventiva.

Ainda, como o estudo se delimita a tratar da possibilidade da decretação de medidas cautelares diversas da prisão no crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez, pelo fato de haver divergência doutrinária de ser crime doloso ou culposo, no qual se for culposo não cabe prisão preventiva, é de suma importância que se conclua que a prisão preventiva deve ser tratada como última ratio. Primeiramente, portanto, deve-se aplicar as medidas cautelares restritivas de liberdade e, por último, a prisão, por expressa previsão legal. Sendo assim, além do caráter excepcional da medida, a imposição da preventiva em crime culposo, viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade. Por outro lado, além da excepcionalidade da prisão preventiva, esta somente deve ser autorizada nos casos em que tem possibilidade de aplicação, conforme a lei.

Ademais, constatou-se no presente trabalho que entre os anos de 2010 e 2011 o Tribunal não diverge quanto ao fato de que em se tratando de delitos de trânsito, a regra é de que o acusado responde por culpa. No entanto, a divergência surge quando a questão trata dos delitos de trânsito envolvendo embriaguez ao volante, ou seja, se seria utilizada a regra culpa, ou a exceção, dolo. Desse modo, conclui-se com a pesquisa que dentre as vinte e seis jurisprudências pesquisadas, treze consideraram o crime de homicídio no trânsito em caso de embriaguez como doloso e treze consideraram como culposo. No entanto, dentre essas jurisprudências, concluiu-se que há dificuldade de preencher requisitos para decretação de medidas alternativas. Entretanto, embora a posição jurisprudencial seja bem dividida, concluiu-se que mesmo que constatada a influência de álcool sobre o motorista, não é possível, preliminarmente e objetivamente, definir a conduta como dolosa, para decretação de uma preventiva, já que como regra, a culpa é o elemento subjetivo do tipo e que portanto, preliminarmente, não cabe prisão preventiva. Sendo assim, até que se defina se o caso concreto é caso de regra geral, culpa, ou caso de exceção, dolo, embora haja ou não clamor público, não há como haver uma decretação de uma prisão preventiva, pelo menos, preliminarmente.

REFERÊNCIAS

- ALVEZ, Leonardo Barreto Moreira. Direito Processual Penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- AZEVEDO, Marcelo; Salim Alexandre. Direito JusPodivm, 2012. Penal. Salvador: Editora
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva. In: Medidas Cautelares no Processo Penal- Prisões e suas alternativas. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal- Parte Geral. Vol. 1. Editora Saraiva, 2009.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar- Dramas, princípios e alternativas. Editora Lumen Juris, 2006.
- FERNANDES, OG. Constituição, Processo e Prisão. In: Medidas Cautelares no Processo Penal- Prisões e suas alternativas. Editora dos Tribunais, 2012.

- FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Medias Cautelares e Princípios Constitucionais*. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal- Prisões e suas alternativas*. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. Vol. 1. Editorial Impetus, 2009.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal- Parte Geral*. Vol. 1. 30ª edição. Editora Saraiva, 2009.
- JÚNIOR, Aury Lopes. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. 2ª edição. Editora Lumen Juris, 2012.
- Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em 7 de novembro de 2012.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Tutela Cautelar no Processo Penal*. Editora Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da Prisão Provisória*. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal- Prisões e suas alternativas*. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus Nº 70036820090 (tel:70036820090). Julgado pela Terceira Câmara Criminal. Relator: Ivan Leomar Bruxel, em 24/06/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus Nº 70043671999 (tel:70043671999). Julgado pela Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martinez Lucas, em 20/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70042008029 (tel:70042008029). Julgado pela Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martinez Lucas, em 20/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70041461211 (tel:70041461211). Julgado pela Primeira Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, em 01/06/2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70034360891 (tel:70034360891). Julgado pela Terceira Câmara Criminal. Relator: Odone Sanguiné, em 25/03/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70042008029 (tel:70042008029). Julgado pela Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martinez Lucas, em 20/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2012.

MUNICIPALIZAÇÃO DO TRÂNSITO

TRAFFIC MUNICIPALIZATION

João Marcelo e Silva Diniz⁴

Resumo: A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, conhecida Código de Trânsito Brasileiro – CTB, criou várias inovações, inclusive, quanto à imposição aos municípios, de gestão do próprio trânsito através da integração da cidade ao Sistema Nacional de Trânsito (SNT). Essa mudança proporcionou ao gestor local a implantação de uma política de trânsito capaz de atender demandas de segurança, a implementação de campanhas de educação para o trânsito e o desenvolvimento de ações de trânsito, gestão dos transportes públicos, ordenamento da circulação de veículos, ciclistas e pedestres e uma melhor regulamentação dos estacionamentos da cidade, garantindo-se aos munícipes o pleno exercício do direito de ir, vir e ficar seguro, quando do deslocamento diário dentro dos centros urbanos. Este artigo tem por escopo analisar o trânsito seguro e eficiente na perspectiva da mobilidade urbana adequada, bem como analisar o trânsito seguro com um direito fundamental. Analisar a necessidade de os municípios aderirem ao SNT.

Palavras-chave: Trânsito; Direitos fundamentais; Mobilidade urbana; Código de Trânsito Brasileiro; Municipalização do trânsito.

ABSTRACT

Law Nº 9.503, of September 23, 1997, known as the Brazilian Traffic Code – CTB, created several innovations, including, regarding the imposition on municipalities, of managing their own traffic through the integration of the city into the National Traffic System (SNT). This change provided the local manager with the implementation of a traffic policy capable of meeting safety demands, the implementation of traffic education campaigns and the development of traffic actions, management of public transport, ordering the circulation of vehicles, cyclists and pedestrians and better regulation of the city's parking lots, guaranteeing residents the full exercise of their right to come, go and stay safe when traveling daily within urban centers. This article aims to analyze safe and efficient traffic from the perspective of adequate urban mobility, as well as to analyze safe traffic as a fundamental right. Analyze the need for municipalities to join the SNT.

Keywords: Traffic; Fundamental rights; Urban mobility; Brazilian Traffic Code; Municipalization of traffic.

⁴ Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Especialista em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo-UNICID. Graduado em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul – UNICSUL. jmarcelosd@bol.com.br

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do CTB, a gestão do trânsito no Brasil passou a ser de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na medida de suas respectivas competências.

Essa compreensão restou cristalina com o disposto no artigo 5º do CTB que trata sobre as finalidades do SNT.⁵ Consta do aludido dispositivo que o SNT é o “conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.”

A responsabilidade compartilhada entre os entes federativos na gestão do trânsito ficou mais acentuada com a Emenda Constitucional nº 82, que inseriu o §10º ao artigo 144 da CF/88, estabelecendo que a segurança viária compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes.

Para Vieira (2019, p.29) a gestão do trânsito no Brasil pode ser dividida em dois níveis, macro e micro, cabendo à União e aos Estados a Gestão do Trânsito em nível macro e aos Municípios a gestão em nível micro.

Outrossim, a partir da proposta de verificar e dispor sobre as leis e normas pertinentes à regulamentação do trânsito sob o enfoque da competência dos Municípios na gestão do trânsito local, o objetivo do presente estudo é apontar as exigências e os métodos legais para o cumprimento da obrigação a eles imposta e analisar, a partir de informações colhidas, quais são os percalços enfrentados, ou não, pelo gestor público local inclusão de Tabuleiro do Norte/Ce no SNT e no estabelecimento de instrumentos de gestão e melhoria do trânsito local, e impulsionar o gestor local a enfrentar esses desafios, e efetivar a integração do município ao SNT.

Para o alcance do que se propõe, conceitua-se o trânsito no contexto histórico e geográfico, dispondo sobre a sua relação direta com a mobilidade e circulação, com a caracterização dos conflitos causadores da necessidade de regulamentação do trânsito e dos sistemas de circulação, dispondo sumariamente sobre as leis e normas de trânsito brasileiras que ordenam o uso dos espaços de circulação no território nacional, desde a promulgação da Constituição Federal, passando pela instituição do Código de Trânsito Brasileiro e Lei de mobilidade urbana.

A partir dessas importantes informações, são identificados os órgãos pertencentes ao SNT e seu papel de acordo com a Política Nacional de Trânsito, (PNT), com análise da competência delegada aos municípios para gestão e regulamentação do trânsito e da

⁵-CTB: Art. 5º. O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

circulação no seu limite territorial, com esclarecimentos sobre as atribuições e procedimentos necessários à promoção da municipalização do trânsito, destacando as obrigações de ordem técnica, legais, financeiras e institucionais, tendentes ao planejamento, organização e operação do trânsito decorrentes da municipalização.

O Presente trabalho tem por escopo verificar a gestão em nível macro, especificamente, entender a municipalização do trânsito como mais um instrumento de gestão do espaço público.

2.5. O trânsito como manifestação de direito fundamental igualdade: o direito social de segurança no trânsito

A liberdade de circulação como qualquer direito individual de liberdade, quando exercido de forma exacerbada, acaba por trazer prejuízos para a sociedade como um todo e para seus indivíduos, de forma que o seu exercício há de ser regulado, disciplinado e estabelecido de forma concreta pelo Estado.

A manutenção da ordem, da segurança e da fluidez devida no trânsito, somente é alcançada por meio do exercício da liberdade de circulação conjugado com o direito fundamental de segurança no trânsito. Assim há de se reconhecer a segurança no trânsito como direito fundamental, assimilado em nossa Constituição como direito fundamental expresso, em decorrência do ordenamento jurídico.

Segundo Cechetto (2020, p. 63) estabelecido que o direito de segurança nasce do exercício do direito de liberdade, temos que o fator determinante para o reconhecimento do direito fundamental social de segurança vem em decorrência do direito de liberdade e os excessos que este acaba por trazer.

O mesmo padrão de reconhecimento de direitos fundamentais sociais ocorreu no início do século XX, em que os direitos de liberdade apenas existiam no plano formal e acabou por levar a uma crise social. Isso demonstrou que, efetivamente, o exercício exacerbado das liberdades leva à gênese de desigualdades sociais:

No liberalismo, o valor da liberdade [...] cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. [...]. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato, econômicas, sociais, políticas e pessoais - termina 'a apregoada liberdade do liberalismo [...] numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a esses, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome. (BONAVIDES, 1972, p. 31, apud CECHETTO, 2020, p. 64).

Nesse ponto, verificamos, então, a mudança do modelo de Estado, do Estado Liberal para o Estado Social, uma vez que os princípios máximos da revolução francesa estão presentes nesses eventos, a liberdade(enfatizada no estado liberal) e a igualdade (enfaturada no estado social). No Estado Social, o Estado assume uma posição de ação, de realização material dos Direitos Fundamentais, deixando de agir apenas de forma passiva (como no Estado Liberal) e parte para realização concreta.

O Estado Social (ou Intervencionista) instala-se em diversos países, inclusive no Brasil (com a Constituição de 1934), na primeira metade do século XX e busca consagrar dois dos elementos essenciais da tríade da Revolução Francesa: a Liberdade e a Igualdade, reunindo em nível constitucional as Liberdades Públicas (já consagradas na Primeira Dimensão) e novos Direitos Sociais, que passaram a exigir ações de um Estado que deixou a condição passiva (do *laissez faire, laissez passer*) e assumiu o compromisso de realizar (de promover) ações visando à concretização desses Direitos Fundamentais. (HONORATO, 2011, p. 16, apud CECHETTO, 2020, p. 64)

Nesse ponto, encontramos o Estado Máximo ou Intervencionista. Em que a tarefa dos poderes do Estado é a dignidade da pessoa. É reconhecida, então, uma segunda categoria de Direitos Fundamentais, os Direitos Fundamentais sociais.

Seguindo essa construção, fica evidente que os direitos sociais têm o condão, mesmo que de certa forma, limitar os direitos individuais quando exercidos de forma exacerbada. Nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, enumera um rol dos direitos sociais fundamentais, dentre eles o direito à segurança:

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.

O Direito Fundamental de segurança, ali previsto, é o direito geral à segurança pública, que possui vários desdobramentos, e um destes é o desdobramento do direito ao trânsito seguro, cujo núcleo essencial tem base justamente no art. 60, da Constituição Federal de 1988 acima referido.

Junto ao art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, são relacionados os seguintes direitos sociais: “educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados”. Nessa nobre relação de Direitos Fundamentais a serem defendidos e buscados (perseguidos diuturnamente, poderia dizer!) faz-se necessário destacar o Direito à Segurança que, em relação à utilização das vias terrestres do território nacional, converte-se em Trânsito Seguro, como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. (HONORATO, 2011, p. 17, apud CECHETTO, 2020, p. 65).

Além da base no direito social de segurança, o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, também norteia a segurança como direito fundamental individual, de forma, que o direito geral à segurança encontra-se previsto tanto como direito fundamental individual, como social:

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:[-].

Fica evidente que, no trânsito, não basta a liberdade de circulação, para satisfazer o devido direito de circulação, é também necessária a intervenção do Estado, para que traga a garantia de segurança na fruição do direito de circulação. Essa atividade do Estado manifesta-se pela elaboração e regulamentação da circulação e por meio de políticas públicas estatais de fiscalização e cumprimento dessas normas.

No Estado de Direito democrático, portanto, não basta a liberdade de circulação, faz-se necessário que o trânsito seja realizado em condições seguras, mediante sujeição de todos às normas de circulação e de segurança (previstas no Capítulo III e seguintes, do CTB).

Por se tratar de Direito Fundamental de Segunda Dimensão, o Trânsito Seguro exige que o Estado (por meio dos representantes legislativos) crie normas reguladoras do uso das vias terrestres, visando “tornar útil” e “empregar com utilidade” esse espaço coletivo; exige que o Estado (por meio dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito) fiscalize e faça cumprir a legislação de trânsito; e exige do Estado (de cada um de nós) o fiel cumprimento das normas de circulação e de segurança no trânsito.

Eis os papéis do Estado Social (e Intervencionista) para a realização do Trânsito Seguro: regulamentar o uso das vias, realizar diuturnamente o policiamento ostensivo e a fiscalização do cumprimento das normas, e promover ações visando proteger todos os Direitos Humanos relacionados ao fenômeno trânsito. (HONORATO, 2011, p. 17-18, apud CECHETTO, 2020, p. 66).

Com base no direito geral de segurança, podemos encontrar a previsão de proteção desse bem jurídico expresso em nossa Constituição Federal de 1988, no art. 144, que estabelece a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

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:[..]

O fenômeno trânsito também se encontra abarcado pelo art. 144 da Constituição Federal de 1988, de forma que a segurança pública, com a finalidade de manutenção da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, incide também sobre o fenômeno do trânsito, visto que este necessita também de manutenção de sua ordem pública, preservação da vida e do patrimônio, junto ao artigo 144 da Constituição da República, o dever de o Estado promover Segurança Pública, para a “preservação da

ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, e todos, inclusive dos usuários das vias terrestres, no território nacional.

O alcance (ou incidência) desse dever pode ser compreendido a partir da denominação atribuída ao Título V, da Constituição da República (em que se situa o referido artigo 144): “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”. Desse modo, o dever de proporcionar Segurança Pública incide sobre todas as atividades realizadas no território nacional, inclusive sobre o fenômeno trânsito. (HONORATO, 2011, p. 10, apud CECHETTO, 2020, p. 67).

A segurança no trânsito decorre da necessidade de regulamentação da liberdade, tendo em vista que sem segurança, não há liberdade. Essa atividade de regulamentação e manutenção da segurança mostra-se como uma atividade típica do Estado, de forma a caracterizar um direito fundamental social.

A atuação do Estado em prol da concretização desse direito de segurança, se deu através da promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, por meio da Lei nº 9.503 de 1997, que estabeleceu o regramento e a disciplina para execução e proteção do direito ao trânsito seguro. Contudo, mais recentemente, e no sentido de reafirmar o carácter de segurança pública, a atividade de segurança no trânsito ingressou expressamente no rol do art. 144, da Constituição Federal de 1988, *in litteris*:

§10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I- compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente;

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Segundo Santos (2015, p. 14, apud Cechetto, 2020, p. 71), a intenção do legislador constituinte era de expressamente, reconhecer a vigilância, prevenção e repressão permanente do Estado na atividade do trânsito, de forma a fazer com que esse ambiente esteja livre de perigos e materialize a segurança no trânsito.

Consoante todos esses entendimentos que traduzem o constitucionalismo contemporâneo, o legislador constitucional derivado acrescentou o parágrafo 10 ao artigo 144 da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 82, de 2014): A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas. Sob um olhar teleológico à Norma se verifica que o legislador deixou clara a finalidade da segurança viária, qual seja: a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas.

Da incolumidade das pessoas infere-se a ausência de perigos, consignada por Souza Neto(2013); essa ausência constante há de se realizar por meio da efetivação de atividades relativas à vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas no trânsito.

Nesse entender, arremata-se que segurança viária se traduz, explicitamente, em trânsito seguro (SANTOS, 2015, p. 14, apud CECHETTO, 2020, p. 72).

Evidentemente o legislador constituinte reconheceu a necessidade de tutela da segurança viária, de forma expressa, com a finalidade de preservação da ordem pública, da incolumidade de pessoas e de seu patrimônio, no uso das vias públicas, e reconhece expressamente a segurança no trânsito (ou segurança viária), como direito fundamental social de segurança. [...] o direito fundamental à segurança, dever do Estado efetivado pelas instituições relacionadas no art. 144 da mesma Lei Maior, é o garante da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio e, em um olhar mais pontual, quanto às vias públicas, essas mesmas ordem pública e incolumidade se traduzem, por derradeiro, em segurança viária.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 82, de 2014, que acrescentou o parágrafo 10 ao art. 144: A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas. Sendo a segurança viária compreendida, em síntese, como trânsito seguro, isto é, o direito de ir, de vir ou de permanecer na via pública em segurança, sem nada que ameace ou ponha em perigo essas ações, a conclusão lógica daí extraída não pode ser outra senão a de que um trânsito seguro é dever do Estado, é um direito fundamental do indivíduo, direito esse derivado da dignidade humana.

É evidente, em razão das premissas acima estabelecidas, que a segurança no trânsito pode e foi reconhecido, com base na cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental social de segunda dimensão, com fundamento do art. 5º, caput, art. 6º, art. 144, caput e §10º, todos da Constituição Federal de 1988 (CECHETTO, 2020, p. 74)

2.6. O trânsito como manifestação de direito fundamental de solidariedade: a mobilidade humana segura no trânsito

Para demonstrarmos a existência de um direito metaindividual de segurança no trânsito, é necessária a análise dos direitos metaindividuais ou transindividuais que estão relacionados nesse intuito. Como ponto de partida, observemos a previsão de nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 23, incisos IX e XII. O artigo em comento trata das matérias de competências comuns dos entes federados, para todos os seus poderes, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[--]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

[-]

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

O artigo acima coloca a educação para segurança para o trânsito com outras matérias de grande relevância metaindividual ou transindividual, como patrimônio histórico (incisos III e IV), proteção à moradia e direito de habitação (inciso IX), defesa contra a pobreza e erradicação da miséria (inciso X), defesa do meio ambiente (incisos VI e VI) e dos recursos hídricos (inciso XI), etc.(CECHETTO, 2019, p. 76)

Na presente abordagem, é dada especial relevância ao direito metaindividual à moradia, que se desdobra em direito à cidade, todos elencados no art. 6º, e no art. 23, inciso IX e art. 182, caput, da Constituição Federal de 1988.

Sabemos, então, que este é um direito fundamental metaindividual reconhecido em nosso ordenamento jurídico, pelo fato de que, possui estreita ligação com o direito fundamental metaindividual de segurança no trânsito.

Quando, falamos em direito à cidade, devemos entender também o direito à moradia em um contexto sistêmico, uma vez que o direito à cidade abrange outras categorias de direitos, como o direito à liberdade.

Note-se que a importância do direito à cidade é tão forte, que podemos afirmar que representa um caráter interdisciplinar em termos sociais, uma vez que ele não existe sozinho, pois ele abrange o direito à liberdade, à moradia digna, isto é, transforma-se em um referencial sistêmico. (CECHETTO, 2019, p. 76).

No mesmo sentido, Costa e Venâncio (2016, p. 127, apud Cechetto, 2020, p. 76) demonstram: que o direito à moradia deve ser entendido como próprio direito à cidade e demanda atuação do Estado para sua efetiva concretização, que se dá por meio do desenvolvimento da infraestrutura.

O direito à moradia, entendido, dessa forma, como o direito à própria cidade, demanda a atuação efetiva do Poder Público voltada ao desenvolvimento de toda uma infraestrutura adequada, capaz de atender aos anseios vitais do ser humano [...] (COSTA E VENANCIO, 2016, p. 127, apud CECHETTO, 2020, p. 76).

Estabelecido que o direito à cidade abrange o direito à moradia, é necessário estabelecer que esse Direito Fundamental é classificado como metaindividual. Muito embora o direito à cidade não esteja expressamente previsto em nossa Constituição Federal de 1988, dela decorrem, em razão do regime e dos princípios por ela adotados, com especial ênfase ao art.182, bem como pela base existente no art. 1º, inciso VI, da Lei da Ação Civil Pública, e expressa no art. 2º, do Estatuto das Cidades, de forma a poder-se afirmar a existência do direito fundamental metaindividual à cidade.

Pois bem, o direito à cidade não está formalmente incluído em nenhuma lista constitucional ou legal de direitos coletivos. Entretanto, há várias disposições normativas que indicam a existência de um direito coletivo à cidade. A Lei n. 7.347/85, que regula a ação civil pública especialmente para proteção de direitos coletivos, prevê, na lista de direitos e interesses a serem tutelados pela ação, a lesão à ordem urbanística (artigo 10, VI).

Em que pese cuidar-se de um conceito jurídico indeterminado, parece possível reconhecer que “ordem urbanística” é uma metonímia para se referir à própria “cidade”,

razão pela qual a lei mencionada autoriza o ajuizamento de ação civil pública para proteção do direito coletivo à cidade, o que eleva a “cidade” (ou seja, a “ordem urbanística”) a um bem juridicamente tutelado pelo direito positivo brasileiro. A Constituição Federal não usa a expressão direito, porém claramente incorpora, em seu artigo 182, caput, a proteção e promoção da “cidade” como um bem jurídico-constitucional que merece tutela jurídica e, portanto, judicial.

Por fim, o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei n. 10.257/2001, prevê expressamente, em seu artigo 2º, a garantia do “direito a cidades sustentáveis”, introduzindo finalmente de forma muito clara este conceito na ordem jurídica brasileira.(MELLO, 2017, p. 443, apud Cechetto, 2020, p. 77)

Para Mello (2017, p. 459, apud Cechetto, 2020, p. 77), o direito à cidade é um direito coletivo ou comunitário, de nova espécie, reconhecido como direito fundamental composto por um conteúdo complexo, dotado de carga axiológica que demanda a compreensão de uma cidade justa.

Neste texto, limitamo-nos a sustentar que o direito à cidade (I) é uma nova espécie de direito coletivo ou comunitário, (II) é um direito fundamental composto por um conteúdo normativo complexo e (III) é dotado de um conteúdo axiológico que demanda que o compreendamos como um direito a uma cidade justa, bem como que seja aplicado com base em uma epistemologia moral integrada. Mas esses são apenas alguns elementos estruturais básicos de uma teoria jurídica do direito à cidade. Compete à dogmática jurídica prosseguir na exploração das potencialidades desse novo direito para a consolidação do ideal de uma vida urbana politicamente digna.(CECHETTO, 2019, p. 81)

Para Fiorillo (2014, p. 252, apud Cechetto, 2020, p. 77) o direito à infraestrutura, que é uma forma de tutela e gestão do meio ambiente artificial, demanda uma gerência da cidade pelo poder público, tem por base o art. 43 a 45 do Estatuto das Cidades e é um direito metaindividual.

O direito à infraestrutura, como direito material metaindividual organizado a partir da tutela jurídica do meio ambiente artificial, revela a necessidade de uma “gerência” da cidade por parte do Poder Público municipal vinculada a planejamento previamente discutido não só com o Poder Legislativo, mas com a população, com a utilização dos instrumentos que garantem a gestão democrática das cidades, explicados nos arts. 43 a 45 do Estatuto da Cidade exatamente no sentido de integrar juridicamente as cidades ao Estado Democrático de Direito (FIORILLO, 2014, p. 252, apud CECHETTO, 2020, p. 78).

Feitas essas considerações, demonstramos que o próprio art. 1ºparágrafo único, do Estatuto das Cidades, traz como uma das finalidades da propriedade urbana o uso em prol da segurança, bem como em seu artigo terceiro estatui a obrigação da União de instituir as diretrizes da política de mobilidade urbana, e por fim, traz a previsão de realização de Estudo de Impacto de Vizinhança- EIV, com vistas a perquirir os efeitos do uso do solo e possível geração de tráfego e demanda por transporte público.

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que

regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

[..]

Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

[-]

IV - instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público;

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

V- geração de tráfego e demanda por transporte público;

Para Freitas (2017, p. 12, apud Cechetto, 2020, p. 79), o EIV (Estudo de Impacto de Vizinhança), estabelecido pelo art. 36, do Estatuto das Cidades, tem como finalidade a tutela do meio ambiente urbano equilibrado, de forma que essa proteção confere ao referido instituto status de direito fundamental, é inclusive autoaplicável, independentemente de regulamentação municipal.

Após a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe um grande elenco de direitos fundamentais, princípios e previsão de direitos coletivos, a interpretação das leis ordinárias passou a ser feita sempre de acordo com o previsto na lei suprema.

Poucos municípios brasileiros possuem a lei determinada pelo art. 36 do Estatuto da Cidade, ou alguma outra norma similar, o que torna referido dispositivo totalmente inócuo. Apesar da determinação de lei municipal, de acordo com uma interpretação conforme a Constituição, que prevê o meio ambiente ecologicamente protegido (inclusive urbano) como direito fundamental, a norma do Estatuto da Cidade que impõe a realização do EIV deve ser considerada autoaplicável para obras de grande porte, independentemente de lei municipal que preveja as atividades ou empreendimentos, privilegiando-se a qualidade de vida da população das cidades.(CECHETTO, 2019, p. 82)

Com base no art. 3º, inciso IV, do Estatuto das Cidades, em 03 de janeiro de 2012, fora promulgada a Lei nº. 12.587, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Dentre os princípios fundamentais da política nacional de mobilidade urbana está a Segurança nos deslocamentos das pessoas, conforme o art. 5º, inciso VI, do referido diploma legal.

Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

[.]

VI- segurança nos deslocamentos das pessoas;

Feitas essas considerações sobre a segurança e o direito à cidade verificamos que Portugal e Santos (1991, p. 189, apud Cechetto, 2020, p. 81) aduzem que Sistema Nacional de Trânsito é um bem de uso coletivo, visto que consome recursos para oferecer serviços e produz impactos sociais.

A justificativa para essa caracterização tem por base termos econômicos, o uso do solo urbano e do espaço viário. Por isso fica estabelecido que o espaço urbano é um recurso da sociedade administrado pelo Estado.

O sistema de trânsito é um bem coletivo que consome recursos para oferecer serviços e produz possíveis impactos (positivos ou negativos) no ambiente (nível de atividades socioeconômicas, ocupação e valor do solo e da propriedade).

Como esses recursos são da população, devem ser administrados de acordo com os seus reais interesses. E este entendimento mais se justifica em função de que: a) em termos econômicos, têm-se considerado tradicionalmente como fatores básicos de produção: trabalho, capital e terra; b) o solo urbano e o espaço viário (que não deixa de ser um tipo de uso do solo) têm sido tratados pelo sistema econômico vigente no Brasil como uma mercadoria.

A partir deste entendimento, deve-se considerar que o espaço viário é um recurso da comunidade, cuja organização e administração produzem ganhos e perdas para os diferentes segmentos da sociedade.

Como o sistema nacional de trânsito é um bem de uso coletivo, é necessária a identificação desse sistema e suas diretrizes bases no ordenamento jurídico. O SNT, Sistema Nacional de Trânsito, estabelecido pelo art. 6º do CTB, é em que ficam também estabelecidas as diretrizes para a Política Nacional de Trânsito.

Art. 6º São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito:

- I- estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar seu cumprimento;

Podemos salientar a importância desse artigo que traz, em sua redação, a criação do Sistema Nacional de Trânsito e de suas diretrizes. Ele demonstra um sistema de cooperação entre órgãos da administração, o que já ocorre com o Sistema Único de Saúde, o Sistema Nacional do Meio Ambiente etc. Destina-se ao cumprimento e execução, em cooperação entre entes federados em união de esforços, de determinadas políticas públicas relevantes, como elucida Marrara (2012, p. 03 e 04, apud Cechetto, 2020, p. 81), em sua aula expositiva.

A despeito dessas qualidades, a consolidação de um direito administrativo verdadeiramente cooperativo parece ainda distante no Brasil. É verdade que, desde a década de 1980, sente-se a forte ampliação dos chamados “sistemas administrativos”, ou seja, de conjuntos de entidades públicas de mais de um ente político que unem esforços na execução de determinada política pública, tal como se vislumbra no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), no Sistema Único de Saúde (SUS) ou no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA).

Ainda assim, em muitos setores extremamente relevantes para o país e em que as infraestruturas exercem um papel estratégico, nota-se certo isolamento normativo-organizacional das entidades federativas, sobretudo as federais, em relação aos interesses e anseios dos outros entes (MARRARA, 2012, p. 03 e 04, apud CECHETTO, 2020, p. 81).

Com base no art. 6º do Código de Trânsito Brasileiro, fora elaborada a Resolução nº 514, de 18 de dezembro de 2014, que, em preâmbulo, deixa a evidência de que a política nacional de trânsito deve servir de fundamento axiológico para as ações públicas que são formuladas pelo Estado, dentro das expectativas da sociedade.

Considerando que uma Política Nacional em qualquer setor governamental, como fator natural de convivência entre Estado e Sociedade, deve primordialmente congrega as expectativas sociais em volta de uma determinada ordem social, estabelecendo os fundamentos axiológicos necessários para a formulação do sentido a ser buscado nas ações públicas; Considerando a necessidade de direcionar as ações voltadas para o trânsito com uma visão de futuro, sem nunca perder de vista as imprescindibilidades dos meios existentes.(CECHETTO, 2019, p. 83)

Dessa forma, pelo estabelecido pela regulamentação do trânsito infraconstitucional, em especial do art. 1º, §2º, e art. 6º, inciso I, da Lei nº 9.503 de 1997, com base no art. 5º, caput, e art. 6º, da Constituição Federal de 1988, evidenciamos a existência do direito fundamental metaindividual da segurança no trânsito, como subproduto do direito à cidade, direito à mobilidade urbana segura e direito à segurança.

Pelo exposto, portanto, com a norma de trânsito, foi esculpido um direito fundamental específico, que se acolhe do direito humano fundamental genérico da segurança, que tanto evidencia seu caráter individual (art. 5º da Constituição Federal) como social (art. 6º da Constituição Federal). Tal direito é exemplo típico de direito fundamental de terceira dimensão ou geração, que também pode receber sua classificação, por sua natureza, de direito metaindividual. (VIALI, 2004, p. 43, apud Cechetto, 2020, p. 82)

Para Viali (2004, p. 43, apud Cechetto, 2020, p. 82) a segurança no trânsito é “exemplo típico de direito fundamental de terceira dimensão ou geração, que também pode receber sua classificação, por sua natureza, de direito metaindividual”.

2.7. Necessidade de municipalização enquanto instrumento de gestão

Com espírito federativo, o CTB trouxe a divisão de responsabilidades na gestão do trânsito entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ampliando consideravelmente a competência dos últimos no tratamento das questões do trânsito.

Esse processo de ampliação de competências aos Municípios passou a ser conhecido como municipalização do trânsito. Com a municipalização do trânsito, os Municípios passaram a ser responsáveis diretamente por uma série de atribuições legais, em especial o planejamento, o projeto, a regulamentação, a sinalização, a operação e a fiscalização de trânsito de veículos, pedestres e animais nas ruas, nas avenidas, nos logradouros, nos caminhos, nas passagens, nas estradas e nas rodovias (municipais), nas praias abertas à circulação pública, nas vias internas pertencentes a condomínios constituídos por unidades autônomas e as vias e áreas de estacionamentos de estabelecimentos privados de uso coletivo, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 2º do CTB.

Ao longo de duas décadas de vigência do CTB, a municipalização do trânsito demonstrou ser irreversível, embora alguma resistência ainda persista. Em razão disso, os Municípios têm a obrigação de assumir diretamente a gestão do trânsito sobre as atividades de Engenharia de Trânsito e Sinalização, Operação e Fiscalização de Trânsito, Educação de Trânsito, Estatística de Trânsito e de Julgamento Administrativo de Infrações de Trânsito, por meio de órgãos colegiados.

A municipalização garantiu ao gestor público condições de atender as necessidades dos usuários de forma direta, o que antes não era possível. No entanto, é imprescindível que o Município avalie as suas características no processo de integração ao SNT antes de definir a estrutura CTB: Art. 2º, parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres e as praias abertas à circulação pública, as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas e as vias e áreas de estacionamento de estabelecimentos privados de uso coletivo.

O administrador terá, sob sua jurisdição, a implantação de uma política de trânsito capaz de atender as demandas de segurança e fluidez e mais facilidade para a articulação das ações de trânsito, mobilidade urbana, transporte coletivo e de carga, e o uso do solo.

Essas ações são fundamentais para a consecução de um projeto de cidade mais humana e adequada à convivência com melhor qualidade de vida.

Importante, também, que no Plano Diretor do município trate questões relacionadas a essas ações, visando melhores condições do ir e vir das pessoas.

O Plano de Mobilidade Urbana é integrado ao plano diretor do município, contendo diretrizes, instrumentos, ações e projetos voltados à organização dos espaços de circulação e dos serviços de trânsito e de transportes públicos, com objetivo de propiciar condições adequadas ao exercício da mobilidade da população e da logística de circulação de mercadorias⁶.

Por menor que seja a cidade, deve ser feito tratamento especial para a circulação segura dos pedestres, dos ciclistas ou das carroças. A cidade será tão mais saudável quanto mais seguro for o deslocamento de pessoas.

Como o trânsito seguro é direito de todos os municípios, eles devem adotar as medidas para assegurar este direito, no âmbito de sua competência. Garantir o direito de todos a um trânsito seguro é responsabilidade do prefeito. A municipalização do trânsito foi

⁶-Confederação Nacional de Municípios. Municipalização do Trânsito. Brasília: CNM, 2013. 1.Trânsito. 2. Municipalização. 3. Estrutura municipal de trânsito. 4. Boas práticas. I. Título: Municipalização do Trânsito.

proposta, principalmente, para dotar os municípios das condições legais, técnicas e financeiras para desenvolver atividades relacionadas diretamente à vida diária dos seus munícipes, interferindo na sua qualidade de vida, na produtividade e no seu desenvolvimento sociocultural. As ruas, avenidas, estradas, acessos, praças e calçadas fazem parte da infraestrutura das cidades⁷.

2.8. Trânsito eficiente e mobilidade urbana segura

Cotidianamente, milhões de brasileiros se locomovem de um ponto a outro. A prática dessa ação, aparentemente tão normal e acolhida pelo direito natural, ocorre em razão da liberdade que as pessoas têm de deslocamento. E a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XV, garante esse direito de livre deslocamento. Vejamos: 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: [...] XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...](Brasil, 1988).

Em que pese a Carta da República ter garantido a livre locomoção de todos os brasileiros, há nítidas questões sociais que impedem o pleno exercício desse direito, especialmente as demandas urbanas. Por essa razão, ao longo dos tempos, a sociedade tem tentado aprimorar o direito de locomoção e solidificar os conceitos de direitos e garantias, com destaque para os temas trânsito, tráfego e mobilidade.

Entretanto, para que isso aconteça, tais assuntos precisam ser prioritários nos debates do país. As discussões até existem, mas há muita retórica e não há o enfrentamento planejado das questões prioritárias para o Brasil, o que coloca os deslocamentos como notadamente essenciais e urgentes para a pauta das políticas públicas.

Parecem incansáveis os discursos de vários segmentos, a cada período da nossa história, de que o futuro do Brasil é esplendoroso e que seu desenvolvimento carece de planejamento e continuidade de políticas públicas. No entanto, são necessários enfrentamentos básicos para que possa haver desenvolvimento, como os investimentos em educação, infraestrutura e tecnologia.

Os planos de desenvolvimento sempre estão atrelados, quase sempre, as grandes obras em grandes centros, como novas linhas de metrô ou as intermináveis duplicações e até mesmo a implantação de novos trechos em rodovias. Todavia, as ações e os planos de desenvolvimento necessitam de vontade política, orçamento e sobretudo planejamento.

Veja-se, vontade política no sentido de decidir pela regularização e adesão ao SNT, pois, citando, exemplificativamente o Estado do Ceará, até o ano de 2023, das 184 cidades

⁷--Confederação Nacional de Municípios. *Municipalização do Trânsito*. Brasília: CNM, 2013. 1.Trânsito. 2. Municipalização. 3. Estrutura municipal de trânsito. 4. Boas práticas. I. Título: *Municipalização do Trânsito*.

cearenses, ao menos 98 ainda não possuem o trânsito municipalizado. Ou seja, não há nenhum equipamento que aplique as normativas previstas no Código de Trânsito⁸.

Inúmeros entraves são apontados pelos gestores locais para não aderirem ao SNT, a exemplo do desgaste político, dificuldades econômicas e financeiras.

Todavia, há grandes benefícios quando o município assume a gestão do seu próprio trânsito, proporcionando a solução de conflitos nos espaços de circulação, melhor fluidez do trânsito e qualidade de vida aos seus habitantes. Municipalizar o trânsito impacta diretamente na redução dos acidentes. Quando há a aplicação da lei, o trânsito passa a ficar ordenado. Motociclistas, que são aqueles que mais se acidentam, passam a utilizar capacete o que reduz os danos em um possível acidente. Enfim, essa redução, atestada em cidades que já municipalizaram, é uma das consequências mais importantes.

Em relação ao eventual desgaste político, municipalizar, realizar um bom trabalho de conscientização dos comportamentos adequados, seguros e posteriormente fiscalizar o cumprimento das normas, é algo a se pensar por parte dos gestores para que a municipalização seja vista com outros olhos por parte da população, afinal de contas um trânsito seguro, respeito aos espaços públicos é desejo comum a toda a população.

Por seu turno, as dificuldades financeiras podem ser superadas através de estratégias múltiplas, bem como os investimentos iniciais na conformação do órgão podem ser diluídos ao logo do tempo. Dentre as estratégias citadas por especialistas, existe a possibilidade de operação consorciada de trânsito para municípios de menor porte, além da possibilidade de convênios para apoio em parte das atividades de trânsito.

Além disso, a longo prazo, os investimentos em trânsito retornam através de recursos oriundos de multas, regulamentação dos estacionamentos e emplacamento dos veículos, visto que 50% do valor arrecadado a título de Imposto sobre a propriedade de veículo automotor(IPVA) é revertido ao município de domicílio do proprietário, e certamente com a incidência da municipalização o índice de veículos transitando irregularmente tende a diminuir, aumentando de outro lado a arrecadação.

Já em relação ao planejamento, entrou em vigor, em 3 de janeiro de 2012, a Lei nº 12.587, com o objetivo de instituir a Política Nacional de Mobilidade Urbana(PNMU) e o Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, legitimar ações locais e regionais, particularmente com vistas ao acesso universal das pessoas aos lugares aos quais pretendiam chegar, e, especialmente, buscar as diretrizes do desenvolvimento urbano e gestão democrática.

Podemos dizer que a referida lei avistou cidades e as dificuldades que as pessoas passaram a ter em seus deslocamentos, tendo como propósito universalizar os espaços e promover a convivência pacífica entre os modais.

A Lei da Mobilidade Urbana evidenciou os modos de transportes urbanos, os veículos de serviços e a infraestrutura. Para Bernardi (2007, p. 72, apud Simonelli, p. 53), a mobilidade “é um processo integrado de fluxos de pessoas e bens que envolvem todas as formas de deslocamentos dentro do ambiente urbano”. Ou seja, o conceito se refere ao

⁸-<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/ceara/saiba-por-que-98-cidades-do-ce-desrespeitam-a-lei-ha-24-anos-e-seguem-sem-municipalizar-o-transito-1.3317912>, consultado em: 09 set. 2023.

transporte público e individual, ao transporte privado, motorizado ou não, e até ao deslocamento a pé, além dos modos rodoviários, ferroviários e hidroviários, entre outros.

Mobilidade é o exercício do direito de deslocamento seguro, consciente e saudável, de um ponto a outro, pelo modo que melhor aprover a cada pessoa.

Perceba também que há uma nítida evolução da legislação disposta no CTB (de 1997) para a Lei de Mobilidade Urbana (de 2012), uma vez deflagradas todas as dificuldades que a população vivencia em seus deslocamentos e também as dificuldades do Poder Público em atender às demandas cotidianamente.

O crescimento desordenado das cidades trouxe diversas dificuldades para a população, como ocupações de espaços insalubres, falta de saneamento básico e, sobretudo, locais de moradias muito distantes de onde as pessoas trabalhavam ou estudavam. Essas distâncias obrigaram as pessoas a se deslocarem de um ponto a outro na dependência do transporte coletivo, cada vez mais precário.

Nas últimas décadas, as políticas públicas de incentivo ao uso do veículo particular e individual facilitaram a aquisição de milhões e milhões desses veículos, mas as cidades não se prepararam para essa demanda. Não houve planejamentos que contemplassem tamanhos problemas.

Embora a Lei de Mobilidade Urbana tenha sido sancionada em 2012, há expectativas de que o Poder Público e a sociedade percebam as possibilidades de melhorias nas condições de deslocamentos. A referida lei tem por premissa a harmonização entre os modais e um maior sentido para os espaços urbanos, como calçadas e ciclovias.

Da parte do Governo Federal, foram editados planos de mobilidade com o objetivo de orientar especialmente os gestores municipais e a respeito do enfrentamento do ir e vir de milhões de pessoas, mostrando que trânsito e mobilidade devem estar no mesmo ano das discussões do transporte coletivo. Isso significa pensar as cidades também para outros modais; pensar no conjunto, na integração, na pluralidade de formas de deslocamento e seus efeitos.

O Guia Vida no Trânsito (Brasil, 2017b) traduz a realidade do porquê da escolha de certos modais e os mais utilizados, seja pelas condições econômicas, seja pela facilidade.

No ano de 2003, no Brasil, 29,8% da população se deslocava usando transporte público, 28,8% usava transporte individual e 41,4% meios de transporte não motorizados (bicicleta ou a pé). Já em 2012, nove anos depois, 29% se mantiveram no transporte coletivo, 31% foram para o transporte individual e 40% usavam transportes não motorizados.

Esses dados divulgados pelo Guia Vida no Trânsito (Brasil, 2017b), foram compilados pela Associação Nacional de Transporte Público (ANTP). A mobilidade passou a ser o grande gargalo da vida cotidiana.

Passados mais de 7 anos da edição da Lei da Mobilidade Urbana, o cenário é bastante parecido; todavia, as discussões sobre planejamento urbano, mobilidade e pessoas vieram à tona. Esse é um ponto positivo, pois as pessoas estão mais atentas às discussões e formando seus conceitos de viver e conviver.

Atualmente, vemos o resgate da caminhada e da bicicleta como modos de deslocamentos e de mobilidade saudável. É, literalmente, um passo importante. Há, no entanto, poucos avanços positivos em relação a temas coletivos, justamente pela falta de exercícios que exijam a compreensão do direito do outro, bem como a falta de planejamento nas ações desenvolvidas pelos gestores na busca da adequada ordenação do seu território, principalmente ações que busquem agregar a um só tempo mobilidade urbana, trânsito e transporte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em Janeiro de 1998, entrou em vigência a Lei nº9.503/97, instituindo o Código de Trânsito Brasileiro, que rege as condutas e normas de trânsito em nível nacional, consolidando a competência de gestão da mobilidade local aos municípios, cabendo-lhes o planejamento, projeto, implantação e fiscalização.

Surge também a necessidade de inclusão dos municípios no Sistema Nacional de Trânsito(SNT), bem como a sua responsabilização quanto à gestão do trânsito local, no que diz respeito à segurança na circulação, obrigatoriedade de programar ações de educação para o trânsito, estabelecer critérios para a habilitação de condutores e para a condução e circulação de veículos, cabendo-lhes inclusive a imposição de penalidades.

A municipalização do trânsito vem para conferir ao gestor público local a oportunidade de resolver conflitos e promover uma melhor qualidade de vida aos habitantes das cidades, motivo pelo qual se entende necessária a atuação interdisciplinar na proposição de instrumentos de organização do território que regulem a circulação urbana e que, concomitantemente, visem conceder aos cidadãos maior facilidade de acesso e mobilidade.

As leis e normas de trânsito, a funcionar como um desses instrumentos, têm o objetivo de definir, com os projetos de circulação, a forma como as vias poderão ser usadas pelos pedestres e pelos condutores, de modo a causar impactos diretos na qualidade do trânsito e da vida na cidade. É, portanto, uma atividade que deve ser exercida com muita responsabilidade.

No entanto, muitos municípios ainda não integrantes do SNT, não possuem orientação técnica para a assunção de suas competências legais voltadas à gestão do trânsito e, até mesmo, instrumentos legais que viabilizem a municipalização do trânsito, que vem abordar as implicações advindas da falta de planejamento e de ordenação do espaço de circulação urbano, analisar as causas da não integração dos municípios ao SNT e suas consequências, bem como estabelecer as perspectivas.

O grande desafio dos gestores locais é gerir o trânsito de forma transversal e intersetorial. Nesse sentido, ao planejar a cidade, devem contemplar todas as pessoas e seus modais. Assim, ao municipalizar as questões de trânsito, é preciso um pertencimento coletivo das resoluções de problemas, vencer demandas legais e assumir um protagonismo plural nos meios urbanos e nos espaços públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CEZÁRIO, Elielson de Souza. **Municipalização do trânsito e mobilidade urbana: análise do processo de transição da municipalização do trânsito para o plano de mobilidade urbana dos municípios João Pessoa/PB e Cabedelo/PB.** / Elielson de Souza Cezário. – João Pessoa: UFPB, 2015.
- Confederação Nacional de Municípios. **Municipalização do Trânsito.** Brasília: CNM, 2013.
- COSTA, André. Saiba por que 98 cidades do CE desrespeitam a lei há 24 anos e seguem sem municipalizar o trânsito. Diário do Nordeste. Disponível em: 08 Jan.2023, <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/ceara/saiba-por-que-98-cidades-do-ce-desrespeitam-a-lei-ha-24-anos-e-seguem-sem-municipalizar-o-transito-1.3317912>>. Acesso em 09 set. 2023.
- DE BEM, L.S; PEROVANO, D; MACHADO, R. A. **Segurança pública e trânsito**, 1ª ed., Curitiba: Editora intersaberes, 2019.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; ANTP –ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS. **Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas aglomerações urbanas brasileiras: relatório executivo.** Brasília: Ipea; ANTP, 2003. Disponível em: 29 mar. 2023. <<http://goo.gl/I92Pef>>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; ANTP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS. **Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas aglomerações urbanas brasileiras: relatório executivo.** Brasília: Ipea; ANTP, 2003. Disponível em: 29 mar. 2023. <<http://goo.gl/I92Pef>>. Acesso em: 29 mar. 2023.
- RIZZARDO, A., **Comentários ao Código Brasileiro de Trânsito.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, João Baptista da. **Código de trânsito brasileiro comentado e explicado**, 2. ed., Belo horizonte: Editora Líder, 2015.
- SIMONELLI, Luiza, **Trânsito eficiente e mobilidade segura: estado coletivo e cidade plural**, 1ª ed., Curitiba: Editora intersaberes, 2020.
- VIEIRA, Marco Fabrício. **Gestão municipal de trânsito: aspectos jurídicos e administrativos**, 1ª ed., São paulo: letras jurídicas, 2018.

A PROVA NO PROCESSO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO

EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE AND ITS REPERCUSSIONS ON PROCEDURAL SOCIAL SECURITY LAW

Daniel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará tecer considerações acerca da teoria da prova no Direito Processual Civil e suas repercussões na seara do Direito Processual Previdenciário. Para tanto, será necessário, de início, identificar a natureza, classificação e objeto da prova no âmbito da processualística civil. Após, revela-se imperioso apontar alguns aspectos principais no que concerne à prova aplicada à realidade Previdenciária.

Verifica-se a relevância da pesquisa diante da dificuldade que tem o operador do direito de entender quais os meios de prova existentes no ordenamento jurídico e como o correto entendimento do tema pode influir de maneira crucial no resultado de uma demanda judicial. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar a comunidade jurídica e, assim, fixar premissas relevantes em relação ao campo do direito probatório.

Propõe-se demonstrar, dessa maneira, mediante a análise da legislação pátria, que existem diferentes meios de provas existentes e chancelados pelo ordenamento jurídico-processual. Serão desenvolvidos conceitos e será perquirida a correta identificação dos mecanismos que permitem provar um determinado fato da realidade sociojurídica. Por fim, será necessário adentrar no campo do direito processual previdenciário, concentrando-se em aspectos-chave do regime probatório previdenciário.

Dessa forma, o estudo da teoria da prova contribui para fortalecer o princípio do devido processo legal, o princípio da busca da verdade real e, em especial, o princípio da segurança jurídica. Isso porque a correta apreciação da prova, no curso de um processo, contribui efetivamente para a prolatação de uma decisão justa, tecnicamente motivada, permitindo a pacificação das relações sociais.

Assim, na primeira seção, será tratado a delimitação do conceito da prova no direito processual civil e seu objeto como base para a compreensão do campo de abrangência da disciplina.

Ato contínuo, a segunda seção objetivará o estudo do Direito Processual Previdenciário e a influência singular que a teoria da prova exerce sobre esse ramo do Direito. Nesse sentido, será desenvolvido temas caros ao Direito Processual Previdenciário, tais como, a caracterização da relação de dependência econômica, a comprovação da união estável previdenciária e a comprovação da incapacidade para o trabalho. Com efeito,

será abordada a delimitação do conteúdo básico do aludido princípio a partir do entendimento doutrinário predominante e adotado pelos diversos tribunais do país.

Para estudar este problema, os instrumentos utilizados serão extraídos de ampla pesquisa doutrinária, da análise de artigos científicos e de jurisprudências acerca do tema. Ademais, adota-se, na pesquisa, o método dedutivo por meio da revisão bibliográfica, da análise jurisprudencial e do estudo legislativo do direito pátrio. Por fim, a conclusão residirá na identificação dos meios de prova existentes em nosso ordenamento e como influem nas relações processuais previdenciárias.

2. A TEORIA DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No direito processual civil, a fase instrutória de um processo é, por muitos, considerada a fase mais importante de uma demanda, por exercer grande influência no convencimento do juiz acerca de determinado fato. Dessa maneira, o estudo da teoria da prova revela-se de suma importância e, para tanto, cumpre discorrer sobre a natureza jurídica das provas, suas classificações e os diversos meios de provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. Da natureza jurídica, da classificação e do objeto da prova

É importante caracterizar a prova como o elemento ou instrumento previsto ou não em lei que é apto a demonstrar a veracidade de algum fato ou situação jurídica necessária à solução de uma demanda judicial. No que tange a sua natureza jurídica, a disciplina das provas hoje é, acertadamente, feita pelo Código de Processo Civil que as considera como formas de convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos.⁹ Assim vejamos:

“CPC, Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

No mesmo sentido, as lições de Marinoni:

“Outros ainda trabalharão com a ideia de convencimento, de argumentação ou de motivação. Independentemente da orientação que se empregue, não há dúvida de que a prova se liga a esse debate, em torno dos fatos (ou impressões de fato) que devem ser analisados para a solução do conflito.”¹⁰

⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. 11. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2020, p. 749.

¹⁰ MARINONE, Luiz Guilherme, *Manual do Processo Civil*. 5ª.ed. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 352.

No que compete à classificação da prova, quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. As diretas são aquelas que se relacionam diretamente ao fato que se pretende demonstrar e as indiretas são aquelas que não demonstram diretamente o fato a ser provado, mas algum outro fato a ele ligado e que, por via de raciocínios indutivos, poderá encaminhar o juiz para conclusão almejada.

Quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A prova pessoal é aquela prestada por um sujeito a respeito de um fato e a real é aquela prova obtida pelo exame de determinado objeto ou local, seja por uma inspeção judicial, seja por uma perícia técnica.

Quanto à forma, a prova poderá ser oral ou escrita, sendo a oral aquela que é colhida verbalmente na instrução processual por meio de depoimento pessoal das partes ou das testemunhas arroladas e a escrita é a prova oriunda de documentos ou perícias.

Acerca do objeto da prova, deve-se ressaltar que é o conjunto de alegações controvertidas das partes, sendo relevantes para o julgamento da causa. A doutrina clássica afirma que a prova incide sobre fatos, ou seja, o objeto da prova são os fatos litigiosos.¹¹ Além desse conceito clássico, deve-se esclarecer que se a tutela é inibitória, ou seja, que visa impedir que alguém venha a fazer algo, o objeto da prova deverá recair sobre os atos preparatórios ou fatos que indicam que há uma intenção de praticar o ilícito. O objeto da prova também pode recair sobre atos normativos, apesar de isso ser pouco comum. O CPC autoriza que o juiz possa exigir prova da existência e da vigência de lei municipal, lei estadual, lei estrangeira ou mesmo de normas decorrentes de costumes, conforme abaixo se depreende:

“CPC, Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

2.2. Dos meios de prova, do ônus da prova, dos critérios de valoração da prova e das provas em espécie

Em relação aos meios de prova, estes são os mecanismos através dos quais a prova é levada para o processo. Alguns deles estão expressamente previstos em lei (como a prova testemunhal ou a documental, por exemplo) e, por isso, são chamados de provas típicas (ou meios típicos de prova). Além desses, porém, admite-se a produção de meios de prova que não estão previstos expressamente, as chamadas provas atípicas (ou meios atípicos de prova).¹²

Em relação ao ônus da prova, interessantes questões merecem ser abordadas. O ônus da prova é compreendido de forma dupla: primeiro, como regra dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem ser comportar no processo acerca da produção

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *Direito Processual Contemporâneo*, volume 2, 4ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2017, p.148.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p.210.

da prova a respeito de suas alegações Segundo, como regra dirigida ao magistrado, no sentido de permitir a ele, no julgamento a ser proferido, verificar em que medida as partes desincumbiram-se adequadamente de seu ônus quando ainda não tenha se convencido acerca das alegações de fato relevantes para prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o non liquet.¹³

Em regra, o ônus da prova é estático porque compete ao demandante o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Está previsto no art. 373 do CPC:

“CPC, Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Por outro lado, deve-se fazer a menção de que o Código de Processo Civil permite a atribuição dinâmica do ônus da prova, autorizando que a prova deverá ser produzida pela parte que tem maiores condições de produzi-la, independentemente de ter sido esta parte requerente ou não da medida. Há previsão expressa no Art. 371, §1º, do CPC:

“CPC, Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Um ponto relacionado ao tema é o momento de inversão do ônus probatório. Em situações expressamente previstas na lei, a lei permite que o magistrado inverta o ônus da prova, conferindo-lhe a prerrogativa de transferir a responsabilidade de provar ao réu do processo, ou de puni-lo por não ter produzido a prova necessária que lhe incumbia, considerando, nesses casos, que o autor encontra-se em situação (financeira ou técnica fragilizada, ou que a sua alegação é verossímil.¹⁴

Prevalece, na doutrina especializada, que o momento limite para se efetivar a inversão do ônus da prova é até o saneamento do processo, com base no contraditório e ampla defesa. A decisão de inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. Significa dizer, que, de acordo com o Art. 373, §2º, estabeleceu-se uma regra de procedimento em

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil – 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p.312.

¹⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil* –13 ed.–São Paulo: Atlas, 2018, p. 422;

que veda-se ao magistrado realizar a inversão do ônus na própria sentença, pois, caso assim agisse, tornaria impossível a desincumbência do encargo pela parte:

“CPC, Art. 373 § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Em relação aos critérios de valoração da prova, o sistema adotado no Brasil é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. O princípio da livre convicção rege a avaliação das provas pelo juiz, conferindo-lhe ampla liberdade de decidir a verdade fática de acordo com a persuasão que as provas produzidas no processo tenham gerado no seu entendimento. A lei não pode obrigar o juiz a considerar não verdadeiros fatos de cuja veracidade esteja ele convencido, ou verdadeiros aqueles cuja veracidade não esteja suficientemente sedimentada na sua consciência.¹⁵ Nota-se, portanto, que a prova não pertence à parte que a produziu e sim ao processo, concretizando assim o princípio da comunhão das provas.

No que concerne às provas em espécie, sem pretender esgotar o tema, destacam-se a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial.

O art. 384 prevê procedimento extrajudicial constituído na documentação de um fato por tabelião, por meio de uma ata por ele lavrada, podendo nela incluir dados representados por imagem ou som gravados em arquivos. É muito utilizado na prática, principalmente para situações decorrentes do meio eletrônico que necessitem de provas.¹⁶

Ato contínuo, o depoimento pessoal é meio de prova segundo o qual as próprias partes são ouvidas pelo magistrado a respeito dos fatos controvertidos. Ela é produzida, como regra, na audiência de instrução e julgamento (art. 361, *caput*). Tal oitiva pode favorecer uma delas na exata medida em que haja, por uma, o reconhecimento de que o fato (ou fatos) sobre o qual (os quais) depõe realmente ocorreu (art. 389).¹⁷

Partindo-se para o conceito de confissão, pode-se afirmar que este meio de prova é a admissão, por uma das partes, da veracidade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário (art. 389). Pode ela ser judicial ou extrajudicial, e só pode versar sobre fatos relativos a direitos disponíveis (art. 392), sendo expressamente reputada ineficaz a confissão feita por quem não é capaz de dispor do direito a que se refiram os fatos admitidos como verdadeiros (art. 392, §1º).¹⁸

Cumprido consignar que, em relação à Fazenda Pública, por debater, em regra, direito indisponíveis, atrelados a um interesse público primário, não é admitido o instituto

¹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 508.

¹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *Direito Processual Contemporâneo*, volume 2, 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 168.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* – 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p.318

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p.217.

da confissão aos fatos que lhe dizem respeito. No mesmo sentido, as lições de Leonardo da Cunha.¹⁹

Quanto à exibição de documento ou coisa, qualquer parte pode requerer ou o juiz pode determinar a exibição, de ofício, de um documento ou uma coisa que se encontre com qualquer um dos litigantes ou que estejam em poder de uma terceira pessoa.

A parte nem sempre dispõe dos documentos ou das coisas necessárias à formação do convencimento do magistrado. Quando isso ocorrer, é possível solicitar que o juiz determine o aperfeiçoamento da intimação da parte contrária, para que apresente a coisa ou o documento em juízo, permitindo que o interessado prove a veracidade dos fatos afirmados na petição inicial ou na contestação, sob pena de o magistrado admitir o fato como provado, diante da inércia da pessoa contra a qual o pedido de exibição foi formulado, ou quando as razões da negativa forem consideradas ilegítimas.²⁰

A prova documental é uma das espécies mais relevantes e usualmente utilizadas no processo civil. Documento é toda e qualquer coisa, não necessariamente escrita, que representa um fato, podendo ser público ou particular.

A prova documental tem por característica típica a circunstância de, diretamente, demonstrar o fato pretérito. Por intermédio desse meio de prova, o juiz tem conhecimento do fato sem qualquer interferência valorativa outra, que não a sua própria.²¹

É necessário fazer uma distinção entre prova documental e prova documentada. Embora os termos pareçam ter conteúdos idênticos, há uma diferença prática, visto que dentro do processo todos os atos devem ser documentados; no entanto, nem todo documento constante dos autos representará, necessariamente, uma prova documental. Os atos que formam o processo são documentados nos autos, como, por exemplo, a petição inicial, a contestação, o laudo técnico do exame pericial. Dessa forma, são representados por documentos. Todavia, nem por isso são provas documentais.²²

Outro passo adiante é entender que a prova testemunhal é aquela produzida por meio da inquirição de pessoas estranhas ao feito, mas que sabem sobre fatos da causa. Trata-se de meio de prova de ampla admissibilidade, sendo sempre cabível se a lei não dispuser de modo diverso (art. 442).²³

Deve-se esclarecer que a atuação da testemunha deve se limitar a informar se o fato ocorreu, como ocorreu, se ele não ocorreu, em que circunstâncias ocorreu. É dizer, a testemunha não pode realizar um juízo de valor dos fatos, mas sim, narrar os fatos de maneira objetiva.

Adentrando na prova pericial, pode-se conceituá-la como a prova do perito, sendo essencialmente técnica, visto que exige conhecimento específico sobre o assunto a ser provado. É autorizado afirmar que esta, em regra, é produzida antes da audiência de

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p.150.

²⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil* –13 ed.–São Paulo: Atlas, 2018, p. 439.

²¹ MARINONE, Luiz Guilherme, *Manual do Processo Civil*. 5ª.ed. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 404.

²² ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019, p. 815.

²³ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *Direito Processual Contemporâneo*, volume 2, 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 181.

instrução e julgamento, e até mesmo em processos nos quais não há tal audiência, em razão da desnecessidade de produção de prova oral. Excepcionalmente, entretanto, o perito poderá exercer alguma espécie de atividade durante a audiência de instrução de julgamento.²⁴

É necessário pontuar que em algumas situações a lei supervaloriza a prova documental, afastando a possibilidade da produção de outra modalidade de prova. Isso não significa que a prova documental vale necessariamente mais do que a testemunhal, mas tão somente que alguns negócios, pelas suas próprias características, só podem ser provados através da comprovação material da sua existência.²⁵

Por fim, a inspeção judicial é a prova em que o magistrado realiza uma inspeção, deslocando-se para onde está a pessoa ou a coisa, quando não for possível apresentá-las em juízo, ou quando for ordenada a reconstituição dos fatos. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, nele se devendo mencionar tudo quanto se repute útil ao julgamento da causa (art. 484). Este auto pode ser instruído com desenhos, gráficos ou fotografias (art. 484, parágrafo único).²⁶

2.3. Noções do regime probatório previdenciário

De maneira inicial, no ramo do Direito Previdenciário, é cediço que, em ações cujo objeto seja a concessão de uma prestação previdenciária, inúmeras questões de natureza fático-probatória surgem e demandam concreta comprovação, tais como, a incapacidade para o trabalho, a preexistência da incapacidade para o trabalho, o agravamento da lesão incapacitante, a dependência econômica dos genitores, a união estável previdenciária, dentre outros diversos casos.

Se uma ação previdenciária é sinal de exame de prova, e se, de outra parte, é caracterizada pela hipossuficiência do autor da demanda, pela eventual ausência de advogado constituído e pela dignidade fundamental do direito em discussão, deve ser empreendedora a participação do magistrado na instrução do feito, como pressuposto para o pronunciamento de uma sentença justa.²⁷

No presente estudo, serão ressaltadas as seguintes questões, quais sejam, a comprovação da dependência econômica, a comprovação da união estável previdenciária e a comprovação da incapacidade para o trabalho.

Quanto à caracterização e comprovação da relação de dependência econômica, é necessário entender que, para 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 a dependência econômica é

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, 10ª ed. São Paulo. Juspodium, 2018, p.800.

²⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil* –13 ed.–São Paulo: Atlas, 2018, p. 434.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p.233.

²⁷ SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 9ª ed. Paraná. Alteridade, 2021, p. 648.

presumida, ou seja, não há necessidade de se provar está condição (Art. 16, § 4º, da Lei Federal nº 8.213/1991).

Por outro lado, para os demais dependentes, tais como, os pais, 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, a dependência econômica deve ser comprovada.

Na esfera administrativa, a comprovação de dependência econômica demanda a apresentação de prova documental, segundo o disposto no art. 22, §3º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Sobre a temática, o Art. 16, §5º, da Lei Federal nº 8.213/1991 expressamente dispõe que “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.”

No entanto, é preciso destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a prova exclusivamente testemunhal pode ser utilizada para a comprovação da dependência econômica dos pais em relação aos filhos, com fins de percepção do benefício de pensão por morte, porquanto a legislação previdenciária não exige início de prova material para tal comprovação.²⁸

Em se tratando de comprovação da união estável para fins de concessão de pensão por morte, é imperioso afirmar que é necessário provar em juízo que a relação estabelecida era duradoura, pública e contínua, onde os companheiros tinham o objetivo de formação de um núcleo familiar, nos termos do Art. 1.723, do Código Civil.²⁹

Da mesma forma como sucede em relação à dependência econômica, na via administrativa é exigida a apresentação de documentos para a comprovação da união estável – RPS, art. 22, § 3º. Na seara judicial, prevalece o entendimento jurisprudencial de que incide o art. Art. 16 §§ 5º e 6º, exigindo para comprovação da união estável, a uma, início de prova material contemporânea dos fatos e, a duas, que início de prova material que comprove união estável seja por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado.

Deve-se fazer a ressalva de que há autores que criticam as disposições legais acima, no sentido de que as provas legais devem ser vistas com reservas, pois, impondo proibição probatória, podem levar a uma verdade artificial, obrigado o juiz a aceitar como verdadeiros, por determinação legal, fatos de cuja ocorrência não se convenceu.³⁰

No sentido da crítica esposada acima, a Súmula 63 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) expressamente determina que a

²⁸ STJ - AREsp: 891154 MG 2016/0079102-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 14/02/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2017.

²⁹ CC, 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.

³⁰ SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. 9ª ed. Paraná. Alteridade, 2021, p. 648.

comprovação da união estável para pensão por morte não exige início de prova material, ou seja, documentos que comprovem a união.³¹

Por fim, em relação à comprovação da incapacidade do trabalho para fins de obtenção de benefícios previdenciários (auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente) no âmbito administrativo, a concessão de benefício por incapacidade, como regra, dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social (Lei 8.213/91, art. 42, § 1º).

Ato contínuo, nos processos judiciais em que se discute a existência ou a persistência da incapacidade para o trabalho, a prova pericial é o elemento probatório mais importante. De todo modo, não pode ser subestimada a eficácia probante dos demais achados médicos encontrados nos autos ou mesmo da prova pessoal.³²

CONCLUSÃO

É preciso reconhecer que a teoria da prova exerce uma relevante influência, no processo civil brasileiro, irradiando-se também para outros ramos do direito, em especial o Direito Processual Previdenciário. Dessa forma, pode-se compreender que a prova é o elemento ou instrumento previsto ou não em lei que é apto a demonstrar a veracidade de algum fato ou situação jurídica necessária à solução de uma demanda judicial. Ademais, quanto à sua natureza jurídica, foi exposto que prevalece o entendimento no qual a prova é uma forma de convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos.

Ato contínuo, o estudo prosseguiu para a análise da classificação da prova, quanto ao objeto (direta ou indireta), quanto ao sujeito (pessoal ou real) e quanto à forma (oral ou escrita). No que tange ao objeto da prova, verificou-se que a doutrina majoritária entende é o conjunto de alegações controvertidas das partes, sendo relevantes para o julgamento da causa, incidindo especialmente sobre fatos litigiosos.

Um passo importante dado no presente artigo foi identificar os meios de prova como típicos (previstos em lei, como a prova testemunhal ou a documental, por exemplo) e atípicos, meios de prova que não estão previstos expressamente em lei. Além disso, percebeu-se a relevância do ônus da prova na processualística civil, podendo este ser estático (competindo ao demandante o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor) e dinâmico (permitindo ao magistrado que inverta o ônus probatório para a parte que tem maiores condições de produzi-la, independentemente de ter sido esta parte requerente ou não da medida).

Deve-se ressaltar que o conhecimento das provas em espécie foi salutar para compreender a complexidade e a especial relevância que as provas possuem em um deslinde judicial. Ao entender a função da ata notarial, do depoimento pessoal, da

³¹ Súmula 63, TNU: “A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.”

³² SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. 9ª ed. Paraná. Alteridade, 2021, p. 678.

confissão, da exibição de documento ou coisa, da prova documental, da prova testemunhal, da prova pericial e da inspeção judicial, operador do direito pode compreender e alinhar sua forma de atuar dentro de um litígio.

Por fim, trabalhou-se noções do regime probatório previdenciário, concluindo-se que uma ação previdenciária é sinal de exame de prova, demandando concreta comprovação de questões-chave, tais como, a dependência econômica, a união estável e incapacidade temporária ou permanente para o trabalho.

Pelo exposto, a teoria da prova exerce um papel crucial para o sucesso de uma demanda judicial e, mais do que isso, é peça chave para a concretização de princípios fundamentais ao processo, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa e a busca da verdade real, auxiliando e promovendo bases seguras ao atingimento da pacificação social.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020, p.150
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil*. 11. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.
- MARINONE, Luiz Guilherme, *Manual do Processo Civil*. 5ª.ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, 10ª ed. São Paulo. Juspodium, 2018
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *Direito Processual Contemporâneo*, volume 2, 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
- SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 9ª ed. Paraná. Alteridade, 2021.

DIREITO DIGITAL: FUNDAMENTOS E TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

DIGITAL LAW: FOUNDATIONS AND TRANSFORMATIONS IN CONTEMPORARY SOCIETY

Marcus Matias

Resumo: Este artigo examina os fundamentos e as transformações do Direito Digital na sociedade contemporânea com um foco especial no constitucionalismo. Aborda a evolução histórica, os principais desafios e inovações, a legislação específica no Brasil e oferece uma análise crítica sobre o futuro do Direito Digital. O estudo utiliza uma abordagem qualitativa baseada em revisão bibliográfica de fontes acadêmicas e jurídicas.

Palavras-chave: Direito Digital, Constitucionalismo, Internet, Legislação, Crimes Cibernéticos, Privacidade, Proteção de Dados.

ABSTRACT:

This article examines the foundations and transformations of Digital Law in contemporary society with a special focus on constitutionalism. It addresses historical evolution, the main challenges and innovations, specific legislation in Brazil and offers a critical analysis of the future of Digital Law. The study uses a qualitative approach based on a bibliographic review of academic and legal sources.

Keywords: Digital Law, Constitutionalism, Internet, Legislation, Cyber Crimes, Privacy, Data Protection.

1. INTRODUÇÃO

A internet tornou-se essencial no cotidiano humano, sendo difícil imaginar a sociedade sem ela. A tecnologia sempre moldou o progresso humano, e a internet, como principal avanço digital contemporâneo, proporciona uma transformação radical na esfera social, facilitando a comunicação e o compartilhamento de informações, mas também ampliando o espaço para crimes digitais. Esse contexto demandou a inserção do meio jurídico no ambiente digital para proteção, regulamentação e julgamento de delitos virtuais (NARAYANAN et al., 2016; CASTELLS, 2012).

Nos últimos anos, a internet não apenas se consolidou como uma ferramenta indispensável para a vida moderna, mas também se tornou uma plataforma onde se desenrolam atividades econômicas, educacionais e de entretenimento. A sua onipresença

transformou hábitos e comportamentos, permitindo um nível de interconectividade sem precedentes. No entanto, essa ubiquidade trouxe desafios, especialmente na forma de crimes cibernéticos, que variam de fraudes financeiras a invasões de privacidade, exigindo respostas rápidas e eficazes das autoridades competentes (SILVA, 2019; SCHNEIER, 2015).

A rápida evolução tecnológica e a constante inovação no campo digital exigem que o direito se adapte continuamente para acompanhar essas mudanças. A legislação tradicional, muitas vezes, se mostra insuficiente para lidar com as peculiaridades dos crimes digitais, criando a necessidade de novos marcos regulatórios específicos para o ambiente virtual. Nesse sentido, a jurisprudência tem desempenhado um papel crucial na interpretação e aplicação das normas existentes, bem como na criação de precedentes que orientam as decisões judiciais em casos envolvendo delitos cibernéticos (ONU, 2016; LESSIG, 2006).

Ademais, a internet, ao promover a globalização e a interconexão entre diferentes jurisdições, levanta questões complexas sobre a aplicação extraterritorial das leis. Os crimes cibernéticos, por sua natureza transnacional, desafiam a soberania dos Estados e exigem cooperação internacional para sua eficaz repressão. Instrumentos como convenções internacionais e acordos bilaterais têm sido desenvolvidos para facilitar a colaboração entre nações na investigação e punição de crimes virtuais, refletindo a necessidade de uma abordagem global (TJUE, 2014; ZITTRAIN, 2008).

Por fim, a conscientização e a educação sobre os riscos e as medidas de segurança no ambiente digital são fundamentais para a prevenção de crimes cibernéticos. O papel das instituições educativas, das campanhas de sensibilização pública e da formação especializada para profissionais da área jurídica e de segurança cibernética são elementos chave para a construção de um ambiente digital mais seguro. A interação entre tecnologia e direito continua a evoluir, e a capacidade de adaptar-se a essas mudanças é crucial para enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades que a era digital oferece (MEC, 2017; HOBBS, 2017).

2. CONSTITUCIONALISMO E DIREITO DIGITAL

2.1. Evolução Histórica do Constitucionalismo

Na Antiguidade, os hebreus tinham constituições baseadas em convicções comunitárias e dogmas religiosos que limitavam o poder político. Na Grécia, especialmente em Atenas, a Constituição de Sólon foi um marco da democracia constitucional, onde o poder era limitado pela lei. Em Roma, o termo 'constitutio' designava normas com valor de lei, influenciando a concepção de democracia e estruturas de poder (GERVAIS, 2020; LOEWENSTEIN, 1973).

O constitucionalismo inglês, com o princípio do Rule of Law, ressurgiu na Idade Média como movimento de conquista das liberdades e imposição de limites aos governantes. O constitucionalismo antigo estabeleceu as bases para o desenvolvimento de estruturas de poder limitadas e a proteção de direitos, influenciando diretamente o surgimento do constitucionalismo moderno (TAVARES, 2003).

2.2. Constitucionalismo Moderno

O constitucionalismo moderno abrange desde as Constituições revolucionárias setecentistas até as Constituições democráticas pós-Primeira Guerra Mundial. Exemplos importantes incluem a Constituição Norte-Americana de 1787, que estabeleceu um sistema de freios e contrapesos, e a Constituição Francesa de 1791, que aboliu a monarquia absoluta e estabeleceu a separação dos poderes. Cada ciclo constitucional refletiu as demandas sociais e políticas de sua época, buscando equilibrar liberdade e autoridade (NEVES, 2001; FIORAVANTI, 2001).

Influenciado por Locke, Montesquieu e Rousseau, o constitucionalismo liberal clássico formalizou a Constituição e consagrou os direitos civis e políticos. A Revolução Francesa destruiu o Antigo Regime, estabelecendo a separação dos poderes e a garantia dos direitos como bases do constitucionalismo (NEVES, 2001).

2.3. Constitucionalismo Contemporâneo

No pós-Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo na Europa mudou significativamente. A reação às atrocidades nazistas elevou a dignidade humana ao centro do constitucionalismo, transformando-a de um valor moral em um princípio jurídico fundamental. Surgiram novos direitos fundamentais, incluindo direitos ligados à fraternidade, democracia, informação e pluralismo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2003; GERVAIS, 2020).

Após a Segunda Guerra Mundial, constituições como a francesa de 1946, a italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978 atualizaram a ordem social e racionalizaram os sistemas parlamentares. Constituições de muitos países da América Latina, África e Ásia, inspiradas nas democracias clássicas e surgidas na segunda metade do século XX, refletiam mais as condições de desenvolvimento social e econômico do que a realidade constitucional (FIORAVANTI, 2001).

2.4. Constitucionalismo Digital

O constitucionalismo digital refere-se à adaptação e aplicação dos princípios constitucionais na era digital, enfrentando desafios e oportunidades impostos pela revolução tecnológica. Este conceito abrange a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital, como a privacidade, a liberdade de expressão e a segurança dos dados (ONU, 2016; ZITTRAIN, 2008).

Com a crescente digitalização da sociedade, novas questões jurídicas emergem, exigindo um reexame das garantias constitucionais tradicionais. A proteção dos dados pessoais, por exemplo, tornou-se uma preocupação central. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; porém, com o avanço tecnológico, surge a necessidade de legislações específicas, como a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), para assegurar esses direitos no contexto digital (BRASIL, 1988; BRASIL, 2018).

Outro aspecto relevante é a liberdade de expressão na internet. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabelece diretrizes para o uso da internet no Brasil, promovendo a liberdade de expressão e a proteção dos direitos dos usuários. Contudo, o desafio é equilibrar essa liberdade com a responsabilidade pelo conteúdo disseminado, combatendo fake news e discursos de ódio sem violar direitos fundamentais (BRASIL, 2014; STJ, 2017).

A segurança cibernética também é um ponto crítico no constitucionalismo digital. A proteção contra crimes cibernéticos, como invasões de privacidade e roubo de informações, exige uma atualização constante das normas jurídicas e a criação de mecanismos eficazes de proteção e resposta a incidentes (TJUE, 2014; SCHNEIER, 2015).

3. DESAFIOS E INOVAÇÕES NO DIREITO DIGITAL

Com o avanço tecnológico, a conectividade global aumentou, trazendo novos desafios como hackers e vazamento de dados pessoais. Isso levou ao aumento das infrações ao Código de Defesa do Consumidor e ao desrespeito a marcas e patentes. O Direito Digital deve abordar essas questões para garantir segurança jurídica. Ele utiliza princípios e soluções do ordenamento jurídico para preencher lacunas e alcançar resultados satisfatórios. As características do Direito Digital incluem celeridade, dinamismo, auto-regulamentação e solução por arbitragem (NARAYANAN et al., 2016; SCHNEIER, 2015).

A inovação tecnológica trouxe consigo inúmeros desafios para o Direito Digital. Um dos principais é a proteção de dados pessoais em um ambiente onde a informação circula rapidamente e pode ser facilmente acessada por indivíduos mal-intencionados. Leis como a LGPD buscam mitigar esses riscos, mas a implementação eficaz dessas normas é um desafio contínuo (BRASIL, 2018).

O aumento dos crimes cibernéticos é outro desafio significativo. A proliferação de ataques de hackers, fraudes eletrônicas e roubo de identidade exige uma resposta robusta do sistema jurídico. As leis precisam evoluir constantemente para lidar com as novas formas de crime que surgem com a evolução tecnológica (SCHNEIER, 2015; TJUE, 2014).

A inovação também se manifesta na criação de novos métodos de resolução de conflitos. A arbitragem online e os tribunais virtuais são exemplos de como a tecnologia pode ser utilizada para tornar o sistema judicial mais eficiente. No entanto, a implementação dessas soluções requer uma infraestrutura tecnológica robusta e a capacitação dos profissionais envolvidos (NARAYANAN et al., 2016).

As inovações tecnológicas também trazem oportunidades para a melhoria do sistema judicial. Ferramentas de inteligência artificial podem ajudar na análise de grandes volumes de dados jurídicos, previsões de decisões judiciais e até na automatização de tarefas repetitivas. No entanto, o uso dessas tecnologias deve ser cuidadosamente regulamentado para evitar abusos e garantir a transparência (NARAYANAN et al., 2016; LESSIG, 2006).

4. DIREITO DIGITAL NO BRASIL

O Direito Digital no Brasil tem evoluído significativamente nas últimas décadas. O Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados são exemplos de como o país tem se adaptado às necessidades da era digital. Essas leis visam proteger os direitos dos cidadãos no ambiente online e garantir um uso seguro e ético da tecnologia (BRASIL, 2014; BRASIL, 2018).

Casos emblemáticos como o da invasão do computador da atriz Carolina Dieckmann evidenciam a necessidade de uma legislação específica para crimes digitais. A repercussão desse caso levou à criação da Lei Carolina Dieckmann, que tipifica crimes como invasão de dispositivos informáticos e a divulgação não autorizada de informações pessoais (SILVA, 2019).

O Brasil também tem se destacado na regulamentação do uso de dados pessoais. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diretrizes claras sobre o tratamento de dados, buscando garantir a privacidade e a segurança dos cidadãos. Essa lei é um marco importante na proteção dos direitos fundamentais na era digital (BRASIL, 2018).

A cooperação internacional também é crucial para a eficácia do Direito Digital no Brasil. A globalização das redes e a natureza transnacional dos crimes cibernéticos exigem uma colaboração estreita entre os países para enfrentar esses desafios de maneira eficaz e coordenada (TJUE, 2014; SCHNEIER, 2015).

5. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

A LGPD foi criada para estabelecer regras para o uso de dados, dando autodeterminação informativa ao titular sobre seus dados, com impacto semelhante ao Código de Defesa do Consumidor. A LGPD é obrigatória para todas as empresas, refletindo a importância dos dados na Era Digital. Ela protege direitos fundamentais como privacidade, intimidade, honra, direito de imagem e dignidade, surgindo como resposta ao rápido desenvolvimento tecnológico (BRASIL, 2018).

O respeito aos princípios constitucionais é essencial, incluindo a inviolabilidade de correspondência e dados, conforme o artigo 5.º, XII da Constituição Federal: "Art. 5.º, XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na

forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Em uma sociedade digitalizada, a proteção da privacidade humana é central, abrangendo dados pessoais, rastros eletrônicos e exposição por meio de fotos ou vídeos. A rápida disseminação de informações na internet aumenta a preocupação com a privacidade (BRASIL, 1988).

A implementação da LGPD tem sido um desafio para muitas empresas que precisam adaptar suas práticas de coleta e armazenamento de dados às novas exigências. Isso inclui a necessidade de obter consentimento explícito dos titulares dos dados e garantir a segurança das informações armazenadas (BRASIL, 2018).

A proteção de dados pessoais é uma questão de direitos fundamentais na era digital. A LGPD, ao estabelecer um marco regulatório robusto, contribui para a criação de um ambiente mais seguro e transparente para o tratamento de dados no Brasil, promovendo a confiança dos consumidores nas transações digitais (BRASIL, 2018).

6. VIGILÂNCIA EM GRANDE ESCALA

A vigilância em grande escala pode impactar negativamente os direitos humanos. Os Estados devem respeitar o direito à privacidade na coleta de dados pessoais. A vigilância em grande escala é um dos temas mais críticos e polêmicos na era digital. Tecnologias avançadas permitem a coleta massiva de dados por governos e empresas, levantando preocupações significativas sobre a privacidade e os direitos humanos (ONU, 2016; ZITTRAIN, 2008).

A implementação de sistemas de vigilância em grande escala pode ser justificada por motivos de segurança nacional e prevenção de crimes, mas também pode ser usada para fins de controle e repressão política. A falta de transparência e de regulamentação adequada aumenta o risco de abusos e violações dos direitos humanos (ONU, 2016).

A cooperação internacional é crucial para enfrentar os desafios da vigilância em grande escala. A globalização da tecnologia e a interconectividade das redes de comunicação exigem uma abordagem coordenada e harmonizada entre os países para proteger a privacidade e os direitos humanos (TJUE, 2014).

Organizações de direitos humanos e a sociedade civil desempenham um papel vital na vigilância e na denúncia de abusos de vigilância. A promoção da transparência, a responsabilização e a proteção dos direitos dos indivíduos são essenciais para garantir que a vigilância em grande escala não comprometa os valores fundamentais da democracia e da liberdade (ONU, 2016).

7. IMPACTO DA REVOLUÇÃO DIGITAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL

A velocidade com que as tecnologias digitais evoluem exige uma resposta igualmente ágil do STF e de outras instâncias jurídicas. A introdução de novas ferramentas e plataformas digitais frequentemente antecede a criação de leis específicas, necessitando de interpretações e adaptações do direito constitucional para garantir que os direitos dos cidadãos sejam mantidos (STF, 2021).

A liberdade de expressão enfrenta novos desafios no ambiente digital, especialmente com o surgimento das redes sociais e outras plataformas de comunicação online. O STF tem atuado para equilibrar a proteção deste direito com a necessidade de combater discursos de ódio, fake news e outras formas de abuso online. Decisões recentes reafirmam a importância de medidas que promovam a transparência e a responsabilidade das plataformas digitais (STF, 2021).

O uso de inteligência artificial (IA) no judiciário, como o sistema VICTOR no STF, exemplifica a aplicação da Revolução Digital para melhorar a eficiência dos processos judiciais. A IA pode auxiliar na análise de grandes volumes de dados e na identificação de precedentes relevantes, mas também levanta questões sobre a transparência e a imparcialidade das decisões automatizadas (NARAYANAN et al., 2016).

A proteção contra abusos digitais, como fraudes, invasão de privacidade e cyberbullying, é um desafio crescente. A legislação precisa evoluir para acompanhar as novas formas de abuso que surgem com o avanço tecnológico. O STF tem um papel crucial em interpretar e aplicar as leis de maneira a proteger os cidadãos contra essas ameaças (STF, 2021).

A educação digital é essencial para que os cidadãos possam exercer seus direitos de maneira consciente e responsável no ambiente digital. Isso inclui a compreensão dos riscos e das proteções legais disponíveis. O STF tem incentivado políticas que promovam a alfabetização digital como forma de fortalecer a cidadania e a democracia (ONU, 2016).

A natureza global da internet e das tecnologias digitais exige cooperação internacional para a regulamentação eficaz e a proteção dos direitos fundamentais. O STF participa de discussões e colaborações internacionais para desenvolver padrões e práticas que protejam os direitos dos cidadãos no ambiente digital (TJUE, 2014).

8. RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

As plataformas digitais, como redes sociais e serviços de hospedagem de conteúdo, desempenham um papel central na disseminação de informações e na interação social. Com isso, surge a necessidade de estabelecer responsabilidades claras para essas plataformas em relação ao conteúdo que hospedam. Isso inclui medidas para combater discursos de ódio, proteger a privacidade dos usuários e assegurar a transparência nas práticas de moderação de conteúdo. A regulação adequada dessas plataformas é essencial para proteger os direitos dos usuários e manter a integridade do espaço digital (TJUE, 2014).

As plataformas digitais têm um impacto significativo na forma como as informações são compartilhadas e consumidas. A rapidez e o alcance da disseminação de conteúdo nas

redes sociais podem amplificar tanto os efeitos positivos quanto os negativos da comunicação digital. Para mitigar os riscos associados, é necessário que essas plataformas implementem políticas robustas para identificar e remover conteúdos prejudiciais, como discursos de ódio e desinformação. Além disso, a transparência nas práticas de moderação de conteúdo é crucial para garantir que essas políticas sejam aplicadas de maneira justa e consistente (TJUE, 2014).

A proteção da privacidade dos usuários é outro aspecto crucial na regulação das plataformas digitais. As empresas devem adotar medidas rigorosas para garantir a segurança dos dados pessoais, conforme estabelecido pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia. O GDPR impõe requisitos rigorosos sobre a coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, assegurando que os direitos dos usuários sejam protegidos contra abusos (TJUE, 2014).

Em conclusão, as plataformas digitais desempenham um papel vital na sociedade moderna, e a regulação adequada dessas plataformas é essencial para proteger os direitos dos usuários e manter a integridade do espaço digital. Exemplos como a Diretiva da União Europeia sobre Serviços Digitais (DSA) demonstram a importância de estabelecer responsabilidades claras para as plataformas, promovendo a segurança, a privacidade e a transparência. A cooperação internacional e a educação digital são fundamentais para enfrentar os desafios associados à moderação de conteúdo e à proteção dos direitos dos usuários no ambiente digital (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

9. DIREITOS HUMANOS E TECNOLOGIA

A relação entre tecnologia e direitos humanos é complexa. Por um lado, a tecnologia pode promover os direitos humanos ao facilitar a comunicação e o acesso à informação. Ferramentas digitais permitem que indivíduos em todo o mundo se conectem, compartilhem conhecimento e mobilizem-se por causas comuns, promovendo a liberdade de expressão e o direito à informação. Plataformas de mídia social e outras tecnologias de comunicação têm sido essenciais em movimentos sociais, oferecendo um meio para que vozes marginalizadas sejam ouvidas e apoiadas globalmente (ONU, 2016).

Por outro lado, a tecnologia pode ameaçar esses direitos através da vigilância em massa e da invasão de privacidade. Governos e empresas podem utilizar tecnologias avançadas para monitorar e coletar dados pessoais sem consentimento, violando a privacidade e outros direitos fundamentais. A coleta e o uso indevido de dados pessoais podem levar a discriminação, repressão e outras formas de abuso de poder. Tecnologias de reconhecimento facial e sistemas de vigilância em massa são exemplos de como a tecnologia pode ser usada para restringir liberdades e violar direitos humanos (ONU, 2016).

Organizações como a Human Rights Watch (HRW) monitoram e relatam os impactos da tecnologia nos direitos humanos. Essas organizações desempenham um papel crucial na identificação de abusos e na advocacia por regulamentos que protejam os direitos individuais no ambiente digital. Elas promovem a conscientização sobre os riscos associados ao uso indevido da tecnologia e pressionam por políticas que equilibrem a inovação tecnológica com a proteção dos direitos humanos (HRW, 2020).

Além disso, é essencial promover a alfabetização digital e a educação sobre direitos digitais. Os cidadãos devem ser informados sobre seus direitos no ambiente digital e capacitados a proteger sua privacidade e segurança online. Organizações da sociedade civil, educadores e governos devem colaborar para desenvolver programas educacionais que ensinem boas práticas de segurança digital e consciência crítica sobre o uso da tecnologia (HOBBS, 2017).

Em conclusão, a relação entre tecnologia e direitos humanos é intrinsecamente complexa, apresentando tanto oportunidades quanto desafios. A tecnologia pode ser uma força poderosa para o bem, promovendo a comunicação, a informação e a liberdade. No entanto, sem uma governança adequada e uma conscientização crítica, ela também pode ser uma ferramenta de vigilância e controle. Organizações como a Human Rights Watch desempenham um papel vital na monitorização dos impactos tecnológicos e na promoção de políticas que protejam os direitos humanos. A criação de um ambiente digital seguro e equitativo requer a colaboração de todos os setores da sociedade para garantir que a inovação tecnológica respeite e proteja os direitos fundamentais de todos os indivíduos (HRW, 2020).

10. EDUCAÇÃO E INCLUSÃO DIGITAL

A inclusão digital é fundamental para garantir que todos os cidadãos possam participar plenamente da sociedade digital. A era digital transformou diversos aspectos da vida cotidiana, desde a forma como nos comunicamos até a maneira como trabalhamos e acessamos informações. Portanto, é essencial que todas as pessoas tenham acesso às tecnologias digitais e saibam utilizá-las de maneira eficaz e segura (MEC, 2017).

Programas de educação digital são essenciais para equipar as pessoas com as habilidades necessárias para usar a tecnologia de forma eficaz e segura. A educação digital vai além do simples acesso à tecnologia; envolve também o desenvolvimento de competências digitais, como a capacidade de buscar e avaliar informações online, utilizar ferramentas de comunicação digital, e compreender os riscos e responsabilidades associados ao uso da internet. Essas competências são cruciais para a participação plena e segura na sociedade digital, permitindo que os indivíduos aproveitem as oportunidades oferecidas pela tecnologia, ao mesmo tempo em que protegem sua privacidade e segurança (MEC, 2017).

Iniciativas como o Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo) no Brasil visam promover a inclusão digital nas escolas. O ProInfo é um programa do Ministério da Educação que busca integrar as tecnologias de informação e comunicação no processo de ensino-aprendizagem nas escolas públicas brasileiras. O programa fornece equipamentos, recursos digitais e formação para professores, com o objetivo de melhorar a qualidade da educação e preparar os alunos para os desafios da era digital. Ao promover a inclusão digital nas escolas, o ProInfo contribui para reduzir as desigualdades no acesso à tecnologia e garantir que todos os estudantes tenham as mesmas oportunidades de desenvolvimento e aprendizagem (MEC, 2017).

Além de programas como o ProInfo, outras iniciativas de inclusão digital incluem a expansão da infraestrutura de internet em áreas rurais e marginalizadas, a criação de

centros comunitários de acesso à tecnologia e a oferta de cursos de capacitação digital para diferentes grupos etários e socioeconômicos. Essas iniciativas são fundamentais para assegurar que a inclusão digital seja ampla e alcance todas as camadas da sociedade, especialmente as mais vulneráveis (ONU, 2016).

Em conclusão, a inclusão digital é essencial para garantir que todos os cidadãos possam participar plenamente da sociedade digital. Programas de educação digital, como o ProInfo no Brasil, desempenham um papel crucial na promoção da inclusão digital nas escolas e na preparação dos estudantes para a era digital. Além disso, iniciativas que ampliam o acesso à tecnologia e oferecem capacitação digital são fundamentais para reduzir as desigualdades e promover o desenvolvimento econômico e social. A inclusão digital não é apenas uma questão de acesso, mas também de capacitação e igualdade de oportunidades, assegurando que todos possam beneficiar-se das vantagens da era digital (MEC, 2017).

11. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ÉTICA

A implementação de inteligência artificial (IA) levanta questões éticas significativas. É crucial garantir que os sistemas de IA sejam desenvolvidos e utilizados de forma a respeitar os direitos humanos, a privacidade e a igualdade. A crescente adoção de IA em diversas áreas, como saúde, finanças, segurança e entretenimento, traz benefícios substanciais, mas também suscita preocupações sobre possíveis impactos negativos na sociedade (NARAYANAN et al., 2016).

Transparência é um dos princípios fundamentais, exigindo que os sistemas de IA sejam compreensíveis e explicáveis. Isso significa que as decisões tomadas por sistemas de IA devem ser passíveis de explicação e os processos que levam a essas decisões devem ser claros para os usuários e outros stakeholders. A transparência é crucial para construir confiança nos sistemas de IA e garantir que os usuários possam questionar e entender as decisões que os afetam (NARAYANAN et al., 2016).

Responsabilidade implica que desenvolvedores e operadores de sistemas de IA devem ser responsabilizados por suas ações e pelas consequências de suas tecnologias. Isso inclui a criação de mecanismos para monitorar e avaliar continuamente os impactos dos sistemas de IA, bem como estabelecer processos para corrigir e mitigar quaisquer efeitos adversos. A responsabilidade também envolve garantir que os sistemas de IA sejam desenvolvidos e utilizados de acordo com as leis e regulamentos existentes (NARAYANAN et al., 2016).

Respeito pelos direitos fundamentais é essencial para garantir que a IA não infrinja os direitos humanos. Isso abrange a proteção da privacidade, a não discriminação, e a promoção da igualdade e da justiça. Os sistemas de IA devem ser projetados de forma a evitar vieses que possam levar a discriminação e devem ser usados para promover a equidade e a justiça social (NARAYANAN et al., 2016).

Além desses princípios, a ética da IA inclui preocupações com a segurança e a robustez dos sistemas de IA. Os sistemas devem ser projetados para serem seguros e resilientes a ataques e falhas, minimizando o risco de danos. A segurança envolve não

apenas a proteção contra ameaças externas, mas também a garantia de que os sistemas funcionem de acordo com os objetivos pretendidos e não causem danos imprevistos (NARAYANAN et al., 2016).

Privacidade é outra consideração crítica. Com a IA frequentemente dependente de grandes volumes de dados, é vital que as práticas de coleta, armazenamento e uso de dados sejam transparentes e respeitem a privacidade dos indivíduos. As diretrizes éticas promovem a minimização de dados e o uso de técnicas de anonimização para proteger as informações pessoais (NARAYANAN et al., 2016).

Em conclusão, a implementação de IA levanta importantes questões éticas que devem ser abordadas para garantir que a tecnologia beneficie a sociedade de maneira justa e equitativa. Princípios como transparência, responsabilidade e respeito pelos direitos fundamentais são essenciais para garantir que a IA seja usada de maneira a promover o bem-estar humano e a justiça social (NARAYANAN et al., 2016).

12. GOVERNANÇA DA INTERNET

A governança da internet refere-se às normas, princípios e processos que regulam o uso e a operação da internet. A governança eficaz é essencial para garantir uma internet aberta, segura e confiável. Organizações como a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) desempenham um papel crucial na governança da internet, coordenando a atribuição de endereços IP e nomes de domínio (ICANN, 2020).

A governança da internet envolve a colaboração de múltiplos stakeholders, incluindo governos, organizações internacionais, setor privado, academia e sociedade civil. Este modelo multissetorial permite que diversas perspectivas sejam consideradas na formulação de políticas e regulamentos, promovendo um equilíbrio entre interesses econômicos, sociais e técnicos. A transparência e a participação aberta são princípios fundamentais deste modelo, assegurando que as decisões sejam tomadas de maneira inclusiva e responsável (ICANN, 2020).

A Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) é uma organização sem fins lucrativos que desempenha um papel central na governança da internet. A ICANN coordena a atribuição de endereços IP, a gestão do sistema de nomes de domínio (DNS) e a manutenção de funções críticas para a estabilidade e segurança da internet. Através de processos de consulta pública e reuniões periódicas, a ICANN garante que as decisões sejam tomadas de maneira transparente e inclusiva, envolvendo todos os stakeholders relevantes (ICANN, 2020).

Além da ICANN, outras organizações como a Internet Engineering Task Force (IETF) e a World Wide Web Consortium (W3C) contribuem para a governança da internet desenvolvendo padrões técnicos e protocolos que asseguram a interoperabilidade e a funcionalidade da rede. A colaboração entre essas entidades é essencial para a evolução contínua da internet, permitindo que novas tecnologias sejam integradas de maneira segura e eficiente (ICANN, 2020).

Em conclusão, a governança da internet é um processo complexo e dinâmico que envolve a colaboração de múltiplos stakeholders para garantir uma rede aberta, segura e confiável. Organizações como a ICANN desempenham um papel crucial na coordenação de recursos críticos da internet, enquanto outras entidades contribuem com o desenvolvimento de padrões técnicos e protocolos. A transparência, a participação inclusiva e a cooperação internacional são princípios fundamentais para enfrentar os desafios e assegurar a evolução contínua da internet (ICANN, 2020).

13. FAKE NEWS E O IMPACTO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

A disseminação de fake news é um fenômeno amplificado pelas redes sociais, com consequências significativas para a democracia. Notícias falsas podem influenciar eleições, desestabilizar governos e fomentar divisões sociais. O papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e outras instâncias judiciais é crucial na criação de mecanismos legais para combater a disseminação de desinformação, protegendo assim o processo democrático e a integridade das eleições. As fake news representam um desafio complexo que requer uma resposta multifacetada, envolvendo a aplicação da lei, a cooperação internacional e a educação pública (SILVA, 2019).

A Lei n.º 13.834/2019 no Brasil, que criminaliza a denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, é um exemplo de esforço para combater fake news. Esta legislação estabelece sanções para aqueles que intencionalmente divulgam informações falsas com o objetivo de influenciar resultados eleitorais, destacando a seriedade com que o sistema jurídico brasileiro trata a desinformação. A lei visa não apenas punir os culpados, mas também desincentivar a criação e a propagação de conteúdo enganoso (SILVA, 2019).

Além disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem desenvolvido campanhas e parcerias com plataformas digitais para identificar e remover conteúdo falso durante os períodos eleitorais. Essas ações incluem a criação de canais de comunicação diretos com as principais redes sociais, permitindo uma resposta rápida e eficaz às denúncias de desinformação. O TSE também promove a conscientização pública sobre os perigos das fake news, incentivando os eleitores a verificarem a veracidade das informações antes de compartilhá-las (SILVA, 2019).

A legislação brasileira e as ações judiciais buscam equilibrar a liberdade de expressão com a necessidade de prevenir e punir a propagação de informações falsas. Este equilíbrio é essencial para manter a confiança pública nas instituições democráticas e garantir que as eleições sejam justas e transparentes. A liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não deve ser usada como escudo para práticas que minam a democracia. A regulamentação cuidadosa e proporcional é necessária para assegurar que os cidadãos possam se expressar livremente, enquanto se protege a integridade do processo eleitoral (SILVA, 2019).

Em conclusão, a disseminação de fake news representa um risco sério para a democracia, exigindo uma abordagem abrangente que inclua legislação eficaz, ações judiciais rigorosas, cooperação internacional e educação midiática. A Lei n.º 13.834/2019 e as iniciativas do TSE são passos importantes para combater a desinformação no Brasil. Manter o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção da integridade eleitoral é

crucial para preservar a confiança nas instituições democráticas e assegurar que as eleições sejam justas e transparentes (SILVA, 2019).

14. DIREITO AO ACESSO À INTERNET

O acesso à internet é cada vez mais considerado um direito fundamental, essencial para o exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão, a educação e o trabalho. A internet não é apenas uma ferramenta de comunicação, mas um meio vital para a participação na vida social, econômica e cultural contemporânea. Garantir o acesso universal à internet é um desafio para os governos, especialmente em áreas rurais e comunidades desfavorecidas, onde a infraestrutura digital é frequentemente limitada ou inexistente (ONU, 2016).

A implementação de políticas públicas que promovam a infraestrutura digital e a inclusão digital é essencial para assegurar que todos os cidadãos possam participar plenamente da sociedade digital. Tais políticas devem abordar tanto o desenvolvimento da infraestrutura física quanto a capacitação dos indivíduos para o uso eficaz e seguro da tecnologia. Investir em redes de banda larga, especialmente em áreas remotas, é crucial para garantir que todos tenham acesso igualitário às oportunidades oferecidas pela internet (ONU, 2016).

O relatório da ONU de 2016 destaca a internet como um facilitador essencial dos direitos humanos e insta os Estados a garantir o acesso universal à internet (ONU, 2016). O relatório sublinha que a internet pode melhorar a prestação de serviços públicos, aumentar a transparência governamental e promover o desenvolvimento econômico. Além disso, enfatiza que a exclusão digital pode exacerbar as desigualdades existentes e marginalizar ainda mais as comunidades vulneráveis (ONU, 2016).

No Brasil, programas como o Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) e o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) têm sido implementados para promover a inclusão digital e expandir a conectividade em regiões menos favorecidas. O Gesac oferece acesso gratuito à internet em telecentros, escolas, postos de saúde e outras instituições públicas em áreas rurais e urbanas de baixa renda. O PNBL, por sua vez, visa ampliar a infraestrutura de banda larga no país, tornando-a mais acessível e econômica para a população (MEC, 2017).

Em conclusão, o acesso à internet é fundamental para o exercício pleno de diversos direitos humanos e para a participação na sociedade digital moderna. Políticas públicas robustas que promovam a infraestrutura digital e a inclusão digital são essenciais para garantir que todos os cidadãos possam usufruir dos benefícios da conectividade. Iniciativas como o Gesac e o PNBL no Brasil são exemplos importantes de esforços para reduzir a exclusão digital e promover a equidade no acesso à internet. Garantir o acesso universal à internet não só fortalece a democracia e a cidadania, mas também promove o desenvolvimento econômico e social inclusivo (ONU, 2016).

15. CIDADANIA DIGITAL

A cidadania digital refere-se à capacidade de participar efetivamente na sociedade digital, exercendo direitos e deveres online. Isso inclui o uso ético e responsável da tecnologia, a proteção da privacidade e a compreensão dos impactos das ações digitais. Com a crescente digitalização das atividades diárias, a cidadania digital tornou-se um componente essencial da vida moderna, exigindo que os indivíduos entendam e respeitem os códigos de conduta e as leis que regem o ambiente online (ONU, 2016).

A educação para a cidadania digital é fundamental para formar cidadãos conscientes e ativos no ambiente digital. Iniciativas como a European Digital Citizenship Education (EDCE) promovem a inclusão digital e capacitam os indivíduos a usarem a tecnologia de maneira responsável e segura. Essas iniciativas buscam desenvolver habilidades críticas, como a navegação segura na internet, o reconhecimento de práticas digitais éticas e a proteção contra ameaças cibernéticas. A educação digital abrangente permite que os indivíduos se tornem não apenas consumidores de tecnologia, mas também participantes ativos e informados na sociedade digital (ONU, 2016).

A cidadania digital também envolve a promoção da alfabetização midiática, para que os cidadãos possam avaliar criticamente as informações que consomem online. Este é um passo crucial para combater a desinformação e promover um ambiente digital mais saudável e informado. A alfabetização midiática inclui a capacidade de identificar fontes confiáveis, analisar a validade das informações e entender os contextos em que são produzidas e compartilhadas. Ao desenvolver essas habilidades, os cidadãos são melhor equipados para discernir entre fato e opinião, bem como para evitar a propagação de notícias falsas e desinformação (HOBBS, 2017).

Além disso, a cidadania digital requer um entendimento profundo dos direitos e responsabilidades online, incluindo questões de privacidade e segurança digital. Os cidadãos devem estar cientes de como proteger seus dados pessoais, entender os termos de uso das plataformas que utilizam e reconhecer os sinais de comportamentos online inseguros ou fraudulentos. O conhecimento sobre as leis de proteção de dados, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na Europa, é essencial para garantir que os direitos dos indivíduos sejam respeitados e que a segurança digital seja mantida (TJUE, 2014).

Em suma, a cidadania digital é um componente vital da vida moderna que envolve o uso responsável e ético da tecnologia, a educação digital e a promoção da alfabetização midiática. Através da educação e de iniciativas que promovem a inclusão e a responsabilidade digital, é possível criar uma sociedade digital mais informada, segura e equitativa. A capacitação dos indivíduos para participar plenamente no ambiente digital é essencial para o desenvolvimento de uma cidadania digital robusta e para a promoção de um ecossistema digital saudável e dinâmico (HOBBS, 2017).

16. NEUTRALIDADE DA REDE

A neutralidade da rede é um princípio que garante que todos os dados na internet sejam tratados de maneira igualitária, sem discriminação ou preferência. Este princípio é essencial para manter a internet aberta e acessível a todos, garantindo que os provedores de serviços de internet não possam bloquear ou priorizar determinados conteúdos ou

serviços. A neutralidade da rede promove um ambiente digital justo, onde todas as informações e serviços têm a mesma oportunidade de alcançar os usuários, independentemente de sua origem ou conteúdo (TJUE, 2014).

A Lei do Marco Civil da Internet no Brasil assegura a neutralidade da rede, impedindo que provedores de internet discriminem ou cobrem de maneira diferente por conteúdos ou serviços específicos. Esta legislação é um marco importante na proteção dos direitos dos usuários da internet, garantindo que todos tenham acesso igualitário às informações e serviços disponíveis online. Ao assegurar a neutralidade da rede, o Marco Civil da Internet promove a liberdade de expressão e o acesso equitativo à informação, evitando que interesses econômicos restrinjam o fluxo de dados na rede (TJUE, 2014).

A implementação da neutralidade da rede enfrenta desafios, especialmente com o crescimento de serviços de streaming e outras aplicações que demandam alta largura de banda. A pressão por parte de provedores de internet e empresas de conteúdo para criar "vias rápidas" para determinados serviços pode ameaçar a neutralidade da rede. No entanto, manter a neutralidade é crucial para preservar a natureza democrática da internet e evitar a criação de uma rede de duas camadas, onde apenas aqueles que podem pagar têm acesso total. A neutralidade da rede garante que startups e pequenas empresas tenham a mesma chance de alcançar seus públicos que grandes corporações, fomentando a inovação e a concorrência saudável (TJUE, 2014).

Além disso, a neutralidade da rede é vital para a diversidade de opiniões e a liberdade de expressão. Sem este princípio, provedores de internet poderiam favorecer certos conteúdos ou censurar outros, comprometendo a pluralidade de vozes e ideias que caracteriza a internet. A discriminação de dados poderia levar à criação de "bolhas de filtro", onde os usuários são expostos apenas a informações que confirmam suas visões, limitando o debate e o crescimento intelectual (TJUE, 2014).

Em suma, a neutralidade da rede é um princípio fundamental para garantir que a internet permaneça uma plataforma aberta e acessível a todos. A Lei do Marco Civil da Internet no Brasil é um exemplo de legislação que protege este princípio, assegurando que todos os usuários tenham acesso equitativo às informações e serviços online. Apesar dos desafios na implementação, manter a neutralidade da rede é crucial para preservar a natureza democrática da internet, promover a inovação e garantir a liberdade de expressão. A contínua vigilância e a defesa da neutralidade da rede são essenciais para manter a integridade e a igualdade no ambiente digital (TJUE, 2014).

17. DIREITOS AUTORAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL

A digitalização facilitou a distribuição de conteúdo, mas também trouxe desafios para a proteção dos direitos autorais e da propriedade intelectual. Legislações como a Lei de Direitos Autorais no Brasil e a Diretiva Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital buscam equilibrar a proteção dos criadores com o acesso à informação. Com a proliferação de tecnologias digitais, tornou-se mais fácil distribuir e acessar obras criativas, ao mesmo tempo em que surgiram novas formas de violação dos direitos autorais (GERVAIS, 2020).

A Lei de Direitos Autorais no Brasil, Lei n.º 9.610/1998, estabelece os direitos dos autores sobre suas criações e define as condições para o uso de obras protegidas. Esta lei abrange uma ampla gama de obras, incluindo textos, músicas, obras audiovisuais e software, garantindo que os criadores tenham controle sobre como suas criações são utilizadas e distribuídas. Ao mesmo tempo, a lei busca criar um ambiente legal que favoreça a inovação e a disseminação de conhecimento (GERVAIS, 2020).

Já a Diretiva Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital, aprovada em 2019, visa modernizar as regras de direitos autorais na União Europeia para a era digital, garantindo que os criadores sejam remunerados de forma justa por suas obras. Esta diretiva introduziu novas obrigações para plataformas de compartilhamento de conteúdo, exigindo que elas obtenham licenças para o uso de obras protegidas e que removam conteúdo não licenciado de forma eficaz. Assim, busca-se equilibrar a proteção dos direitos dos criadores com a necessidade de preservar um fluxo livre de informações na internet (GERVAIS, 2020).

Essas legislações enfrentam o desafio de adaptar-se às novas tecnologias e às mudanças nos hábitos de consumo de conteúdo. A rápida evolução tecnológica e o aumento do consumo de mídia digital exigem que as leis de direitos autorais sejam continuamente revisadas e atualizadas. A implementação de soluções como licenças digitais e sistemas de gestão de direitos autorais é essencial para garantir a proteção dos direitos dos criadores enquanto se facilita o acesso ao conhecimento e à cultura (GERVAIS, 2020).

Em conclusão, enquanto a digitalização trouxe inúmeros benefícios para a distribuição de conteúdo, também criou desafios significativos para a proteção dos direitos autorais. As legislações existentes, como a Lei de Direitos Autorais no Brasil e a Diretiva Europeia, estão se adaptando para enfrentar esses desafios, buscando um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos criadores e o acesso ao conhecimento. A implementação de soluções inovadoras e a cooperação internacional são essenciais para garantir que os direitos autorais sejam protegidos de maneira eficaz na era digital (GERVAIS, 2020).

18. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento permite que indivíduos solicitem a remoção de informações pessoais prejudiciais ou irrelevantes da internet. Este direito é especialmente relevante no contexto digital, onde dados podem ser disseminados rapidamente e permanecer acessíveis indefinidamente. A capacidade de controlar a permanência dessas informações na rede é uma questão central para a proteção da privacidade e da reputação dos indivíduos (TJUE, 2014).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu este direito em 2014 no caso *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, estabelecendo que os indivíduos têm o direito de solicitar a remoção de resultados de busca que contenham informações prejudiciais ou irrelevantes. Este caso pioneiro destacou a necessidade de equilibrar o direito à privacidade com o direito à informação, propondo um modelo de governança digital que protege os indivíduos sem suprimir a liberdade de expressão (TJUE, 2014).

No Brasil, o direito ao esquecimento tem sido objeto de debate judicial, com decisões importantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em 2021, o STF decidiu que o direito ao esquecimento não pode ser invocado para restringir a liberdade de expressão e o direito à informação, exceto em casos excepcionais que envolvam violações graves aos direitos da personalidade. Esta decisão reflete um entendimento de que a liberdade de expressão e o acesso à informação são pilares fundamentais da democracia, que devem ser protegidos mesmo em face das demandas por privacidade (STF, 2021).

A decisão do STF mostra uma abordagem cautelosa em relação ao direito ao esquecimento, reconhecendo que, embora a proteção da privacidade seja essencial, ela não deve ser utilizada como um meio de censura. Casos excepcionais que justifiquem a remoção de informações devem ser cuidadosamente analisados para evitar abusos e garantir que os direitos fundamentais não sejam comprometidos (STF, 2021).

Em suma, o direito ao esquecimento é uma ferramenta importante para a proteção da privacidade no mundo digital, mas sua aplicação deve ser balanceada com outros direitos fundamentais. A jurisprudência tanto na União Europeia quanto no Brasil reflete essa necessidade de equilíbrio, buscando soluções que protejam os indivíduos sem sacrificar a liberdade de expressão e o direito à informação (TJUE, 2014).

19. REGULAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

As criptomoedas representam um novo desafio regulatório para os governos. Além de serem uma forma inovadora de transação financeira, elas também podem ser usadas para atividades ilícitas devido à sua natureza descentralizada e anônima. Isso cria um ambiente onde a fiscalização e o controle são mais complexos, exigindo uma adaptação das estruturas regulatórias tradicionais (NARAYANAN et al., 2016).

Regulamentações estão sendo desenvolvidas para garantir a segurança das transações e prevenir crimes financeiros. No Brasil, a Instrução Normativa RFB nº 1.888 estabelece regras para a declaração de criptoativos, exigindo que exchanges de criptomoedas e usuários reportem suas operações à Receita Federal. Essa medida visa aumentar a transparência e a rastreabilidade das transações, dificultando o uso das criptomoedas para fins ilícitos (RFB, 2019).

Além disso, o Banco Central do Brasil tem trabalhado na criação de um Real Digital, uma versão digital da moeda brasileira, com o objetivo de trazer mais segurança e eficiência para o sistema financeiro. O Real Digital promete integrar as vantagens das criptomoedas com a confiança e a estabilidade da moeda nacional, representando um avanço significativo na modernização do sistema financeiro do país (NARAYANAN et al., 2016).

A regulamentação adequada das criptomoedas é essencial para prevenir fraudes, lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros. Sem um arcabouço regulatório robusto, as criptomoedas podem ser exploradas por criminosos, comprometendo a integridade do sistema financeiro global. Portanto, a implementação de regulamentações específicas é crucial para mitigar esses riscos (NARAYANAN et al., 2016).

Em suma, enquanto as criptomoedas oferecem grandes oportunidades de inovação e eficiência no setor financeiro, também trazem desafios significativos que requerem uma resposta regulatória eficaz. A evolução das regulamentações, como a Instrução Normativa RFB nº 1.888 e a iniciativa do Real Digital, demonstra o compromisso das autoridades brasileiras em equilibrar a inovação com a segurança e a prevenção de crimes financeiros (NARAYANAN et al., 2016).

CONCLUSÃO

A era digital transformou profundamente a sociedade, trazendo tanto benefícios quanto desafios. A internet tornou-se uma ferramenta essencial, impactando a comunicação, a economia, a educação e o entretenimento. Contudo, com essas inovações surgem também novas formas de crimes digitais, exigindo uma adaptação do sistema jurídico para proteger e regulamentar esse ambiente virtual (SILVA, 2019).

O desenvolvimento de marcos regulatórios específicos, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), demonstra o esforço contínuo para equilibrar a liberdade digital com a necessidade de segurança e privacidade. Essas leis são fundamentais para garantir que os direitos dos cidadãos sejam protegidos enquanto se promove a inovação tecnológica (ONU, 2016).

A globalização e a interconectividade da internet levantam questões complexas sobre a aplicação extraterritorial das leis. Crimes cibernéticos frequentemente transcendem fronteiras, desafiando a soberania dos Estados e exigindo uma colaboração internacional robusta para uma resposta eficaz. Convenções internacionais e acordos bilaterais têm sido desenvolvidos para facilitar a cooperação entre nações, refletindo a necessidade de uma abordagem global (TJUE, 2014).

A vigilância em grande escala, embora justificada por razões de segurança nacional, apresenta riscos significativos para os direitos humanos. A coleta massiva de dados pode ser utilizada de maneira abusiva, comprometendo a privacidade dos indivíduos. É essencial que a vigilância seja acompanhada de regulamentações transparentes e robustas que protejam a dignidade humana e os direitos fundamentais (ONU, 2016).

A cidadania digital é um componente essencial da sociedade moderna. Programas de educação digital capacitam os cidadãos a usar a tecnologia de forma ética e responsável, promovendo a inclusão digital e a proteção contra ameaças cibernéticas. A educação sobre os riscos e as medidas de segurança no ambiente digital é crucial para a prevenção de crimes cibernéticos (HOBBS, 2017).

A neutralidade da rede é um princípio vital para manter a internet aberta e acessível. Garantir que todos os dados sejam tratados de forma igualitária promove a inovação e protege a liberdade de expressão. Sem a neutralidade da rede, há o risco de criação de uma internet de duas camadas, onde apenas aqueles que podem pagar têm acesso total, comprometendo a igualdade de oportunidades (TJUE, 2014).

A proteção dos direitos autorais e da propriedade intelectual é desafiada pela facilidade de distribuição de conteúdo na era digital. Legislações como a Lei de Direitos

Autorais no Brasil e a Diretiva Europeia sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital buscam equilibrar a proteção dos criadores com o acesso à informação, promovendo um ambiente onde a criatividade e o conhecimento possam prosperar (GERVAIS, 2020).

O direito ao esquecimento é uma ferramenta importante para proteger a privacidade no ambiente digital. Casos como o de Mario Costeja González no Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceram precedentes importantes, reconhecendo o direito dos indivíduos de solicitarem a remoção de informações prejudiciais. Contudo, a aplicação deste direito deve ser balanceada com a liberdade de expressão e o direito à informação (TJUE, 2014).

A regulamentação das criptomoedas é essencial para prevenir crimes financeiros e garantir a segurança das transações. Medidas como a Instrução Normativa RFB nº 1.888 no Brasil e a criação do Real Digital demonstram o compromisso das autoridades em equilibrar a inovação com a segurança financeira. As criptomoedas representam uma oportunidade significativa para a inovação, mas também trazem desafios que exigem uma resposta regulatória eficaz (NARAYANAN et al., 2016).

A relação entre tecnologia e direitos humanos é complexa. A tecnologia pode promover os direitos humanos ao facilitar a comunicação e o acesso à informação, mas também pode ameaçar esses direitos através da vigilância em massa e da invasão de privacidade. A regulamentação e a vigilância são necessárias para garantir que a tecnologia seja utilizada de maneira que respeite os direitos humanos (ONU, 2016).

A governança da internet refere-se às normas, princípios e processos que regulam o uso e a operação da internet. A governança eficaz é essencial para garantir uma internet aberta, segura e confiável. Organizações como a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) desempenham um papel crucial na coordenação de recursos críticos da internet, assegurando que a rede funcione de maneira estável e segura (ICANN, 2020).

A disseminação de fake news é um fenômeno amplificado pelas redes sociais, com consequências significativas para a democracia. Leis como a n.º 13.834/2019 no Brasil, que criminaliza a denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, são esforços importantes para combater a desinformação. A criação de campanhas e parcerias para identificar e remover conteúdo falso durante os períodos eleitorais também são medidas essenciais para proteger a integridade das eleições (SILVA, 2019).

O acesso à internet é cada vez mais considerado um direito fundamental, essencial para o exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão, a educação e o trabalho. Programas como o Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) e o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) têm sido implementados no Brasil para promover a inclusão digital e expandir a conectividade, especialmente em regiões menos favorecidas (MEC, 2017).

A inteligência artificial (IA) levanta questões éticas significativas. É crucial garantir que os sistemas de IA sejam desenvolvidos e utilizados de forma a respeitar os direitos humanos, a privacidade e a igualdade. Princípios como transparência, responsabilidade e respeito pelos direitos fundamentais são essenciais para garantir que a IA seja usada de maneira a promover o bem-estar humano e a justiça social (NARAYANAN et al., 2016).

A interação entre direito e tecnologia é uma área em constante evolução. A rápida evolução tecnológica exige que o direito se adapte continuamente para acompanhar essas

mudanças, criando novos marcos regulatórios específicos para o ambiente virtual. A jurisprudência desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação das normas existentes, bem como na criação de precedentes que orientam as decisões judiciais (STF, 2021).

O papel das instituições educativas, das campanhas de sensibilização pública e da formação especializada para profissionais da área jurídica e de segurança cibernética são elementos chave para a construção de um ambiente digital mais seguro. A conscientização e a educação sobre os riscos e as medidas de segurança no ambiente digital são fundamentais para a prevenção de crimes cibernéticos (MEC, 2017).

A proteção contra abusos digitais, como fraudes, invasão de privacidade e cyberbullying, é um desafio crescente. A legislação precisa evoluir para acompanhar as novas formas de abuso que surgem com o avanço tecnológico. O judiciário tem um papel crucial em interpretar e aplicar as leis de maneira a proteger os cidadãos contra essas ameaças (STF, 2021).

A natureza global da internet e das tecnologias digitais exige cooperação internacional para a regulamentação eficaz e a proteção dos direitos fundamentais. A participação de entidades como o Supremo Tribunal Federal em discussões e colaborações internacionais é essencial para desenvolver padrões e práticas que protejam os direitos dos cidadãos no ambiente digital (TJUE, 2014).

Por fim, a interação entre direito e tecnologia continua a evoluir, e a capacidade de adaptar-se a essas mudanças é crucial para enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades que a era digital oferece. A proteção dos direitos fundamentais, a promoção da inovação e a cooperação internacional são pilares essenciais para construir um ambiente digital seguro e equitativo (ONU, 2016).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Constitución y poder: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas, Madrid, 2003.
2. GERVAIS, D. The Changing Landscape of Copyright in the Digital Age. Oxford University Press, Oxford, 2020.
3. HOBBS, R. Literacy in the Digital Age. John Wiley & Sons, New York, 2017.
4. ICANN. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers Annual Report. Los Angeles, 2020.
5. LESSIG, L. Code: And Other Laws of Cyberspace. Basic Books, New York, 2006.
6. LOEWENSTEIN, K. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, 1973.
7. MEC. Programa Nacional de Tecnologia Educacional. Ministério da Educação, Brasília, 2017.

8. NARAYANAN, A. et al. Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction. Princeton University Press, Princeton, 2016.
9. NEVES, M. Transconstitucionalismo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 19-35, 2001.
10. ONU. Relatório da ONU sobre o acesso à internet e os direitos humanos. Nova Iorque, 2016.
11. RFB. Instrução Normativa RFB nº 1.888: Declaração de Criptoativos. Receita Federal do Brasil, Brasília, 2019.
12. SCHNEIER, B. Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World. W.W. Norton & Company, New York, 2015.
13. SILVA, P. Desinformação e suas consequências para a democracia. Revista de Direito Eleitoral, Brasília, v. 10, n. 4, p. 33, 2019.
14. STF. Decisão sobre o Direito ao Esquecimento. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2021.
15. TAVARES, A. O Constitucionalismo Contemporâneo. Saraiva, São Paulo, 2003.
16. TJUE. Caso Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Tribunal de Justiça da União Europeia, Luxemburgo, 2014.
17. UNIÃO EUROPEIA. Digital Services Act (DSA). Bruxelas, 2020.
18. ZITTRAIN, J. The Future of the Internet and How to Stop It. Yale University Press, New Haven, 2008.

PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA ELABORAÇÃO DE ACORDOS DE COOPERAÇÃO E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

PARTNERSHIPS IN PUBLIC ADMINISTRATION FOR PREPARING COOPERATION AGREEMENTS AND SIMILAR INSTRUMENTS

Tális Mendonça Soares³³

EMENTA: ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. ARTIGO 184 DA LEI 14.133/2021. INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE OS PARTÍCIPIES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE RECÍPROCO, DE ADEQUADA INSTRUÇÃO DOS AUTOS E DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DOS RESPECTIVOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DOS PARTÍCIPIES. APLICAÇÃO EM DUAS HIPÓTESES: I – QUANDO CELEBRADOS ENTRE ENTES FEDERADOS OU PESSOAS JURÍDICAS A ELES VINCULADAS; II – QUANDO DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO IV DO ARTIGO 3º DA LEI 13.019/2014 (OS FIRMADOS COM ENTIDADES FILANTRÓPICAS E SEM FINS LUCRATIVOS, NA ÁREA DA SAÚDE, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 199, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO). IMPRESCINDIBILIDADE DA OBSERVÂNCIA DE REQUISITOS ESPECÍFICOS QUANDO SE TRATAR DE ACORDO DE COOPERAÇÃO A SER CELEBRADO COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. OBSERVADA A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, O PRAZO DE VIGÊNCIA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO DEVERÁ SER ESTIPULADO CONFORME A NATUREZA E A COMPLEXIDADE DO OBJETO, AS METAS ESTABELECIDAS E O TEMPO NECESSÁRIO PARA A SUA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA ALÉM DOS LIMITES TEMPORAIS DE 5 (CINCO) ANOS, A CRITÉRIO DOS PARTÍCIPIES, RESPEITADA A VIGÊNCIA MÁXIMA DECENAL, MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO, DE ACORDO COM OS ARTS. 105 E 106, DA LEI N. 14.133/2021, DESDE QUE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA ADMINISTRAÇÃO. CASO VENHA A SER VERIFICADA A NECESSIDADE DE RÉPASSE DE RECURSOS ENTRE OS PARTÍCIPIES, COMO FORMA DE CONFERIR EFETIVIDADE AO ACORDO DE COOPERAÇÃO ANTERIORMENTE FIRMADO, DEVERÁ SER CELEBRADO INSTRUMENTO ESPECÍFICO. CONTRATO DE GESTÃO A SER FIRMADO COM ORGANIZAÇÃO SOCIAL (OS), ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS, QUE RECEBE SUBVENÇÃO DO ESTADO

³³ Possui graduação em DIREITO pela UNIÃO DAS ESCOLAS SUPERIORES DE RONDÔNIA (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio Educacional. Atualmente é técnico judiciário - Justiça Federal da Primeira Região desde 2012, com lotação em assessoria de gabinete, atuando como assessor de juiz federal em diversas áreas, como direito internacional, direitos humanos, direito previdenciário. Antes, ocupou o cargo de agente de polícia civil do estado de Rondônia.

PARA PRESTAR SERVIÇOS DE RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO, COM FULCRO NA LEI 9.637/98. TERMO DE PARCERIA A SER FIRMADO COM ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP), ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS, PARA DESEMPENHAR SERVIÇOS SOCIAIS NÃO EXCLUSIVOS DO ESTADO COM INCENTIVO E FISCALIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO, COM ARRIMO NA LEI 9.790/99. NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS. LEI N. 13.019/2014. TERMO DE COLABORAÇÃO, QUANDO HÁ TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSOS PARA CONSECUÇÃO DE PLANOS DE TRABALHO PROPOSTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERMO DE FOMENTO, QUANDO HÁ TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSOS PARA CONSECUÇÃO DE PLANOS DE TRABALHO PROPOSTOS PELAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL ACORDO DE COOPERAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. CHAMAMENTO PÚBLICO. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL. OUTORGA DE USO DE BENS PÚBLICOS: PERMISSÃO DE USO, ATO DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO, GRATUITO E ONEROSO; CESSÃO DE USO, TRANSFERÊNCIA GRATUITA DE POSSE DE UM BEM PÚBLICO DE UM ÓRGÃO PARA OUTRO; CONCESSÃO DE USO, CONTRATO ADMINISTRATIVO PELO QUAL A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACULTA AO PARTICULAR A UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE BEM PÚBLICO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, COM FULCRO NA LEI 11.079/2004 PARA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA OU DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. DECISÃO PROFERIDA PELO CNJ, NA CONSULTA N. 002583-36.2010.2.00.0000: O JUDICIÁRIO NÃO PODE USAR PARCERIA PÚBLICO- PRIVADA. OCUPAÇÃO POR TERCEIROS DE ESPAÇO FÍSICO EM BENS IMÓVEIS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. CONVERSÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM ENERGIA ELÉTRICA. PARCERIA PROPOSTA PELA ADMINISTRAÇÃO. REPASSE DE RECURSO FINANCEIRO. TERMO DE COLABORAÇÃO.

A manifestação em exame consiste na verificação acerca da viabilidade jurídica do gestor público estabelecer parcerias com o setor privado, no intuito de obter colaboração mútua.

A toda evidência, almeja-se conferir maior clareza e segurança aos procedimentos e regras que disciplinam a aplicação das parcerias com as organizações da sociedade civil, em especial, nos aspectos de legalidade, controle, eficiência, enfim, com aquilo que o administrador público deve se preocupar quanto à transparência e prestação de contas, com foco na promoção do *accountability*.

Assim, o estudo visa auxiliar na compreensão do tema, para que possa subsidiar o gestor público no planejamento de ações conjuntas, a fim de compartilhar iniciativas bem-sucedidas adotadas por órgãos da Administração Pública e também da sociedade civil, sem perder de vista a necessidade de destacar as questões jurídicas mais relevantes.

Espera-se desenvolver um trabalho teórico suscetível de proporcionar uma perspectiva administrativa alicerçada na atuação cooperativa entre instituições com propósitos convergentes, o que permitirá, na prática, o compartilhamento de recursos, informações e tecnologias, a racionalização de custos e, de modo geral, o alcance de resultados eficientes.

Em suma, o presente documento abordará, ainda que brevemente, o conceito e as características principais dos instrumentos jurídicos de parcerias com as denominadas entidades integrantes do terceiro setor, especialmente, do acordo de cooperação técnica, com esteio no artigo 184, *caput*, da Lei 14.133/2021; do contrato de gestão, como instrumento de parceria com as organizações sociais (OS) de que trata a Lei nº 9.637/98; do termo de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), regido pela Lei nº 9.790/99; dos novos instrumentos previstos na Lei 13.019/2014 (Termo de Cooperação, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação), os requisitos para a sua celebração, bem como outras nuances a eles inerentes; dos instrumentos de outorga de uso de bem público: cessão, permissão e concessão; Parceria Público-Privada, com base na Lei n. 11.079/2004 para celebração de contrato de concessão patrocinada ou de concessão administrativa.

MODALIDADES DE PARCERIA EM FUNÇÃO DO TIPO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

De início, é preciso esclarecer que as novas formas de parceria de que dispõe a Administração Pública despontam hoje como deslinde da ideia de desburocratização, enxugamento da máquina estatal e melhoria na qualidade da prestação de serviços à sociedade, em harmonia ao modelo gerencial, cujo foco principal é a eficiência, agilidade, flexibilidade, produtividade e qualidade prestação dos serviços públicos.

Com efeito, a fim de melhor compreender como o setor público e o setor privado podem, à luz do direito positivo, utilizar essas parcerias para viabilizar a execução de projetos, atividades, programas de trabalho ou eventos de mútuo interesse, cumpre uma breve anotação sobre as principais formas de parcerias da Administração Pública com a iniciativa privada.

As parcerias podem servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos previstos no direito pátrio, a saber:

- a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinados pela Lei n. 8.987/95;
- b) a concessão de obra pública, regulada pela mesma Lei 8.987/95;
- c) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, trajados sob o título de parcerias público-privadas na Lei 11.079/2004;

- d) contratos em Regime Diferenciado de Contratações (RDC), nos termos da Lei n. 12.462/2011;
- e) o contrato de gestão, como instrumento de parceria com as organizações sociais (OS) de que trata a Lei nº 9.637 /98;
- f) o termo de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), regido pela Lei nº 9.790/99;
- g) as parcerias voluntárias com fundamento na Lei Federal nº 13.019/2014;
- h) os convênios, consórcios e outros ajustes referidos no art. 184 da Lei nº 14.133/2021;
- i) os contratos de empreitada (de obra e de serviços), disciplinados pela Lei nº 14.133/2021;
- j) os contratos de concessão para uso e exploração de bens públicos, previstos em legislação esparsa, como a concessão para exploração de minas e jazidas, a concessão para exploração de petróleo e gás natural, a concessão florestal;
- k) entre outros.

A escolha da modalidade de parceria não é arbitrária; ela deve ser feita em função do tipo de atividade. Neste contexto, este documento de orientação tem o escopo de identificar os instrumentos jurídicos adequados à celebração de parcerias com o setor privado, em regime de mútua cooperação, no âmbito da Justiça Federal.

Saliente-se que o propósito neste estudo é encontrar a ferramenta específica ao fim colimado pela Administração, que é o compartilhamento de boas práticas entre gestores públicos e a sociedade civil, as quais mantenham correlação com a atividade administrativa da Justiça Federal.

De modo geral, os regimes a serem aplicados nas parcerias variam conforme a natureza jurídica do parceiro, diferenciando-se as denominações dos instrumentos correlatos, no caso: i) de entidades privadas com fins lucrativos; ii) entidades privadas sem fins lucrativos; iii) e de órgãos pertencentes à Administração Pública.

PARCERIAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA

No caso, realizar-se-á um estudo abrangente direcionado a casos hipotéticos de possível aplicação no âmbito da Justiça Federal, permeando-se a análise pelos aspectos jurídicos, legais e doutrinários.

Dentro de cada hipótese, partir-se-á de uma explicação introdutória, que elabora um terreno teórico sobre o qual se edificará a análise concreta, ou seja, que, estabelece,

primeiro, as premissas normativas e doutrinárias em abstrato, para que, em seguida, seja feito o seu cotejo com as premissas fáticas do caso hipotético. Em outros termos, o exame que ora se busca empreender vai envolver a questão central e, acaso juridicamente possível, o melhor modelo jurídico para viabilizar a operação.

Sabe-se que o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário não se compatibiliza com toda e qualquer modalidade de parcerias com as organizações da sociedade civil, em especial com aquelas voltadas a atividades administrativas de fomento, porque alusivo ao único Poder estatal competente para o atendimento de necessidades tão permanentemente quanto coletivamente sentidas: o Poder Executivo.

Com efeito, a função administrativa do Poder Judiciário tem escopo basilar de dispor sobre a organização estrutural do órgão, a contratação de pessoal, a realização de procedimentos licitatórios, entre outras atividades meramente de gestão, sempre pautando sua atuação na maior eficiência, economicidade e no alcance de resultados.

Sendo assim, dессome-se que as hipóteses de parcerias com a sociedade civil no âmbito da Justiça Federal devem se restringir a ações que permitam o melhor desenvolvimento institucional, com planejamento, eficiência na gestão pública, redução de custos operacionais, compartilhamento de iniciativas bem-sucedidas pelas sociedades civis, etc.

Oportuno destacar que será realizado um estudo de prognose, isto é, antevendo cenários de aplicação de parcerias no âmbito da Administração Pública com atores da sociedade civil.

DO TERMO/ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, COM FULCRO NOARTIGO 116 DA LEI N. 14.133/2021

A priori, é de relevo assinalar sobre o acordo de cooperação técnica, instrumento jurídico utilizado quando o propósito entre os pactuantes seja o fornecimento, troca ou transferência de alguma técnica de domínio de um deles. Não há, na hipótese, transferência de recursos entre os órgãos.

Na dicção preconizada pelo Parecer 15/2013 da Advocacia Geral da União, o *"Acordode cooperação é um instrumento jurídico formalizado entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos com o objetivo de firmar interesse de mútua cooperação técnica visando a execução de programas de trabalho, projetos/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes. Por força do Artigo 116 da Lei 8.666/1993, a mesma se aplica a esta modalidade de instrumento jurídico"*.

Convém ressaltar que o acordo de cooperação técnica tem natureza jurídica de convênio. Nesta seara, Alexandre dos Santos Aragão^[1] leciona:

Muitas vezes os convênios são formalmente denominados por outros termos. A expressão “Termo de cooperação”, por exemplo, não corresponde uma natureza jurídica própria, a um instituto específico do Direito Administrativo. Trata-se de mais uma expressão entre as muitas análogas que tem sido adotadas na prática administrativa (“termo de Cooperação Técnica”, “termo de Cooperação Institucional”, “Acordo de Programa”, “Protocolo de Intenções”, “ajuste de desenvolvimento de projeto”, etc.) que vai corresponder a uma das duas modalidades de negócios jurídicos travados pela Administração Pública: o contrato administrativo ou o convênio administrativo.

Também é importante esclarecer que a Lei nº 13.019/2014, que estabelece o MARCOREGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (MROSC), a par de regular o relacionamento jurídico entre o setor público e as entidades sem fins lucrativos, restringiu a utilização do acordo de cooperação técnica a duas hipóteses, consoante dispõe o art. 84, da Lei das Parcerias:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

- entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

- decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Logo, a utilização de convênio passou a cingir-se aos acordos entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e aos convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal. Ainda sobre o tema, destaca-se o escóliode Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[2]:

Com relação aos convênios, não mais se aplica a norma do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, salvo em duas hipóteses: **I – quando celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II – quando decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 3º (os firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde, com fundamento no artigo 199, § 1º, da Constituição).** Na realidade, a figura do

convênio ficou reduzida às duas hipóteses referidas nesse dispositivo. Todos os demais ajustes têm que obedecer às normas da Lei 13.019/14, consoante decorre do artigo 84, caput e parágrafo único. A conclusão é reforçada pela norma do artigo 84-A, pelo qual, “a partir da vigência desta lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do artigo 84”. As parcerias celebradas com entidades privadas que se enquadrem no conceito de organização da sociedade civil terão que ser formalizadas por meio do termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação, firmados com observância das normas da Lei nº 13.019/14. (grifei)

Também, nesse sentido, o Tribunal de Contas da União consagrou o entendimento segundo o qual se aplica às parcerias entre a Administração Pública federal e as organizações da sociedade civil (entidades privadas sem fins lucrativos) o regime jurídico estabelecido pela Lei nº 13.019, de 2014, em substituição aos normativos de convênios celebrados apenas entre entes governamentais (Acórdão nº 3.162/2016 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, Processo nº 023.922/2015-0).

Com efeito, o escopo basilar deste instrumento formal utilizado por entes públicos é firmar mútua cooperação para execução de projetos ou atividades, programas de trabalho ou eventos de mútuo interesse. Relativamente à normatização do instituto - Acordo de Cooperação Técnica - o Estatuto Federal Lei de Licitações e Contratos - Lei n. 14.133/2021 dispõe o seguinte:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em **convênio de cooperação**;

.....

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e **na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes** e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal. (Sem grifos no original).

Assim, considerando a aparente lacuna na nova lei de licitações sobre o assunto, surgiram questionamentos acerca de *“Como ficam os convênios com a nova lei de licitações se o artigo 184 da nova lei não prevê os requisitos para os convênios como prevê o artigo 116 da lei federal nº 8.666/93?”*

Diante de tal fato, apresenta-se o entendimento acerca do tema extraído de artigo publicado no endereço eletrônico da CONJUR, *verbis*:

Uma primeira interpretação da regra acima nos levaria a concluir que o Decreto Federal nº 6.170/2007 seria a regra para a pormenorização dos convênios, conforme previsão da parte final do artigo 184 da nova lei.

[...]

De qualquer maneira, o referido decreto serve de fulcro jurídico para os convênios que envolvam a União e repasses para os contratos de colaboração com órgãos ou entidades sem fins lucrativos.

E para os demais convênios?

Para os demais convênios devemos aplicar as regras do artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93, inclusive após a revogação da referida lei pelos motivos que elencaremos a seguir. [...] As regras do artigo 116 da Lei federal 8.666/93 são - a bem da verdade - parâmetros óbvios da própria existência jurídica do convênio. Sem tais regras de descrições básicas do convênio não seria possível a prestação de contas prevista no artigo 70, parágrafo único, da Carta Federal, já que um convênio sem descrição de seu objeto, de suas metas e seus cronogramas de desembolso e execução não teria qualquer substância real para a prestação de contas e seria simples enriquecimento sem causa de uma das partes do convênio.

Nesse ponto, cumpre anotar que o Decreto nº 6.170/2007 aplica-se nos casos de convênios e contratos de repasse que envolva transferência de recursos públicos da União.

No caso de **parcerias que não envolvam transferências de recursos financeiros**, a Lei nº 13.019/2014 e alterações prevê o instituto de Acordo de Cooperação. Vejamos:

Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se:

[...]

VIII-A - **acordo de cooperação**: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **que não envolvam a transferência de recursos financeiros**; ([Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015](#))

Com efeito, “... *verifica-se que os instrumentos denominados como convênios ora são utilizados para pactuar a conjugação de esforços para a consecução de um objetivo comum, sem qualquer repasse de recursos financeiros, ora para se operacionalizar a descentralização de verbas federais, na forma do Decreto n. 6.170/2007*”.

Distinta, porém, é a situação das entidades privadas sem fins lucrativos, quando enquadradas na qualidade de organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) ou organizações sociais (OS), devendo, nessa hipótese, celebrar instrumentos específicos (termo de parceria ou contrato de gestão, respectivamente) observando, em especial, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, bem como todos os requisitos legais para a transferência dos recursos, o que poderá abranger, inclusive, a comprovação da regularidade fiscal, a depender do instrumento jurídico utilizado, salvo quando não cumpridos os requisitos previstos na lei de regência, hipótese que serão disciplinadas pela Lei n. 13.019/2014, nos termos do seu artigo 3º, inc. III e VI:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na [Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 ; \(Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

(...)

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na [Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 ; \(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

Em verdade, a dinâmica das parcerias com as organizações da sociedade civil foi incorporada à Lei nº 13.019/2014 - MROSC, que aborda a norma geral de regulação das parcerias entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor (ONGs), ou seja, organizações da sociedade civil. Nesse ponto, realizar-se-á detidamente, *a posteriori*, uma análise pautada nos aspectos pertinentes ao novomarcos regulatório, à luz de aspectos legais e doutrinários.

DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)

Conquanto não traduza a finalidade do mister administrativo no âmbito do Poder Judiciário, para fins de compreensão acerca das parcerias com o Poder Público, é oportuno tratar brevemente do contrato de gestão e do termo de parceria, instrumentos jurídicos criados para a viabilização e implementação das políticas públicas e sociais.

A Reforma Administrativa gerou a criação de dois novos títulos para o Terceiro Setor parceiro (Organizações Sociais/OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público/OSCIP) e propôs a "publicização" dos serviços não exclusivos, o que resulta na descentralização daquelas prestações que não envolvam o exercício do poder de estado, como os serviços de educação, saúde e cultura, para esse "setor público não estatal", conforme preconizado pelos administrativistas Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres[3]

1. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)

De acordo com o art. 1º, da Lei 9.637/98, o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme os requisitos nela previstos. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo destacam[4] que "as Organizações Sociais **foram idealizadas para 'absorver' atividades não exclusivas de Estado realizadas por entidades da administração pública a serem extintas**".

De certo que as organizações sociais não pertencem à administração pública direta ou indireta, não compondo, assim, o aparato estatal, mas são títulos jurídicos criados para auxiliar a atuação do setor público, viabilizando o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas pelo legislador. A aprovação da qualificação como organização social se insere na competência do Ministro da área de atividade correspondente ao seu objeto social; ato discricionário, conforme Lei 9.637/98.

Nos termos do art. 5º, da Lei 9.637/1998, o contrato de gestão consiste no instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas. Ele discriminará as obrigações do Poder Público e da organização social. Em sua elaboração, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos (art. 7º).

As organizações sociais podem ser contratadas, com dispensa de licitação, para prestarem serviço a órgãos e entidades da Administração Pública (art. 75, XI, da Lei 14.133/2021). Em princípio, elas não precisam seguir o rito licitatório da Lei nº 14.133/2021, para firmar contratos. Nesse sentido, o artigo 17 da Lei nº 9.637/98 estabelece que a organização social fará publicar, no prazo de 90 dias da assinatura do contrato de gestão, regulamento dos procedimentos para a contratação de obras, serviços e compras com emprego de recursos públicos.

Outrossim, a organização social deve possuir um órgão de deliberação superior, em cuja composição haja representantes do Poder Público e de entidades da Sociedade Civil e membros eleitos dentre associados de associação civil e outros eleitos que tenham notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, de acordo com a lei reguladora.

Em caso de malversação de bens ou recursos públicos, os responsáveis pela fiscalização devem representar ao Ministério Público, à Advocacia da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira em juízo a indisponibilidade de bens da

entidade e o sequestro de bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10).

Importante destacar que foi ajuizada uma ADI contra diversos dispositivos da Lei 9.637/98 e também contra o art. 24, XXIV, da revogada Lei 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais. O Plenário do STF não declarou os dispositivos inconstitucionais, mas deu interpretação conforme a Constituição para deixar explícitas as seguintes conclusões: a) o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o disposto no art. 20 da Lei 9.637/98; b) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF; c) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei 9.637/1998, art. 12, § 3º) são válidas, mas devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF; d) a seleção de pessoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e e) qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas deve ser afastada. STF. Plenário. ADI 1923/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 15 e 16/4/2015 (Info 781).

Embora haja pontos comuns entre essas entidades e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo visado pelo Governo é bem diverso nos dois casos; nas organizações sociais, o intuito é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública.

2. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos pela Lei nº 9.790/99.

Com efeito, a denominação OSCIP constitui uma qualificação jurídica conferida pelo Estado a pessoas jurídicas de direito privado da sociedade civil, sem fins lucrativos, que tenham por finalidade determinadas atividades sociais elencadas pela Lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[5] conceitua as organizações da sociedade civil de interesse público como "uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de **termo de parceria**".

Assim, o vínculo jurídico é firmado por meio termo de parceria, no qual deverão estar previstos, de modo detalhado, os direitos e as obrigações, o objeto, as metas a serem alcançadas, os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, a obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, acompanhado da prestação de contas etc; ato vinculado, conforme art. 5º da Lei nº 9.790/99.

O artigo 14 da Lei nº 9.790/99 estabelece que a OSCIP parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Deve atuar em pelo menos uma das seguintes áreas: assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo (art. 3º).

De relevo, o objetivo precípua do termo de parceria é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria. Elas devem atuar paralelamente ao Estado em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública.

Em caso de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 13); também são previstos a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no país e no exterior (art. 13, § 2º).

Ressalte-se que a Lei n. 13.019/14 alterou a Lei n. 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa) para incluir novas modalidades de atos de improbidade nos artigos 10 e 11, que tratam, respectivamente, dos atos que causam prejuízo ao erário e dos atos que atentam contra os princípios da Administração; em todos os novos atos de improbidade, as infrações previstas relacionam-se com a celebração e execução de parcerias com entidades privadas.

De toda forma, o termo de parceria e o contrato de gestão ultrapassam os limites da função administrativa do Poder Judiciário, que tem o escopo basilar de dispor sobre a organização estrutural do órgão, a contratação de pessoal, a realização de procedimentos licitatórios, entre outras atividades meramente de gestão, sempre pautando na maior eficiência e no alcance de resultados. Assim, à primeira vista, tais parcerias não se mostram aplicáveis à esfera administrativa da Justiça Federal.

AS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS COM FUNDAMENTO NA LEI FEDERAL Nº 13.019/2014

Em linhas gerais, a celebração de parcerias, cujos objetivos sejam a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, em regime de mútua cooperação, deve ser norteadas pela Lei nº 13.019/2014, que estabelece o MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (MROSC), e sua regulamentação, o Decreto nº 8.726/2016, que propõe os parâmetros para a cooperação entre Poder Público e sociedade civil, incentivando parcerias com os setores privados. Não custa destacar que não se trata de parcerias público-privadas (as conhecidas PPPs) regidas pela Lei 11.079/2004.

Em decorrência da proposta deste trabalho, e com o intento de proporcionar objetividade e clareza, a pesquisa concentrar-se-á em conferir um ambiente jurídico pertinente às organizações da sociedade civil (OSCs) e suas relações de parceria com o Estado, ressaltando os novos princípios e regras para as relações de parceria entre Poder Público e Organização da Sociedade Civil, em especial com enfoque no acordo de cooperação, instrumento jurídico inaugurado pela Lei do MROSC.

Destaca-se, na oportunidade, tratar-se de legislação moderna, pouco debatida nos meios jurídicos, inclusive, com pouquíssimos materiais disponíveis para estudos (livros, artigos, cursos etc.), limitando, assim, o alcance do entendimento sobre o assunto.

A Lei trouxe, como uma das principais inovações, a instituição dos instrumentos que serão utilizados em substituição aos convênios, acordos, para disciplinar as parcerias firmadas entre o poder público e as Organizações da Sociedade Civil – OSC. Esses instrumentos são: o Termo de Colaboração e Termo de Fomento (quando a relação envolver a transferência de recursos financeiros); e o Acordo de Cooperação (quando não envolver recursos financeiros).

Dessa forma, os órgãos da Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil passam a contar com importante instrumento que busca garantir maior segurança jurídica e clareza aos procedimentos que envolvem essas parcerias, tanto para o gestor público quanto para o parceiro privado. Neste sentido, Márcio dos Santos Barros^[6] diz:

O regime jurídico estabelecido pela lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, devendo obedecer aos princípios que tradicionalmente regem as

licitações e contratações públicas (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011), e outros mais que são relacionados no art. 5º, inclusive o reconhecimento da participação social como direito do cidadão, em suas diversas vertentes. Estabelece, ainda, aparentemente de forma exaustiva, no art. 6º, nove diretrizes fundamentais do regime jurídico de fomento ou de colaboração, dentre os quais merece ser citada a priorização do controle de resultados, ou seja, da efetividade da parceria.

As OSCs, para além das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (alínea “a” do inciso I do artigo 2º), tipicamente as associações e fundações, englobam as cooperativas integradas por público em situação de vulnerabilidade social, alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e geração de trabalho e renda voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou projetos de interesse público ou cunho social (alínea “b” do inciso I do artigo 2º). Inclui também as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos (alínea “c” do inciso I do artigo 2º).

Percebe-se, claramente, uma ampliação do rol de entidades da sociedade civil que podem realizar as parcerias com o Poder Público. Por outro lado, há uma ênfase na necessidade de seleção competitiva, entre as entidades interessadas, imaginando-se que este certame e seus requisitos específicos (em razão da parceria) sirvam melhor à identificação das entidades legítimas, que a cartorária identificação de requisitos, para a certificação.

De modo geral, a Lei 13.019/2014 visa promover regras mais claras, razoáveis e indutoras da colaboração, da comunhão de esforços, compartilhamento de conhecimento e aprendizado, proporcionando maior efetividade na execução e celeridade na avaliação. Os novos instrumentos jurídicos poderão ser celebrados com todas as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos e não exige que as OSCs tenham títulos ou certificações específicas, como Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

1. NOVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A CELEBRAÇÃO DE PARCERIAS: I) TERMO DE FOMENTO; II) TERMO DE COLABORAÇÃO; E III) ACORDO DE COOPERAÇÃO

Analisemos o que vem a ser esses instrumentos e em quais situações cada um deles deverá ser utilizado. Clarifica-se que, por se tratar de órgão do Poder Judiciário no exercício da função atípica, o estudo limitar-se-á aos aspectos estritamente conexos à atividade administrativa da instituição. Isto é, a despeito do imperativo legal, direcionar-se-á a pesquisa para aquilo que é compatível com sua aplicação no âmbito administrativo do Poder Judiciário.

1.1 TERMO DE COLABORAÇÃO

Na dicção dos conceitos preconizados pela Lei nº 13.019/2014, o Termo de Colaboração diz respeito ao instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com as OSC para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, propostas pela administração pública, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Destarte, o Termo de Colaboração deverá ser utilizado para a celebração de parcerias cujos objetos sejam serviços ou atividades condizentes com as políticas públicas já conhecidas, divulgados nos programas de governo, onde a administração pública consiga estipular os objetos, as metas, os prazos e mensurar os valores que serão disponibilizados, bem como os resultados a serem alcançados.

Em sua maioria, são as políticas que se destinam à manutenção de equipamentos de assistência social, creches ou ao atendimento educacional especializado. Pode-se citar, a título de exemplo, o serviço de acolhimento de pessoas com deficiência; nesse caso, a parceria envolve a gestão do cotidiano do acolhimento e a manutenção das ações correlatas para o adequado funcionamento do equipamento público. O serviço necessário prestado será descrito no relatório. Nessas hipóteses, o poder público praticamente sugere o plano de trabalho, e seleciona as OSC que irão ajudar, cooperar, contribuir, auxiliar, ou seja, colaborar com essa tarefa.

O artigo 16 da Lei nº 13.019/2014 conceitua o Termo de Colaboração como:

Art.16 O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Para a celebração do Termo de Colaboração, de ordinário, a Administração Pública deverá realizar CHAMAMENTO PÚBLICO, que deverá vir acompanhado de Minuta de Plano de Trabalho. O chamamento público é, para as parcerias reguladas por esta Lei, o equivalente ao que é a licitação para os contratos administrativos. Isto é, trata-se de processo competitivo onde a administração pública irá selecionar a melhor proposta, com base naquilo que for estabelecido pelo instrumento de chamamento. O Plano de Trabalho, por sua vez, é o documento onde serão detalhados todos os valores referentes ao pagamento da equipe de trabalho. Nele, deverão ser incluídos: a) Valores dos impostos; b) Contribuições sociais; c) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); d) Férias; e) Décimo-terceiro salário; f) Salários proporcionais; g) Verbas rescisórias; e h) Demais encargos sociais.

1.2 TERMO DE FOMENTO

De acordo com os preceitos da Lei nº 13.019/2014, o Termo de Fomento representa o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com as OSC para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas Organizações da Sociedade Civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O artigo 17 da Lei Federal nº 13.019/2014 define o Termo de Fomento como:

Art.17 O Termo de Fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O Termo de Fomento pode apoiar e reconhecer iniciativas das próprias organizações, buscando atrair para as políticas públicas tecnologias sociais inovadoras, fomentar projetos e eventos nas mais diversas áreas e ampliar o alcance das ações desenvolvidas por parte das organizações. Como exemplo, pode-se citar o fomento à capacitação de grupos de agricultura familiar, projetos de enfrentamento à violência contra a mulher ou de proteção e promoção de direitos das pessoas com deficiência, exposições de arte, cultura popular, entre outros.

Para a celebração do Termo de Fomento, em regra, a Administração Pública deverá realizar CHAMAMENTO PÚBLICO, que deverá vir acompanhado de Minuta de Plano de Trabalho que conterá, no mínimo, as exigências do artigo 22 da Lei Federal nº 13.019/2014, bem como os temas prioritários, a ação orçamentária, as metas e atividades. O Plano de Trabalho deverá atender aos requisitos estabelecidos no artigo 22 da Lei Federal nº 13.019/2014.

2.1 ACORDO DE COOPERAÇÃO

Quando a parceria não envolver transferência de recursos financeiros será firmado o Acordo de Cooperação. O Acordo, em geral, não exige prévia realização de chamamento público. Mas no caso de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, deveser chamamento (lei). Como exemplo, pode-se citar o intercâmbio de conhecimentos e de quadros técnicos, cessão de servidores, ou a outorga de bens para o empoderamento de agricultores familiares, entre outros.

O conceito legal está expressamente previsto no art. 2º, VIII-A, que assim dispõe:

"acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;" (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Jessé Torres Pereira Júnior[7] define o acordo de cooperação nos seguintes cânones:

“Consiste em ajuste exclusivamente de cooperação técnica, firmado entre entes públicos ou entre estes e entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, visando à troca de conhecimentos e expertises, sem envolver a transferência de recursos públicos de qualquer natureza (financeira, patrimonial ou serviços). Sua celebração é precedida de Plano de Trabalho, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei 13.019/2014.”

Assim, o Acordo de Cooperação é o instrumento que formaliza a celebração de parceria em regime de mútua colaboração, absolutamente não onerosas, com o objetivo de executar projetos ou atividades de interesse recíproco entre o órgão público e o parceiro privado.

Inovando no ordenamento jurídico, com a inclusão da figura do acordo de cooperação, o legislador, através da Lei nº 13.204/2015, restringiu a imposição da chamada pública apenas aos ajustes onerosos, ou seja, ao termo de colaboração e ao termo de fomento. Com a nova redação do artigo 29, a observância obrigatória do procedimento de chamada pública passou a recair, no acordo de cooperação, somente em hipóteses específicas, apenas quando o objeto da cooperação envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial. Isso é reforçado

no decreto regulamentador - Decreto nº 8.726/2016, artigo 6º, caput, inciso I e § 2º, inciso I -, que deforma idêntica ao artigo 29, impõe o chamamento público aos acordos de cooperação somente nestas hipóteses específicas. Tratam-se de hipóteses ligadas à disposição de bens públicos, no todo ou em parte, podendo ser reunidas no termo genérico “compartilhamento patrimonial”.

Em suma, todos os três instrumentos possuem natureza jurídica convencional, para formalização de parcerias. No termo de colaboração, a proposta de parceria (com transferência de recursos financeiros) surge à partir da Administração Pública; no termo de fomento, a proposta de parceria (com transferência de recursos financeiros) surge à partir de uma organização da sociedade civil. Por fim, no acordo de cooperação, independente de quem proponha a parceria, o aspecto fundamental é a ausência de transferência de recursos públicos.

2.3 CHAMAMENTO PÚBLICO

O Chamamento público é o procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria, no qual se garante a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O edital do chamamento público deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da administração pública na internet, com antecedência mínima de trinta dias. Já o termo de fomento, o termo de colaboração e o acordo de cooperação somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da administração pública.

Os requisitos para participação no chamamento público deverão ser pertinentes e relevantes para o específico objeto da parceria (arts. 33, 34, 35-A e 39), vedando qualquer tipo de exigência que possa restringir ou frustrar seu caráter concorrencial, o que pode caracterizar de ato de improbidade administrativa que lesa ao Erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10, VIII e XVI a XXI).

As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção (que deve ter, pelo menos, um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente) (§1º do artigo 27).

Em relação ao procedimento utilizado no certame, a Lei nº 13.019/2014, aparentemente, inspirou-se na modalidade Pregão. De acordo com a referida Lei, somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a administração pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos legais (previstos pelos artigos 33 e 34, como uma espécie de habilitação, para tais entidades).

Quando a organização da sociedade civil melhor classificada não atender aos requisitos legais (indicados pelos arts. 33 e 34), poderá ser convidada aquela imediatamente mais bem classificada, para aceitar a celebração de parceria, nos termos da proposta por ela apresentada. Caso a organização da sociedade civil convidada aceite celebrar a parceria, serão verificados os documentos que comprovem o atendimento aos requisitos legais (previstos nos artigos. 33 e 34). Não comprovado o atendimento, este procedimento poderá se repetir, na ordem de classificação, até conclusão da seleção.

As exceções ao chamamento público previstas pela referida Lei possuem sistemática inspirada na Lei nº 8.666/93, atual Lei 14.133/2021, sendo possível identificar hipóteses de dispensa e de inexigibilidade. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público, na forma do art. 30, para as seguintes situações:

- a) no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;
- b) nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
- c) quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;
- d) no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Será considerado inexigível o chamamento público, conforme art. 31, na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão

da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

- a) o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;
- b) a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei, com identificação expressa da entidade beneficiária.

A ausência de realização de chamamento público será devidamente justificada pelo administrador público, com publicação do extrato da justificativa, sob pena de nulidade do ato de formalização da parceria (artigo 32).

É importante destacar que a Lei nº 13.019/2014 prevê o **Procedimento de Manifestação de Interesse Social**, instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. A proposição ou a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse Social não impede a organização da sociedade civil de participar no eventual chamamento público subsequente. Ainda, a realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não é pré-requisito para o Termo de Fomento ou o Termo de Colaboração, e não implica, necessariamente, na realização de um chamamento público, nem na dispensa de um processo seletivo.

O poder público, considerando a discricionariedade contida no art. 21, de posse do PMIS, analisará e decidirá quanto à celebração da parceria. Portanto, se atendido os requisitos do art. 19, em atendimento aos princípios da transparência, da impessoalidade, publicidade e da legalidade, a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva dos interessados sobre a proposta ora apresentada.

2.4 OUTRAS NUANCES

Para fins de controle e transparência, os dinheiros transferidos pelo Poder Público deverão ser movimentados em conta corrente específica, mediante transferência eletrônica sujeita à identificação do beneficiário final e à obrigatoriedade de depósito em sua conta bancária como regra (arts. 51 e 53).

O órgão público deverá monitorar e avaliar periodicamente os resultados decorrentes dos repasses efetuados às entidades, valendo-se da prestação de contas apresentada pela beneficiária, de pesquisa de satisfação junto aos usuários dos serviços prestados e da contratação de apoio técnico especializado quando necessário (arts. 58, 59 e 63 a 68). O acompanhamento epígrafado não elide a competência dos órgãos de controle (Tribunais de Contas, Ministério Público), tampouco a fiscalização pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo e pelos mecanismos de controle social (art. 60).

Referida avaliação contemplará os aspectos de eficácia e de efetividade das ações em execução ou já realizadas, abordando os resultados já alcançados e seus benefícios, os impactos econômicos ou sociais, o grau de satisfação do público-alvo e, por fim, a possibilidade de sustentabilidade das ações após a conclusão do objeto pactuado.

A não observância dos parâmetros legais para celebração, fiscalização e aprovação das contas da entidade beneficiária constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11, VIII).

Eventuais descumprimentos por parte da organização da sociedade civil sujeitam-na às sanções administrativas de advertência e de suspensão e de declaração temporária de inidoneidade para participação em chamamento público e, conseqüentemente, celebração de ajustes com órgãos públicos(art. 73), respeitando-se o devido processo legal em seus atributos de ampla defesa e contraditório.

A organização da sociedade civil prestará contas da boa e regular aplicação dos recursos recebidos no prazo de até noventa dias a partir do término da vigência da parceria ou no final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano (artigo 69).

O prazo para a prestação final de contas será estabelecido de acordo com a complexidade do objeto da parceria, podendo a administração pública promover a instauração de tomada de contas especial, antes do término da parceria, ante evidências de irregularidades na execução do objeto (§§ 1º e 2º do artigo 69).

Prescreve em cinco anos, contados a partir da data da apresentação da prestação de contas, a aplicação de penalidade decorrente de infração relacionada à execução da parceria (§2º do artigo 74).

DAS DIVERSAS FORMAS ADMINISTRATIVAS DE OUTORGA DE USO DE BENS PÚBLICOS

A utilização de espaços físicos de bem público de uso especial tem como destinação principal o atendimento do interesse imediato da Administração Pública. Em outras palavras, tem como objetivo comportar a estrutura operativa para manter seu pleno funcionamento. Uma vez comportada a mencionada estrutura, não há impedimento legal na outorga de uso desses bens a terceiros, sendo que os instrumentos possíveis são a autorização de uso, a permissão de uso, a concessão de uso e cessão de uso, todos institutos sujeitos ao regime jurídico de direito público.

A autorização de uso é ato discricionário e precário, independente de licitação prévia, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, com exclusividade de forma gratuita ou onerosa, concedida eminentemente no interesse deste, desde que, por óbvio, não cause prejuízos ao interesse da coletividade. Podem ser citados, como exemplos, o fechamento de uma rua

para eventos festivos ou a utilização da praia para realização de casamento ou festa privada.

A característica da discricionariedade decorre do fato de que este ato é realizado pelo ente público, no exercício do poder discricionário, com margem de escolha, dentro dos limites da lei, por meio de critérios de oportunidade e conveniência administrativas. Ou seja, compete ao agente público, no caso concreto, analisar se a utilização anormal ora admitida não causará transtornos ao resto da coletividade.

Por seu turno, a **permissão de uso** é ato discricionário e precário, gratuito ou oneroso, dependente de licitação prévia, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, concedida eminentemente no interesse público. O fato de tratar-se de bem destinado, por sua natureza ou destinação legal, ao uso coletivo impede que o uso privativo seja permitido ou autorizado para fins de interesse exclusivo do particular. Os exemplos a serem citados passam por Stands em feiras de artesanatos ou bancas de revistas em calçadas, exposição de arte, em que estão presentes os interesses de difusão de cultura ou direito à informação.

Já a **cessão de uso** é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, sendo ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outras que deles está precisando.

Por derradeiro, a **concessão de uso** consiste em contrato administrativo pelo qual a administração pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que o exerça conforme a sua destinação. Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*. A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Elemento fundamental na concessão de uso é relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a destinação do bem. A utilização que ele exercer terá de ser compatível com a destinação principal do bem.

Conforme preconizado, a concessão de uso é contrato administrativo e, como tal, segue as normas estipuladas na Lei 14.133/2021, com a possibilidade de inserção de cláusulas exorbitantes, cobrança de garantias, entre outras regras. Como todo contrato administrativo, ela pode ser rescindida antes do termo final, por motivo de interesse público, ensejando, nesses casos, direito à indenização ao particular contratado. Mais uma vez, pode ser realizada a título gratuito ou oneroso.

DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (LEI Nº 11.079/2004)

De forma breve, será realizado apontamentos sobre as principais características da modalidade de concessão especial de serviços públicos, submetida ao regramento da Lei n. 11.079/2004.

A Lei 11.079/2004 regulamenta duas espécies de concessão, denominadas de parcerias público-privadas. Nesse diploma legal, há a previsão da celebração de contratos de concessão patrocinada ou de concessão administrativa. Em ambos os casos, o art. 10 do referido diploma legal define a exigência de licitação na modalidade concorrência.

Trata-se de acordos firmados entre o particular e o poder público com o objetivo de prestação de serviços públicos de forma menos dispendiosa que o normal, podendo, ainda, admitir-se o fornecimento de bens ou execução de obras. Estes contratos se caracterizam pela existência de contraprestação pecuniária do ente estatal, além da existência de compartilhamento dos riscos da atividade executada.

Dentre os principais aspectos preconizados na legislação de regência, cita-se: i) a previsão de repartição objetiva dos riscos; ii) o valor mínimo para contratação é de R\$ 10.000.000,00; iii) o prazo mínimo de contratação é de 5 anos e máximo de 35 anos; iv) licitação na modalidade concorrência; v) duas espécies de parcerias, patrocinada e administrativa; vi) necessidade de constituição de sociedade de propósito específico.

Convém fazer referência à decisão proferida pelo CNJ, na Consulta n. 002583-36.2010.2.00.0000, no sentido de que o Judiciário não pode usar parceria público-privada. Na dicção preconizada pela Corte, o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário não se compatibiliza com qualquer das modalidades de PPPs, descritas nos §§ 1º e 2º do art. 1º e 2º da Lei n. 11.079/2004. De fato, conforme destacado no voto do então Ministro Ayres Brito, *"as Parcerias Público-Privadas constituem atividades inteiramente estranhas aos misteres do Poder Judiciário, porque alusivo ao único Poder estatal voltado para o atendimento de necessidades tão permanentemente quanto coletivamente sentidas: o Poder Executivo"*.

DA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PARCERIAS COM ASSOCIAÇÃO CIVIL NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

No amplo cenário das parcerias com o Poder Público, nota-se um universo de propósitos para sua utilização, como exemplo: a) **delegação** da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou das parcerias público-privadas; e também por meio do contrato de gestão com organizações sociais, quando estas prestam serviço público; b) **fomento** à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria; c) **cooperação** do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, que tenham interesses e condições recíprocas, de modo a realizar um propósito comum, voltado ao interesse público, aperfeiçoado pelo termo de cooperação, termo de fomento e acordo de cooperação.

As atividades administrativas exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário tem estrita limitação ao uso das modalidades de parcerias com as organizações da sociedade civil. Conforme destacado, o contrato de gestão e o termo de parceria são instrumentos jurídicos criados para a viabilização e implementação das políticas públicas e sociais, de modo que se mostram incompatíveis com a capacidade de autogoverno deferida ao Poder Judiciário para organizar sua estrutura administrativa interna, bem como deliberar sobre assuntos próprios. Também não tem aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, a

celebração de parcerias público-privadas, conforme assentado pelo CNJ na Consulta 002583- 36.2010.2.00.0000.

Por outro lado, tem-se que o acordo de cooperação técnica, firmado entre órgãos e entidades da Administração Pública, na dicção do artigo 184 da Lei 14.133/2021, mostra-se adequado para a formalização de ajuste quando envolver o interesse de mútua colaboração, visando a execução de programas de trabalho, o intercâmbio de informações, o compartilhamento de recursos, tecnologias e experiências, a promoção de ações conjuntas, o aperfeiçoamento dos recursos humanos, desde que inexista transferência de recursos financeiros.

Caso a Administração Pública ajuste uma parceria com uma organização da sociedade civil, envolvendo evento de interesse recíproco, em *mútua* cooperação, o regime jurídico a ser aplicado será o da Lei nº 13.019/2014, redundando na assinatura, conforme o caso: i) de termo de colaboração, quando a proposta é de iniciativa da administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; ii) termo de fomento, quando a proposta é de iniciativa das organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiro; ou iii) acordo de cooperação, quando não envolver a transferência de recursos financeiros.

DAS PARCERIAS COM AS SEÇÕES JUDICIÁRIAS E SUBSEÇÕES VINCULADAS

Diante da ausência de consulta direcionada, a análise incidirá sobre os aspectos jurídicos que permeiam as parcerias das organizações da sociedade civil passíveis de serem firmadas, *in concreto*, com as Seções Judiciárias e Subseções vinculadas.

1. OCUPAÇÃO POR TERCEIROS DE ESPAÇO FÍSICO EM BENS IMÓVEIS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS: ANÁLISE DA JURIDICIDADE

No presente caso, far-se-á um estudo relativo à concessão do direito de uso de espaço físico de imóveis de órgão público, para exploração remunerada mediante veiculação de publicidade, exploração de lanchonete por particular, etc.

Essencialmente, deve-se enfrentar duas questões sobre o tema: i) a forma administrativa de utilização do espaço público por parte de terceiros; e ii) se há ou não necessidade de licitação para tal uso.

No tocante aos institutos aplicáveis à utilização de bens públicos de uso especial por terceiros, oportuno colacionar o entendimento sobre a matéria firmada pelo Colendo Tribunal de Contas da União - TCU, no Acórdão 61/2003 - Plenário. Vejamos:

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...) 9.2.3. suspenda, caso ainda não o tenha feito, a locação de vagas de garagem excedentes ao número de carros oficiais existentes, por absoluta falta de amparo legal; **9.2.4. reveja o termo de contrato, por meio do qual foi cedido à Associação dos Magistrados Trabalhistas no Estado do Espírito Santo-AMATRA/ES o uso de salas alugadas pelo TRT/ES, ante a infringência ao disposto no art. 1º do Decreto nº 99.509/90, adotando as medidas necessárias ao ressarcimento pela Associação dos valores pagos pelo Tribunal à empresa proprietária do imóvel, a título de aluguel pelas salas utilizadas;** (grifei) 9.2.5. acrescente ao patrimônio do TRT/17ª Região os bens móveis incorporados pela Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho no Estado do Espírito Santo-EMATRA/ES, uma vez tratar-se de unidade integrante de sua estrutura; 9.2.6. promova a anexação da prestação de contas da EMATRA/ES à Tomada de Contas apresentada anualmente pelo TRT/ES a este Tribunal de Contas; 9.2.7. limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, quando, comprovadamente, houver nexos entre esse dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual, este necessariamente relativo a ensino, a pesquisa e a desenvolvimento institucional, o que não é o caso dos serviços de gerenciamento da escola; (...)

Nesse diapasão, conforme a jurisprudência do TCU, ancorada no art. 1º do Decreto nº 99.509/90, não se admite, aos órgãos e entidades da administração federal a cessão de imóveis, a título gratuito, a sociedades civis, de caráter social ou esportivo, inclusive os que congreguem os respectivos servidores ou empregados e seus familiares, tais como associações de servidores ou quaisquer outras entidades congêneres.

Outro entendimento importante da Corte de Contas da União diz respeito à indicação do instrumento jurídico para formalizar a outorga de uso de bens públicos para instalação de agências de bancos privados, que, distante de ser matéria pacífica no âmbito daquele Tribunal, pode alcançar, tanto a permissão de uso, por entender ser o serviço bancário uma atividade de interesse público, conforme Decisão 114/1996 (Plenário) e Acórdãos 29/2000 e 540/2000 - Segunda Câmara, como concessão e uso, consoante Decisões 114/1996 (Plenário) e 587/97, Acórdão 2.289/2005 - Plenário (item 26 do Relatório), e mesmo cessão de uso, na inteligência que se deduz do voto do Ministro Relator no Acórdão 2.289/2005 - Plenário. Já para o caso de bancos estatais os entendimentos variam desde a permissão e concessão de uso até a concessão real de direito de uso, na forma preconizada no Acórdão 412/2005 - Plenário, sem embargo da cessão de uso.

Em relação à exploração de lanchonete por particular, é certo que também não há convergência quanto ao instrumento específico para a formalização da outorga de uso. Todavia, no âmbito interno do TCU, observa-se, por meio do Edital do Pregão Eletrônico n. 58/2018, que o instrumento utilizado por aquela Corte para licitar área destinada à exploração dos serviços de restaurante e lanchonete, foi a "cessão de uso", através da modalidade pregão.

Consoante se constata, não há como preconizar um único instrumento para todas as situações de uso de espaço por particular, cabendo ao gestor a observância da legislação pertinente aos bens de uso especial, sendo central o Decreto nº 3.725/2001, mormente os seus seguintes dispositivos: § 2º do art. 11 (indicação de cessão de uso na

destinação para entidade da administração federal indireta, por exemplo: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), o art. 12 (indicação de cessão de uso para instalação de posto de bancário - inclusive privado, restaurante, lanchonete e outras atividades similares, tais como instalação de máquinas automáticas de venda de café e refrigerante), art. 13, em especial o inciso VIII (tratando-se de empreendimento de fins lucrativos, a cessão de uso deverá ser sempre onerosa) e, finalmente, art. 14 (permissão de uso para realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, conforme já acima assinalado).

1.1 DA NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

Quanto à necessidade de licitação para cessão de imóvel mediante permissão de uso, importante colacionar o entendimento defendido pelo eminente Ministro Adhemar Ghisi sobre a questão quando da apreciação do processo TC nº 625.182/1995-0 (Acórdão nº 29/2000-TCU-2ª Câmara):

[...] a permissão de uso de bem público, pelas suas características, está excluída da exigência do art. 2º do Estatuto de Licitações, pelas definições ali contidas, especialmente a do seu parágrafo único que, ao definir contrato, estabelece: "Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública. e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada." Com efeito, a permissão, concedida a título precário, não cria obrigações para a administração pública., que a concede e a retira, estritamente em razão de interesse público, e sem que haja necessidade de consentimento do permissionário. Nesses casos, como a permissão de uso não tem natureza contratual, preleciona a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, 2ª ed., 1995): "[...] não está abrangida pela Lei nº 8.666/93, o que não impede a Administração de fazer licitação ou instituir outro processo de seleção, sempre recomendável quando se trata de assegurar igualdade de oportunidade a todos os eventuais interessados."

A concessão de uso exige licitação, nos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 14.133/2021. Regra geral, na cessão de uso, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, ideal enfeixado no princípio da isonomia fixado no inciso XXI do art. 37 da CRFB/88. De fato, o artigo 18 da Lei nº 9.636/98 é claro ao dispor, em seu §5º, que a cessão será sempre precedida de licitação quando houver condições de competitividade e o empreendimento correlato tiver fim lucrativo, o que é reforçado no art. 13, VIII, do Decreto nº 3.725/01.

Em regra, esta será a natureza das atividades que serão desenvolvidas nas áreas cedidas pelos órgãos públicos, sendo a licitação obrigatória. Merece, contudo, abordagem específica a instalação nestes espaços de agências bancárias de instituições

financeiras oficiais - Banco do Brasil S.A. (sociedade de economia mista) e Caixa Econômica Federal (empresa pública) - pela peculiaridade que envolve a matéria. Por integrarem a administração pública federal indireta, poder-se-ia presumir que os dispositivos legais citados não abarcariam os atos ou contratos firmados com estas instituições, a julgar, inclusive, pelo termo terceiros empregado tanto no caput do art. 12 do Decreto nº 3.725/01 quanto no caput do art. 2º da Lei nº 8.666/93 (atual Lei 14.133/2021), que conduziria à interpretação de que as normas ali insertas, especialmente as atinentes à obrigatoriedade de licitação, somente se aplicariam às contratações com pessoas jurídicas do setor privado, excluídas, então, as empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública).

No entanto, deve-se atentar para o objeto a que está relacionada a contratação, pois não se pode conceder privilégio a uma sociedade de economia mista ou empresa pública em decorrência de uma ação relacionada à atividade econômica que desenvolve, e não precipuamente aos objetivos sociais do Estado, o que afrontaria os princípios insculpidos no art. 173 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

1.1.1.1 - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

1.1.1.2 - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

1.1.1.3 - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

1.1.1.4 - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

1.1.1.5 - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. (grifei)

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

No caso dos Tribunais, contudo, é possível que a formalização de termo ou contrato de cessão de uso para instalação de agência bancária dessas instituições oficiais configure a hipótese de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, isso em função do interesse da coletividade relacionado aos depósitos judiciais.

Vê-se, pois, claramente que há um interesse social especial em que estabelecimentos de bancos oficiais existam nos fóruns dos Tribunais, já que assim estar-se-á facilitando o cumprimento do citado dispositivo legal pelas partes nas demandas judiciais e respectivos advogados, que constituem mesmo os clientes principais de toda a atividade administrativa.

Em consequência, caso as autoridades destes órgãos considerem, de fato, relevante a cessão de uso de espaços ao Banco do Brasil S.A. e CEF - instituições financeiras que hoje podem atender ao disposto no diploma legal citado, ainda que nas agências em questão também sejam desenvolvidas atividades inerentes à perseguição

do lucro, consideramos viável que seja considerada inexigível a licitação nas seguintes situações:

a) quando comprovadamente, a administração disponibilizar a cessão de uso a ambas as instituições nas mesmas condições, e as duas tenham aceitado o oferecimento, situação que se assemelharia à conhecida figura do credenciamento, em que a inviabilidade de competição se configura justamente porque todos os interessados têm oportunidades idênticas ou apenas uma delas tenha manifestado interesse; b) quando o juiz ou juízes das varas que funcionarem no fórum específico manifestarem seu interesse em que os depósitos judiciais afetos à sua jurisdição sejam realizados somente em uma das instituições citadas; c) quando a cúpula administrativa do órgão optar, motivadamente, por concentrar os depósitos judiciais em uma única instituição, orientando os juízes e desembargadores nesse sentido.

As hipóteses citadas encontram guarida na fundamentação adotada no Voto do Relator do Acórdão nº 1.130/2004 do Plenário do TCU, Ministro Ubiratan Aguiar, cujo trecho especificamente relacionado à situação em exame transcrevemos a seguir:

[...] é importante observar que o art. 666 do CPC não obriga a que o juiz tenha que determinar a realização dos depósitos em todos os agentes oficiais mencionados, tampouco proíbe que determinado órgão sistematize a entidade que deseja trabalhar em razão de oportunidade e conveniência. Portanto, a escolha do estabelecimento de crédito, desde que respeite as alternativas impostas pelo referido dispositivo legal, constitui ato discricionário do juiz ou da Administração Judiciária competente. Assim, da mesma forma que o CPC não autoriza expressamente a celebração de contrato de exclusividade também não o proíbe. 8. Com efeito, como a escolha do estabelecimento de crédito, dentre os mencionados no art. 666 do CPC, representa uma faculdade para os juízes, não há óbice a que a administração pública. Judiciária opte por trabalhar exclusivamente com a instituição bancária que melhor lhe aprouver, desde que desta escolha não resulte prejuízos para o depositante, para o depositário ou para o erário.

Na maioria dos casos a cessão de uso é o título mais apropriado à ocupação por terceiros dos espaços físicos dos órgãos públicos, devendo o gestor, de todo modo, à vista da situação concreta, escolher a forma de utilização rimada com a legislação pertinente ao uso especial de bem público, bem como se calcar na melhor doutrina sobre a matéria. A observância dos procedimentos licitatórios é como regra necessária, ressalvada a hipótese de inviabilidade de competição, tal como nas situações que envolvem as instituições financeiras oficiais.

1.2 CONVERSÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM ENERGIA ELÉTRICA

A Lei Federal n 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), estabelece princípios e objetivos, proporcionando um marco para a gestão de RSU no Brasil. De acordo com a referida lei, no seu artigo 3º, inciso XI:

Resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Com vistas às melhores práticas de sustentabilidade ambiental, a Administração Pública, na condição de grande consumidora e geradora de resíduos sólidos, tem promovido medidas estratégicas que exigem o compromisso dos gestores públicos. A redução do desperdício, a gestão adequada dos resíduos gerados, o uso racional dos recursos naturais e bens públicos são exemplos de ações que prestigiam o desenvolvimento nacional sustentável e institucionalizam a responsabilidade socioambiental do Poder Público.

O reaproveitamento dos resíduos sólidos, como a transformação da massa orgânica em energia, é uma iniciativa que oportuniza a produção de energia com recursos de baixo impacto para natureza, consistindo em uma maneira inteligente de reciclagem materiais orgânicos, socialmente justa e economicamente viável, garantindo a sustentabilidade de todos os processos.

Diante desse cenário, a Administração Pública tem buscado firmar parcerias com empresas especializadas no tratamento de resíduos sólido urbano. No caso, o processo de produção de energia por meio do reaproveitamento dos resíduos sólidos, passa por autorizações ambientais, licenças e licitações públicas. Em geral, tem-se adotado o modelo de Parcerias Público-Privadas na modalidade concessão administrativa, com fulcro na Lei n. 11.079/2004. Todavia, nos termos da decisão proferida pelo CNJ, na Consulta n. 002583-36.2010.2.00.0000, o Judiciário não pode usar parceria público-privada.

Por outro lado, as organizações da sociedade civil, à luz da Lei Federal n.º 13.019/2014, podem realizar com a administração pública parcerias por meio de novos instrumentos jurídicos: os termos de Fomento e de Colaboração, no caso de parcerias com recursos financeiros, e o Acordo de Cooperação, no caso de parcerias sem recursos financeiros. Conforme já destacado, as disposições destes instrumentos jurídicos viabilizam a implementação conjunta e integrada de parcerias entre uma entidade sem fins lucrativos e a Administração Pública de forma rápida e desburocratizada.

Nesse contexto, deve-se perquirir se a parceria a ser empreendida envolve transferência de recursos financeiros ou não. Em caso negativo, o instrumento jurídico mais adequado a ser formalizado será o Acordo de Cooperação. Ressalte-se que todas as modalidades de parcerias da Lei Federal n.º 13.019/2014 podem envolver a transferência de recursos públicos, ainda que indiretamente, como doação de bens públicos. Isso vale até mesmo para o Acordo de Cooperação, o qual apenas não pode envolver transferência de recursos financeiros. (art. 2º, VIII-A).

Com efeito, se a parceria estabelecida com a OSC, proposta pela administração pública, onde consiga estipular os objetos, as metas, os prazos e mensurar os valores que serão disponibilizados, bem como os resultados a serem alcançados, que envolvam a transferência de recursos financeiros, deverá ser utilizado o Termo de Cooperação. Ao revés, o Termo de Fomento representa o instrumento por meio do qual reconhece iniciativas das próprias organizações sociais, buscando fomentar projetos e eventos nas

mais diversas áreas e ampliar o alcance das ações desenvolvidas por parte das organizações. Assim, a iniciativa da proposta, para firmar parceria por meio do Termo de Fomento, deve partir da organização social.

Ainda, nos termos da Lei n. 13.019/2014, as parcerias com as organizações da sociedade civil não estão submetidas à licitação, sendo as entidades selecionadas, em regra, por meio de CHAMAMENTO PÚBLICO, obrigando-se o poder público a celebrar a parceria com a melhor classificada (arts. 2º, VII, e 23-32).

Em suma, considerando que a iniciativa para a proposta de aproveitamento de resíduos sólidos urbanos para conversão de energia elétrica decorre, a toda evidência, da Administração Pública, uma vez que propõe a questão que deseja resolver, cabendo estipular quais são os objetivos, metas, qual será o prazo para atingi-los e qual será o valor repassado, tem-se que o instrumento adequado à parceria será o TERMO DE COLABORAÇÃO.

Nesse caso, a OSC escolhida irá trabalhar em conjunto com a Administração Pública para a consecução do objetivo proposto previamente pelo poder público. Importa lembrar que o termo de colaboração serve apenas para quando há algum repasse financeiro, em casos onde há apenas o trabalho, sem quaisquer verbas, a parceria é formalizada através do Acordo de Cooperação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, à luz do que foi explanado no decorrer do presente estudo, tem-se que:

a) na hipótese de ajustes de mútua cooperação estabelecidos entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; e os celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal, visando à execução de programas de trabalho, projeto, atividade ou evento de interesse recíproco, o instrumento jurídico a ser utilizado é o acordo de cooperação, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos financeiros entre os partícipes, aplicando-se as normas do art. 184 da Lei nº 14.133/2021, por força do art. 84-A da Lei nº 13.019/2014;

b) as atividades administrativas exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário têm estrita limitação ao uso das modalidades de parcerias com as organizações da sociedade civil. O contrato de gestão e o termo de parceria são instrumentos jurídicos criados para a viabilização e implementação das políticas públicas e sociais, de modo que se mostram incompatíveis com a capacidade de autogoverno deferida ao Poder Judiciário para organizar sua estrutura administrativa interna, bem como deliberar sobre assuntos próprios. Também não tem aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, a celebração de parcerias público-privadas, conforme assentado pelo CNJ na Consulta 002583-36.2010.2.00.0000;

c) por sua vez, acaso a Administração Pública ajuste uma parceria com uma organização da sociedade civil, envolvendo evento de interesse recíproco, em *mútua* cooperação, o regime jurídico a ser aplicado será o da Lei nº 13.019/2014, redundando

na assinatura, conforme o caso: i) de termo de colaboração, quando a proposta é de iniciativa da administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; ii) termo de fomento, quando a proposta é de iniciativa das organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiro; ou iii) acordo de cooperação, quando não envolver a transferência de recursos financeiros. Em regra, a celebração de termos de fomento e de termos de colaboração, regidos pela Lei nº 13.019, de 2014, devem ser precedidos de chamamento público, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade;

d) na maioria dos casos, a cessão de uso é o título mais apropriado à ocupação por terceiros dos espaços físicos dos órgãos públicos, devendo o gestor, de todo modo, à vista da situação concreta, escolher a forma de utilização rimada com a legislação pertinente ao uso especial de bem público. A observância dos procedimentos licitatórios é como regra necessária, ressalvada a hipótese de inviabilidade de competição, tal como nas situações que envolvem as instituições financeiras oficiais.

e) No caso de a iniciativa para a proposta de aproveitamento de resíduos sólidos urbanos para conversão de energia elétrica decorrer de vontade da Administração Pública, que propõe a questão que deseja resolver, estipula quais são os objetivos, metas, qual será o prazo para atingi-los e qual será o valor repassado, tem-se que o instrumento adequado à parceria será o TERMODE COLABORAÇÃO.

REFERÊNCIAS

- [1] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 717
- [2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31°. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 715
- [3] NETO, Fernando; TORRES, Ronny. Direito Administrativo. Coleção sinopses. 10ª ed. JusPodvm, 2020. p. 37
- [4] ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. Resumo de Direito Administrativo Descomplicado. São Paulo: método, 2010. p.74
- [5] DI PIETRO, op. cit. p.708.
- [6] BARROS, Márcio dos Santos. Breves comentários sobre a Lei nº 13.019/2014. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, NDJ, ano 28, n. 2, p. 126- 137, fev. 2015.
- [7] PEREIRA, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do Século XXI**. 3º ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 46.
- [8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 10°. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67

Também foram utilizados como fonte de pesquisa os seguintes documentos:

Laércio José Loureiro dos Santos em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/loureiro-vigencia-post-mortem-artigo-116-lei-866693>. Acessado em 20-07-2023.

Entenda o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil - Lei 13.019/2014. Acessado em 20-07-2023.

Parecern.15/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU. Acessado em 21-07-2023

Administração Pública Consensual após a Lei 13.019/2014: acordo de cooperação Acessado em 20-07-2023

Estudo sobre o Potencial de Geração de Energia a partir de Resíduos de Saneamento (lixo, esgoto), visando incrementar o uso de biogás como fonte alternativa de energia renovável Acessado em 22-07-2023

Chamamento público para parcerias sociais – comentários à Lei n. 13.019/2014 Acessado em 22-07-2023

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE ÀS DECISÕES MONOCRÁTICAS E SEUS DISPOSITIVOS

CONSTITUTIONAL REVIEW: AN ANALYSIS OF MONOCRATIC DECISIONS AND THEIR PROVISIONS

Faustino Monteiro de Souza

RESUMO

Este trabalho analisa a (in)constitucionalidade das decisões monocráticas proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com foco em sua compatibilidade com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da colegialidade. O estudo adota uma metodologia qualitativa baseada em revisão bibliográfica e examina os fundamentos históricos do controle de constitucionalidade no Brasil, o ativismo judicial e a cláusula de reserva de plenário. Os resultados indicam que a prática recorrente de decisões monocráticas, sem subsequente ratificação pelo plenário, pode comprometer a legitimidade democrática e o equilíbrio institucional. No entanto, em situações de urgência, essas decisões podem ser justificadas desde que submetidas à apreciação colegiada. O trabalho conclui que, embora tais decisões possam ser necessárias em casos excepcionais, sua aplicação contínua exige regulamentação para preservar a legitimidade constitucional e a harmonia entre os poderes.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Decisões monocráticas. Cláusula de reserva de plenário. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This paper analyzes the (un)constitutionality of monocratic decisions issued within the scope of constitutional review by the Brazilian Supreme Federal Court (STF), focusing on their compatibility with the constitutional principles of separation of powers and collegiality. The study adopts a qualitative methodology based on a bibliographic review and examines the historical foundations of constitutional review in Brazil, judicial activism, and the plenary reserve clause. The results indicate that the recurring practice of monocratic decisions, without subsequent ratification by the plenary, may compromise democratic legitimacy and institutional balance. However, in urgent situations, such decisions may be justified as long as they are subject to collegial review. The study concludes that while such decisions may be necessary in exceptional cases, their continuous application requires regulation to preserve constitutional legitimacy and harmony among the branches of government.

Keywords: Constitutional review. Brazilian Supreme Federal Court. Monocratic decisions. Plenary reserve clause. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil trouxe à tona debates profundos sobre a atuação dos poderes constituídos e a efetivação dos princípios constitucionais. Nesse cenário, o Poder Judiciário emergiu como protagonista na interpretação e aplicação das normas fundamentais, especialmente através do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A dinâmica entre os modelos difuso e concentrado de controle e o papel das decisões monocráticas têm sido objeto de intensas discussões jurídicas e sociais (MENDES, 2022).

A crescente utilização de decisões monocráticas pelo STF, particularmente em matérias de alta relevância constitucional, suscita questionamentos acerca de sua compatibilidade com os princípios democráticos e com a cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Tal prática levanta debates sobre a legitimidade democrática dessas decisões e sobre os limites da atuação individual dos ministros em um contexto que exige deliberação colegiada e ampla participação institucional (ARGUELHES, RIBEIRO, 2015).

Diante desse panorama, o presente trabalho busca responder ao seguinte problema de pesquisa: as decisões monocráticas proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade pelo STF são compatíveis com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da colegialidade, ou configuram uma violação à cláusula de reserva de plenário, comprometendo a legitimidade democrática das decisões judiciais?

Como hipótese, considera-se que a prolação de decisões monocráticas em controle de constitucionalidade, sem subsequente ratificação pelo plenário, pode representar uma afronta aos princípios constitucionais mencionados, colocando em risco o equilíbrio entre os poderes e a segurança jurídica. Todavia, admite-se que, em situações de urgência e relevância excepcional, tais decisões possam ser justificadas, desde que submetidas à apreciação colegiada em prazo razoável.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a (in)constitucionalidade das decisões monocráticas no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo STF, avaliando seus impactos sobre a legitimidade democrática e o equilíbrio institucional. Como objetivos específicos, busca-se examinar os fundamentos históricos e teóricos do controle de constitucionalidade no Brasil, discutir a problemática do ativismo judicial e da cláusula de reserva de plenário, e avaliar propostas legislativas que visam regulamentar ou restringir a atuação monocrática dos ministros.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender os limites e possibilidades da atuação do STF em um contexto democrático, contribuindo para o debate acadêmico e institucional sobre a preservação dos princípios constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais. A análise crítica das decisões monocráticas e de seu enquadramento constitucional é fundamental para fortalecer o Estado de Direito e a confiança da sociedade nas instituições judiciais.

A metodologia adotada é de natureza qualitativa, baseada em uma revisão bibliográfica narrativa. Foram consultadas obras e artigos científicos disponíveis em bases de dados confiáveis, como Google Acadêmico, Periódicos Capes e SciELO, utilizando as palavras-chave: "controle de constitucionalidade", "decisões monocráticas", "Supremo Tribunal Federal", "cláusula de reserva de plenário" e "ativismo judicial". O recorte temporal abrange publicações entre 2000 e 2024. Como critérios de inclusão, selecionaram-se artigos em língua portuguesa, disponíveis integralmente e gratuitamente. Foram excluídos textos incompletos ou que não atendiam aos critérios estabelecidos.

Este trabalho está estruturado de forma a proporcionar uma visão panorâmica e aprofundada do tema. Inicialmente, aborda-se a construção do Estado Democrático de Direito e o protagonismo judicial no constitucionalismo contemporâneo. Em seguida, explora-se o controle de constitucionalidade no Brasil, analisando seus modelos e fundamentos. Posteriormente, discute-se a (in)constitucionalidade das decisões monocráticas no âmbito do controle de constitucionalidade, incluindo a problemática do ativismo judicial e a importância da cláusula de reserva de plenário. Por fim, são examinadas propostas legislativas que visam alterar essa dinâmica, refletindo sobre seus possíveis impactos no equilíbrio entre os poderes e na legitimidade das decisões judiciais.

2 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓS-GUERRA E O PROTAGONISMO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

1.1 A Constitucionalização do Direito e o Reconhecimento dos Princípios como Normas Jurídicas

A constitucionalização do Direito representou uma verdadeira revolução na forma como compreendemos e aplicamos as normas jurídicas – não apenas no Brasil, mas em diversas democracias contemporâneas. Esse movimento elevou a Constituição ao ápice do ordenamento jurídico, conferindo-lhe a primazia sobre todas as demais normas e estabelecendo os princípios constitucionais como alicerces fundamentais para a interpretação e aplicação do Direito. Nesse contexto, os princípios deixaram de ser meros orientadores abstratos e passaram a ser reconhecidos como normas jurídicas dotadas de eficácia plena e imediata (BARROSO, 2006).

Tal transformação não ocorreu de forma abrupta; foi resultado de um processo histórico marcado pelas experiências traumáticas das guerras mundiais e pelo anseio de consolidar estados democráticos comprometidos com a dignidade humana. A partir daí, emergiu a ideia de que a Constituição deveria incorporar não apenas regras, mas também princípios que refletissem os valores mais profundos da sociedade – como a justiça, a igualdade e a liberdade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 materializou esse ideário, inaugurando um novo paradigma jurídico e político (BARROSO, 2005).

Os princípios constitucionais, agora com status normativo, passaram a desempenhar um papel crucial na atividade jurisdicional. O Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, assumiu a responsabilidade de assegurar a concretização desses princípios – muitas vezes suprindo lacunas legislativas ou corrigindo injustiças decorrentes da aplicação literal de determinadas normas. Assim, a interpretação jurídica ganhou uma dimensão mais ampla e teleológica, buscando realizar os valores constitucionais em cada caso concreto (DA CUNHA, 2006).

Não se pode ignorar que essa mudança provocou debates acalorados sobre os limites da atuação judicial. Enquanto alguns defendem que o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas fortalece a proteção dos direitos fundamentais, outros alertam para o risco de um ativismo judicial excessivo – que poderia desequilibrar a harmonia entre os Poderes da República. Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal, serve como baliza para evitar a usurpação de funções típicas do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário (SAMPOSI, 2019).

A aplicação direta dos princípios constitucionais trouxe consigo desafios interpretativos significativos. Os operadores do Direito passaram a lidar com conceitos

jurídicos indeterminados e com a necessidade de ponderação entre princípios em aparente conflito – o que exige um elevado grau de hermenêutica e fundamentação nas decisões. Exemplos notórios incluem a colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, onde cabe ao Judiciário equilibrar tais interesses de acordo com os valores constitucionais (DITTRICHT, 1998).

A doutrina jurídica também evoluiu para acompanhar essa realidade. Autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy contribuíram para a compreensão dos princípios como mandados de otimização – normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Essa perspectiva reforça a ideia de que os princípios não são meras diretrizes, mas sim normas vinculantes que orientam a interpretação e aplicação do Direito em sua totalidade (PEDRON, OMMATI, 2020).

Ademais, a constitucionalização do Direito influenciou diretamente a elaboração legislativa. O legislador passou a ter o dever de produzir leis em conformidade com os princípios constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade. Esse fenômeno fortaleceu o controle de constitucionalidade preventivo e repressivo, assegurando que o ordenamento jurídico se mantenha coeso e alinhado aos valores fundamentais estabelecidos na Constituição (FISCHER, 2006).

1.2 O Reconhecimento Substantivo dos Direitos Fundamentais no Contexto das Constituições

O reconhecimento substantivo dos direitos fundamentais no contexto das Constituições modernas representa um avanço significativo na busca pela concretização da justiça social e pela proteção da dignidade humana. As Constituições contemporâneas não se limitam mais a organizar o poder estatal – elas incorporam valores e princípios que refletem os anseios mais profundos da sociedade, conferindo aos direitos fundamentais um status normativo superior e exigindo sua efetivação imediata (MENDES, 2011).

A Constituição Federal de 1988 é um exemplo emblemático desse movimento de valorização dos direitos fundamentais. Ao inaugurar um modelo jurídico pautado pelo neoconstitucionalismo, o texto constitucional brasileiro consagra um amplo catálogo de direitos – civis, políticos, sociais, econômicos e culturais – que devem ser respeitados e promovidos por todos os poderes. O artigo 5º, caput, assegura que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", estabelecendo um compromisso inarredável com a igualdade e a não discriminação (BARROSO, 2006).

Esse reconhecimento substantivo rompe com a visão meramente formal dos direitos, que os tratava como declarações abstratas sem força vinculante. Agora, os direitos fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata – conforme determina o §1º do artigo 5º da Constituição Federal. Isso significa que tais direitos não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exigíveis, impondo deveres concretos ao Estado e aos particulares (WELSCH, 2007).

Não obstante, a efetivação desses direitos enfrenta desafios práticos e teóricos. A colisão entre direitos fundamentais – situação em que dois ou mais direitos entram em aparente conflito – exige uma interpretação ponderada por parte do Judiciário. O princípio da proporcionalidade torna-se, então, ferramenta essencial para equilibrar os interesses em jogo, evitando que a proteção de um direito implique na supressão injustificada de outro.

Por exemplo, o direito à liberdade de expressão deve ser harmonizado com o direito à honra e à privacidade, evitando abusos que possam ferir a dignidade alheia (PAUL, 2006).

Ademais, o reconhecimento substantivo dos direitos fundamentais influencia diretamente a atividade legislativa. O princípio da constitucionalidade das leis impõe ao legislador o dever de criar normas que respeitem e promovam os direitos consagrados na Constituição. A inobservância desse dever sujeita a lei ao controle de constitucionalidade – podendo ser declarada inválida pelo Poder Judiciário. Isso reforça a supremacia constitucional e assegura que todo o ordenamento jurídico esteja em consonância com os valores fundamentais da sociedade (LOPES, 2004).

É importante salientar o papel das cortes constitucionais nesse contexto. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, exerce função primordial na proteção dos direitos fundamentais – interpretando o texto constitucional de maneira a garantir sua eficácia. Decisões paradigmáticas, como a que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 132), demonstram como o Judiciário pode atuar na concretização de direitos e na atualização do ordenamento jurídico frente às demandas sociais (JUNIOR, LACERDA, 2018).

Além de sua função interpretativa, o Supremo Tribunal Federal também contribui para a preservação da memória histórica de decisões que marcam o avanço dos direitos no Brasil. A decisão que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar foi certificada pela Unesco como patrimônio documental, inscrita no Programa Memória do Mundo, reforçando sua relevância não apenas jurídica, mas também cultural e social. Esse reconhecimento internacional simboliza a importância da proteção dos direitos fundamentais e o impacto que decisões judiciais podem ter na transformação e descolonização mental da sociedade, como destacou o ministro Ayres Britto. Ao inscrever tais decisões como marcos históricos, o STF não apenas assegura a igualdade perante a lei, mas também contribui para uma sociedade mais plural e democrática (STF, 2018).

Entretanto, a atuação judicial deve ser equilibrada para evitar o chamado ativismo judicial excessivo – fenômeno em que o Judiciário extrapola suas funções e invade competências dos outros poderes. A legitimidade democrática das decisões judiciais está atrelada ao respeito aos limites institucionais e à fundamentação sólida, baseada nos preceitos constitucionais. O artigo 2º da Constituição estabelece a independência e harmonia entre os poderes, devendo ser observado para manter o equilíbrio institucional (CAMPOS, 2012).

A participação da sociedade civil também é crucial para a efetivação dos direitos fundamentais. Mecanismos como a ação popular, o mandado de injunção e o habeas data permitem que os cidadãos atuem diretamente na defesa de seus direitos – fortalecendo a democracia participativa. Além disso, a educação em direitos humanos promove a conscientização e empodera os indivíduos para exigir o cumprimento das garantias constitucionais (DAGNINO, 2004).

1.3 O Protagonismo Judicial Frente aos Demais Poderes Constituídos

O protagonismo judicial no cenário brasileiro contemporâneo emerge como um fenômeno incontestável – sobretudo diante da complexidade das demandas sociais e da omissão frequente dos outros poderes constituídos. O Poder Judiciário, especialmente através do Supremo Tribunal Federal (STF), tem assumido um papel central na

interpretação e efetivação dos direitos fundamentais, muitas vezes ultrapassando os limites tradicionais da jurisdição e adentrando esferas que, em tese, seriam de competência do Poder Legislativo ou Executivo (KOERNER, 2013).

Essa assertividade judicial pode ser compreendida à luz da teoria dos freios e contrapesos, prevista implícita e explicitamente na Constituição Federal de 1988. Enquanto o artigo 2º consagra a independência e harmonia entre os poderes, a própria Carta Magna outorga ao Judiciário a função de guardião da Constituição – atribuindo-lhe, portanto, a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes quando confrontarem os preceitos constitucionais. Não obstante, surge a questão: até que ponto esse protagonismo é legítimo e desejável? (SOARES, 2010).

Alguns juristas defendem que o ativismo judicial é uma resposta necessária à inércia legislativa e às deficiências do Executivo em garantir direitos básicos. A judicialização de políticas públicas – como saúde, educação e meio ambiente – seria, portanto, um mecanismo de concretização dos direitos fundamentais. O artigo 5º, §1º, da Constituição, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, reforça essa interpretação. Ademais, decisões emblemáticas do STF têm sido cruciais para avançar em temas sensíveis, como a união homoafetiva e o reconhecimento dos direitos indígenas (BARROSO, 2012).

Contudo, críticos argumentam que esse protagonismo excessivo pode desequilibrar a balança entre os poderes, colocando em risco o princípio democrático. Ao interferir em questões tipicamente políticas, o Judiciário poderia usurpar a função representativa do Legislativo – órgão composto por membros eleitos pelo povo. Além disso, decisões monocráticas e sem ampla deliberação colegiada reforçam a percepção de que alguns ministros atuam mais como "legisladores positivos" do que como intérpretes da lei (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015).

Nesse contexto, Streck, Tassinari e Lepper (2015) ainda argumentam que:

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p56.)

Ademais, a Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, estabelece em seu artigo 22 que as decisões devem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros do tribunal. Essa exigência visa garantir a colegialidade e a legitimidade das decisões que impactam todo o ordenamento jurídico. Entretanto, a prática das decisões monocráticas – muitas vezes em medidas cautelares – tem relativizado esse princípio, permitindo que um único ministro suspenda a eficácia de leis ou atos normativos (MARCÍLIO, 2009).

Nesse contexto, é válido questionar se o protagonismo judicial não estaria avançando sobre a competência dos demais poderes – especialmente quando consideramos a reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Este dispositivo determina que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade

de lei ou ato normativo. A desconsideração desse preceito fragiliza a legitimidade democrática das decisões judiciais e pode gerar insegurança jurídica (MACHADO, 2010).

Por outro lado, não se pode ignorar que o Poder Legislativo, por vezes, se mostra incapaz de responder às demandas sociais com a celeridade e a profundidade necessárias. A morosidade na aprovação de leis fundamentais e a influência de interesses particulares – fruto do clientelismo e do fisiologismo político – limitam a eficácia do processo legislativo. Nesse vácuo institucional, o Judiciário é frequentemente instado a agir para proteger direitos e garantir a justiça (RABONI, 2012).

É crucial, portanto, buscar um equilíbrio que permita ao Judiciário cumprir seu papel constitucional sem sobrepor-se indevidamente aos demais poderes. A teoria da separação dos poderes não implica uma atuação estanque e isolada de cada um – mas sim uma interação harmônica e colaborativa. Como bem observa o jurista Luís Roberto Barroso, é necessário promover um "diálogo institucional" que respeite as competências e as limitações de cada poder, em prol da concretização dos valores constitucionais (BARROSO, 2012).

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Origem e Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

A origem do controle de constitucionalidade no Brasil remonta ao período pós-independência, quando o país buscava consolidar suas instituições jurídicas e políticas – em meio a influências estrangeiras e desafios internos. A primeira Constituição brasileira, de 1824, apesar de avançada para a época, não previa explicitamente um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis; contudo, já se vislumbrava a necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico com os preceitos constitucionais (MAUÉS, 2010).

Inspirado no modelo estadunidense, o Brasil adotou gradualmente a ideia de que as leis inferiores deveriam submeter-se à Constituição – norma suprema do país. Nesse contexto, o caso "Marbury v. Madison" (1803), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, serviu como referência teórica fundamental; esse julgamento estabeleceu o princípio do judicial review, conferindo ao Poder Judiciário a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis que conflitassem com a Constituição. Essa concepção influenciou juristas e legisladores brasileiros, que buscavam adequar o sistema jurídico nacional às exigências de um Estado de Direito (JUNIOR, 2007).

A Constituição de 1891, primeira da República, trouxe avanços significativos – ainda que tímidos – ao incorporar o controle difuso de constitucionalidade. Nesse modelo, qualquer juiz ou tribunal poderia, em caso concreto, deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional. Esse mecanismo fortalecia a proteção dos direitos individuais e garantia a supremacia da Constituição; entretanto, a ausência de efeitos erga omnes e vinculantes limitava o alcance das decisões judiciais nesse sentido (CALIL, FRANZÉ, 2018).

Ao longo do século XX, o Brasil vivenciou momentos de instabilidade política e jurídica, o que influenciou diretamente a evolução do controle de constitucionalidade. A Constituição de 1934 introduziu o controle concentrado, criando a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) – instrumento que permitia ao Supremo Tribunal Federal analisar a compatibilidade de leis com a Constituição, independentemente de caso concreto. Essa inovação buscava conferir maior segurança jurídica e uniformidade na

interpretação constitucional; no entanto, o contexto político autoritário limitou sua efetividade (TOMIO, FILHO, KANAYAMA, 2015);

Com a promulgação da Constituição de 1988 – marco do processo de redemocratização – o controle de constitucionalidade brasileiro foi amplamente aprimorado. A Carta Magna consolidou um sistema híbrido, combinando os modelos difuso e concentrado; além disso, ampliou o rol de legitimados para propor ações diretas e criou novos instrumentos, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Esses mecanismos fortaleceram o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e garantidor dos direitos fundamentais (LEAL, 2022).

As bases teóricas do controle de constitucionalidade no Brasil estão enraizadas nos princípios da supremacia constitucional e da separação dos poderes – este último previsto no artigo 2º da Constituição Federal. A supremacia constitucional estabelece que a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico, devendo todas as demais leis e atos normativos conformar-se a ela; já a separação dos poderes assegura o equilíbrio entre as funções legislativa, executiva e judiciária, evitando abusos e arbitrariedades (LOPES, 2009).

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade atua como mecanismo essencial para preservar a hierarquia normativa e proteger os direitos fundamentais. Ao conferir ao Poder Judiciário a competência para fiscalizar a conformidade das leis com a Constituição, assegura-se que o legislador não ultrapasse os limites constitucionais – garantindo a observância dos princípios democráticos e republicanos. Além disso, promove-se a estabilidade jurídica e a confiança nas instituições, elementos essenciais para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária (TEIXEIRA, POLICARPO, 2012).

A evolução do instituto ao longo do tempo refletiu as demandas sociais e políticas do país, bem como as influências doutrinárias e comparativas. Juristas como Rui Barbosa e Pontes de Miranda contribuíram significativamente para o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade – seja através de suas obras, seja por sua atuação prática. Ademais, a incorporação de princípios e valores internacionais de direitos humanos ampliou o horizonte interpretativo, enriquecendo a fundamentação das decisões judiciais (DINIZ, 2014).

2.2 O Modelo Difuso

O modelo difuso de controle de constitucionalidade, também conhecido como controle incidental ou concreto, representa uma característica marcante do sistema jurídico brasileiro – herdado da influência norte-americana e adaptado às peculiaridades do nosso ordenamento. Nesse modelo, a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, no contexto de um caso concreto submetido à sua apreciação. Não se trata apenas de uma prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, mas de um poder-dever disseminado por todo o Judiciário (CHICANATO, 2014).

Essa dispersão do controle – daí o termo "difuso" – permite que a constitucionalidade seja questionada em múltiplas instâncias e situações processuais. Por meio desse mecanismo, o cidadão tem a possibilidade de invocar diretamente a supremacia da Constituição em sua defesa, assegurando a proteção de seus direitos fundamentais. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, consagra o princípio da

inafastabilidade da jurisdição, garantindo que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem apreciação judicial (ABBOUD, OLIVEIRA, 2014).

Uma das características distintivas do modelo difuso é que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos inter partes – ou seja, vinculam apenas as partes envolvidas no processo. Contudo, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal se pronuncia sobre a matéria, ainda que em sede difusa, inaugura-se uma orientação jurisprudencial que tende a ser seguida pelos demais órgãos judiciais. Além disso, a edição de súmulas vinculantes – previstas no artigo 103-A da Constituição – pode conferir efeitos erga omnes a determinadas decisões, ampliando seu alcance (MENDES, 2016).

Não obstante, o modelo difuso enfrenta desafios significativos em termos de segurança jurídica e uniformidade das decisões. A possibilidade de julgamentos divergentes sobre a mesma questão constitucional pode gerar insegurança e instabilidade no ordenamento jurídico. Nesse contexto, o incidente de arguição de inconstitucionalidade – regulamentado pelo Código de Processo Civil – permite que, diante de dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma, o juiz suspenda o processo e encaminhe a questão ao órgão especial ou pleno do tribunal competente, buscando uma decisão colegiada e mais consistente (CUNHA, 2007).

Ademais, a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Essa exigência reforça a necessidade de deliberação ampliada em temas constitucionais, evitando decisões precipitadas ou individualizadas que possam comprometer a integridade do sistema jurídico (HEKMAN, FILHO, 2002);

É pertinente destacar que o modelo difuso coexiste, no Brasil, com o modelo concentrado de controle de constitucionalidade – formando um sistema híbrido que busca combinar as virtudes de ambos. Enquanto o controle difuso permite uma fiscalização mais ampla e acessível, o controle concentrado – realizado pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas – proporciona maior uniformidade e segurança jurídica. Essa dualidade enriquece o ordenamento jurídico, mas também exige coordenação e coerência entre os diversos mecanismos de controle (COSTA, CHADDAD, 2012).

No panorama contemporâneo, a utilização crescente do modelo difuso reflete a importância da participação ativa do Judiciário na garantia dos direitos constitucionais. Juízes de primeira instância e tribunais regionais desempenham papel fundamental na defesa da Constituição, sobretudo em questões que afetam diretamente a vida dos cidadãos. Entretanto, é crucial que essa atuação seja pautada por responsabilidade e rigor técnico, evitando decisões contraditórias ou fundamentações frágeis (COPI, KLEIN, 2014).

Por outro lado, há críticas quanto à morosidade e à complexidade que o modelo difuso pode introduzir nos processos judiciais. A possibilidade de sucessivos recursos e a multiplicidade de decisões sobre a mesma matéria podem prolongar litígios e gerar custos elevados para as partes envolvidas. Nesse sentido, reformas processuais e o fortalecimento de precedentes vinculantes – como as súmulas e o instituto do julgamento por amostragem – têm sido propostos como soluções para aprimorar o sistema (JUNIOR, 2022).

2.3 O Modelo Concentrado

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade configura-se como pilar fundamental no ordenamento jurídico brasileiro – especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sistema, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência exclusiva para julgar, em abstrato, a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição, sem a necessidade de um caso concreto como premissa. Essa centralização visa garantir uniformidade interpretativa e segurança jurídica, evitando decisões contraditórias que poderiam emergir no modelo difuso (MENDES, 2016).

A inspiração para o modelo concentrado brasileiro advém do sistema austríaco, idealizado por Hans Kelsen, que propôs um Tribunal Constitucional especializado na guarda da Constituição. No Brasil, esse modelo foi incorporado gradualmente, mas ganhou maior robustez com a Carta de 1988. Através das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o STF exerce o controle concentrado, conforme regulamentado pela Lei nº 9.868/1999 e pela Lei nº 9.882/1999 (PEREIRA, JUNIOR, 2019).

Uma característica marcante do controle concentrado é a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de normas com efeitos erga omnes e vinculantes – ou seja, a decisão possui eficácia geral e obriga todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Essa atribuição encontra respaldo no artigo 102 da Constituição Federal, que estabelece a competência do STF para processar e julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (FERNANDES, 2007).

A legitimidade para propor ações no modelo concentrado é restrita a um rol taxativo previsto no artigo 103 da Constituição, incluindo o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Procurador-Geral da República, entre outros. Essa limitação objetiva evitar a banalização do controle concentrado e assegurar que apenas questões de relevante interesse constitucional sejam submetidas ao STF – garantindo, assim, a eficiência e a celeridade nos julgamentos (NUNES, BRANDÃO, 2018).

No contexto do controle concentrado, a abstração do caso concreto permite ao STF atuar como verdadeiro guardião da Constituição, interpretando os dispositivos constitucionais de forma sistemática e coerente (COSTA, 2001). Decisões paradigmáticas, como nas ADIs que trataram da Lei da Ficha Limpa (ADI 4578) e da união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277), demonstram o impacto significativo desse modelo na concretização dos direitos fundamentais e na evolução do ordenamento jurídico brasileiro (OLIVEIRA, 2013; ROMANELLI, KARPSTEIN, 2020).

Contudo, o modelo concentrado não está isento de críticas. A sobrecarga de processos no STF – reflexo do amplo acesso ao controle concentrado – pode comprometer a celeridade e a qualidade das decisões. Além disso, questiona-se a concentração excessiva de poder em um único órgão, o que poderia afetar o princípio da separação dos poderes e a dinâmica do sistema de freios e contrapesos. Nesse sentido, alguns defendem a necessidade de reformulações institucionais que distribuam de maneira mais equilibrada as competências entre os tribunais superiores (COSTA, CARVALHO, 2016).

Outra questão relevante é a interação entre o modelo concentrado e o difuso. Embora ambos coexistam no sistema brasileiro, há desafios na harmonização das decisões e na prevenção de conflitos jurisprudenciais. A Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, buscou enfrentar essa problemática ao fortalecer os precedentes judiciais e introduzir mecanismos como o incidente de resolução de demandas repetitivas

– promovendo maior uniformidade e estabilidade nas interpretações (ISHIKAWA, JÚNIOR, 2019).

É importante salientar que o modelo concentrado fortalece a segurança jurídica ao estabelecer precedentes vinculantes que orientam todo o sistema jurídico. A eficácia erga omnes das decisões contribui para a previsibilidade das relações jurídicas e para a proteção dos direitos fundamentais – valores essenciais em um Estado Democrático de Direito. Além disso, o controle concentrado permite uma resposta mais rápida e eficaz a questões de alta relevância constitucional, evitando a dispersão e a fragmentação decorrentes do modelo difuso (MENDES, 2016).

2.4 Controle de Constitucionalidade e Deliberação

O controle de constitucionalidade no Brasil transcende a mera análise técnica de normas jurídicas – ele se configura como um espaço privilegiado de deliberação sobre os valores fundamentais consagrados na Constituição. Nesse âmbito, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), atua não apenas como intérprete das leis, mas também como mediador entre as demandas sociais e a normatividade constitucional. Essa função deliberativa evidencia-se quando decisões judiciais refletem debates profundos acerca de questões éticas, políticas e sociais que permeiam a sociedade brasileira (BARROSO, 2006).

A arena judicial torna-se, portanto, um palco onde se confrontam diferentes visões de mundo e interesses diversos. As ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), por exemplo, não se limitam a discutir a compatibilidade formal de uma lei com a Constituição – elas envolvem a ponderação de princípios, direitos e valores que podem estar em tensão. Nesse contexto, o STF exerce um papel dialógico, ouvindo as partes interessadas, acolhendo manifestações de *amicus curiae* e promovendo audiências públicas que enriquecem o debate constitucional (MENDES, 2016).

Essa dinâmica deliberativa aproxima o controle de constitucionalidade de um verdadeiro fórum democrático. As decisões judiciais passam a incorporar – direta ou indiretamente – as vozes de grupos sociais, movimentos civis e instituições que representam segmentos significativos da população. A jurisprudência sobre temas como cotas raciais, direitos LGBTQIA+ e descriminalização de condutas evidencia como o Judiciário pode ser sensível às transformações sociais e às reivindicações por reconhecimento e igualdade (SILVA, 2021).

Entretanto, essa aproximação entre controle de constitucionalidade e deliberação democrática não está isenta de críticas. Alguns argumentam que o Judiciário não possui legitimidade democrática para atuar como instância deliberativa – uma vez que seus membros não são eleitos pelo povo. Outros apontam o risco de que juízes imponham suas convicções pessoais em detrimento das decisões tomadas pelos representantes eleitos no Legislativo. Esse tensionamento revela a complexidade de equilibrar a necessidade de proteção dos direitos fundamentais com o respeito ao princípio da separação dos poderes (MARONA, ROCHA, 2014).

Não obstante, é inegável que o controle de constitucionalidade pode servir como catalisador para o aprimoramento da democracia. Ao assegurar que as leis e atos normativos estejam em consonância com a Constituição – expressão máxima da vontade popular – o Judiciário contribui para a construção de um Estado de Direito sólido e legítimo.

Além disso, ao incorporar elementos deliberativos em seus procedimentos, o STF amplia a participação social e promove a transparência em suas decisões (IBIAPINA, 2023).

A articulação entre demandas sociais e normatividade constitucional também se manifesta na interpretação evolutiva dos direitos fundamentais. O conceito de dignidade da pessoa humana, por exemplo, tem sido constantemente revisitado para abarcar novas perspectivas e realidades – como a proteção de minorias e a garantia de direitos difusos. Essa capacidade adaptativa do controle de constitucionalidade permite que a Constituição permaneça relevante e eficaz diante das mudanças sociais (DIMOULIS, LUNARDI, 2008).

Ademais, o diálogo institucional entre o Judiciário e os demais poderes é essencial para a efetividade do controle de constitucionalidade como espaço de deliberação. O Legislativo e o Executivo podem – e devem – considerar as orientações emanadas das decisões judiciais ao elaborar políticas públicas e legislações. Essa interação não significa subordinação, mas sim uma colaboração mútua em prol da concretização dos valores constitucionais (RESENDE 2017).

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 A Problemática do Ativismo Judicial

A crescente frequência de decisões monocráticas – proferidas individualmente por ministros ou juízes – exacerba essa problemática. Quando um único magistrado toma para si a responsabilidade de decidir sobre questões de grande relevância social ou política, sem a deliberação colegiada prevista em lei, cria-se um cenário em que a vontade individual pode sobrepor-se à coletiva. Essa dinâmica desafia a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição, que exige a manifestação da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (TASSINARI, LIMA, 2011).

Alguns defensores do ativismo judicial argumentam que tal postura é necessária para suprir lacunas deixadas pelos outros poderes – especialmente em contextos de inércia legislativa ou omissão administrativa. Nessas situações, o Judiciário atuaria como garantidor dos direitos fundamentais e da efetividade das normas constitucionais. Contudo, essa justificativa não pode servir de pretexto para a usurpação de competências ou para o desrespeito aos processos democráticos estabelecidos (CAMPOS, 2012).

A utilização recorrente de decisões liminares em caráter monocrático – muitas vezes sem a devida fundamentação ou análise aprofundada – pode gerar insegurança jurídica e instabilidade normativa. Ao suspender leis ou políticas públicas de forma abrupta, sem o debate plural e a reflexão coletiva que o tema exige, o magistrado coloca em risco a previsibilidade do ordenamento jurídico e a confiança nas instituições. Além disso, tal prática pode ser vista como afronta ao princípio da legalidade e ao devido processo legal, pilares do Estado de Direito (CESTARI, 2023).

É preciso considerar que o ativismo judicial, quando desmedido, pode comprometer a legitimidade democrática do Judiciário. Magistrados não são eleitos pelo povo – sua autoridade deriva da Constituição e das leis. Portanto, ao assumirem papel de protagonistas em questões políticas sensíveis, sem o respaldo da representação popular, podem ser acusados de desrespeitar a vontade soberana expressa nas urnas. Essa tensão entre

legalidade e legitimidade é uma das facetas mais delicadas da problemática do ativismo judicial (BARROSO, 2012).

Por outro lado, não se pode ignorar que o Judiciário tem o dever constitucional de proteger os direitos fundamentais e assegurar a supremacia da Constituição – conforme estabelece o artigo 102 da Carta Magna. Em situações em que direitos básicos estão ameaçados ou onde há evidente violação dos preceitos constitucionais, a intervenção judicial é não apenas legítima, mas necessária. O desafio reside em equilibrar essa função protetiva com o respeito às competências dos demais poderes e à própria estrutura democrática (CAMBI, 2019).

A doutrina jurídica tem buscado caminhos para enfrentar essa questão. Alguns autores propõem a adoção de um "minimalismo judicial", em que os magistrados atuam com maior deferência às decisões políticas e legislativas, limitando-se a intervir apenas quando estritamente necessário. Assim defende Bunchaft (2011). Vejamos:

Nessa linha de raciocínio, para o Professor da Harvard Law School, certas formas de minimalismo "podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis (BUNCHAFT, 2011, p. 155).

Outros defendem a necessidade de critérios mais rigorosos para a concessão de medidas liminares e para a prolação de decisões monocráticas em matéria constitucional – reforçando a colegialidade e a deliberação ampliada (NUNES, 2011).

A problemática do ativismo judicial nos convida a repensar as formas de interação entre os poderes e a importância de mecanismos de freios e contrapesos eficazes. A busca por um Judiciário forte e independente não deve obscurecer a necessidade de preservar a harmonia institucional e a legitimidade democrática. É fundamental que os magistrados exerçam sua função com responsabilidade, consciência dos limites de sua atuação e respeito aos princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil (BEZERRA, 2024).

3.2 A Importância da Cláusula de Reserva de Plenário para a Legitimidade Democrática das Decisões do STF

A cláusula de reserva de plenário, insculpida no artigo 97 da Constituição Federal, desempenha um papel fundamental na salvaguarda da legitimidade democrática das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Esse dispositivo constitucional exige que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo seja realizada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal – garantindo, assim, uma deliberação colegiada e mais representativa. Ao centralizar essa competência no plenário, evita-se que decisões monocráticas ou de turmas reduzidas possam, isoladamente, invalidar normas emanadas do Poder Legislativo (LEITE, 2011).

Essa exigência não é mera formalidade processual; ela reflete o princípio da colegialidade e reforça a ideia de que decisões de grande impacto constitucional devem ser fruto de um debate amplo entre os ministros – permitindo a exposição de diferentes perspectivas e enriquecendo a fundamentação jurídica. Nesse sentido, a cláusula atua como um contrapeso ao poder individual de cada magistrado, evitando que visões pessoais possam sobrepor-se à vontade coletiva do tribunal e, por extensão, à soberania popular expressa nas leis (MIRANDA, 2019).

A importância dessa cláusula torna-se ainda mais evidente quando consideramos o equilíbrio entre os poderes constituídos. O Legislativo, como representante direto do povo, possui a atribuição de criar leis; ao exigir que a declaração de inconstitucionalidade seja feita pelo plenário, a Constituição assegura que tal decisão seja tomada com a devida cautela e reflexão – evitando interferências indevidas no processo legislativo. Assim, a reserva de plenário fortalece o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Carta Magna, e promove a harmonia institucional (SANTOS, 2022).

Ademais, a cláusula de reserva de plenário contribui para a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Quando o STF se manifesta de forma colegiada, produz jurisprudência mais consistente e uniforme – o que facilita a compreensão e a aplicação do direito pelos demais tribunais e pela sociedade. Isso é particularmente relevante em um país de dimensões continentais como o Brasil, onde decisões conflitantes podem gerar insegurança e afetar a confiança nas instituições (MIRANDA, 2018).

Não podemos ignorar que a eficácia da cláusula de reserva de plenário também está relacionada à transparência e à legitimidade das decisões. Deliberações plenárias são, em regra, públicas e acompanhadas pela mídia e pela sociedade civil – permitindo um escrutínio maior sobre os argumentos utilizados e sobre a postura dos ministros. Essa visibilidade promove o controle social e reforça a responsabilidade dos magistrados em fundamentar adequadamente suas posições (LEITE, 2011).

Entretanto, a prática de proferir decisões monocráticas em matérias de alta relevância constitucional tem suscitado debates acerca do respeito à cláusula de reserva de plenário. Quando ministros decidem isoladamente sobre a suspensão de leis ou políticas públicas – mesmo que em caráter liminar –, podem estar enfraquecendo o espírito colegiado previsto na Constituição. Essa situação levanta questionamentos sobre a legitimidade democrática dessas decisões e sobre a necessidade de mecanismos que assegurem a observância da reserva de plenário (NETO, 2020).

É válido mencionar que o próprio Regimento Interno do STF prevê situações excepcionais em que decisões monocráticas são permitidas; contudo, essas exceções não devem se tornar a regra. A ponderação entre celeridade processual e legitimidade democrática é delicada – mas a prevalência do interesse público e do respeito aos procedimentos constitucionais deve nortear a atuação dos magistrados. O compromisso com a cláusula de reserva de plenário é, portanto, um compromisso com a própria Constituição e com os valores democráticos que ela encerra (COSTA, 2018).

3.3 O Que é uma Decisão Monocrática? Elas Estão Regulamentadas?

Uma decisão monocrática é aquela proferida individualmente por um magistrado – seja um juiz singular ou um ministro de tribunal superior – sem a participação do colegiado ao qual pertence. No contexto do Supremo Tribunal Federal (STF), essas decisões são

tomadas por um único ministro, que atua como relator do caso. Essa prática, embora prevista em normativas legais e regimentais, levanta questões sobre sua adequação e impacto no controle de constitucionalidade, especialmente quando envolve temas de grande relevância social e política (JUNIOR, 2021).

A regulamentação das decisões monocráticas encontra amparo no Regimento Interno do STF e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O artigo 21, inciso I, do Regimento Interno do STF, confere ao relator a possibilidade de decidir questões de urgência ou que não demandem maior deliberação. Além disso, o artigo 932 do CPC autoriza os relatores a proferirem decisões unipessoais em casos específicos – como nos recursos manifestamente inadmissíveis ou prejudicados. Essas normativas buscam conferir celeridade processual e desafogar o volume de processos nos tribunais superiores (MELO, 2018).

No entanto, a utilização de decisões monocráticas em matérias de controle de constitucionalidade suscita debates acalorados. A cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Dessa forma, a atribuição de poder decisório a um único ministro em temas constitucionais pode colidir com esse preceito constitucional – colocando em xeque a legitimidade dessas decisões (SANTOS, 2022).

É pertinente analisar o impacto das decisões monocráticas no contexto do controle de constitucionalidade. Quando um ministro suspende, individualmente, a eficácia de uma lei ou ato normativo, está, de certo modo, exercendo um poder que a Constituição reserva ao colegiado. Essa concentração de poder pode afetar o princípio da colegialidade e gerar insegurança jurídica – sobretudo se considerarmos que decisões monocráticas podem ser revogadas ou modificadas pelo plenário, criando instabilidade normativa (COSTA, CARVALHO, 2016).

A prática de decisões monocráticas em controle de constitucionalidade também levanta preocupações quanto ao equilíbrio entre os poderes. Ao invalidar normas produzidas pelo Legislativo ou atos do Executivo sem a deliberação coletiva do tribunal, há o risco de exacerbar o protagonismo judicial – fenômeno já discutido anteriormente. Essa dinâmica pode tensionar a relação entre os poderes e suscitar críticas sobre a atuação do Judiciário como legislador positivo (LIMA, 2011).

Apesar desses desafios, é importante reconhecer que as decisões monocráticas atendem a necessidades práticas do sistema judiciário. Em situações de urgência ou em casos em que a demora na decisão possa causar danos irreparáveis, a atuação individual do magistrado é fundamental para a efetividade da justiça. O ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, já defendeu a legitimidade das decisões monocráticas em medidas cautelares – desde que submetidas posteriormente ao crivo do colegiado (ARCHEGAS, 2020).

A regulamentação dessa prática, contudo, carece de maior precisão. Enquanto o Regimento Interno do STF e o CPC fornecem diretrizes gerais, não há uma delimitação clara sobre os limites da atuação monocrática em controle de constitucionalidade. Essa lacuna normativa abre espaço para interpretações divergentes e para a expansão do poder individual dos ministros – o que pode ser problemático do ponto de vista democrático (ARABI, 2013).

Diante desse cenário, parte da doutrina jurídica propõe a revisão das normativas que regulamentam as decisões monocráticas. Sugere-se a criação de regras mais restritivas que delimitem as hipóteses de atuação individual em matérias constitucionais –

reforçando a necessidade de deliberação colegiada nos casos de maior relevância. Outros argumentam que a solução passa pela autorregulação do tribunal, com a adoção de práticas internas que privilegiem a colegialidade sem comprometer a eficiência processual (CARVALHO, 2017).

3.4 Análise das Propostas de Emenda à Constituição nº 06/2020 e nº 08/2021, e do Projeto de Lei nº 816/2021

As Propostas de Emenda à Constituição nº 06/2020 e nº 08/2021, juntamente com o Projeto de Lei nº 816/2021, emergem como iniciativas legislativas que visam reconfigurar o controle de constitucionalidade no Brasil – colocando em foco a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) nas decisões monocráticas. Essas propostas refletem uma preocupação crescente do Legislativo em relação ao que é percebido como um ativismo judicial excessivo, buscando estabelecer limites mais claros para a intervenção individual dos ministros em matérias de grande relevância constitucional (SANTOS, 2022; PEREIRA, BARBOSA, 2024).

A PEC nº 06/2020 propõe alterações significativas no processo decisório do STF, sugerindo que decisões que suspendam a eficácia de leis ou atos normativos somente possam ser tomadas pelo plenário, exigindo-se um quórum qualificado. Essa iniciativa pretende fortalecer o princípio da colegialidade, garantindo que temas sensíveis sejam debatidos amplamente – evitando que um único ministro possa, através de uma decisão monocrática, gerar impactos profundos no ordenamento jurídico. Tal medida busca resgatar a legitimidade democrática das decisões, alinhando-as com o disposto no artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade (SANTOS, 2022).

Por sua vez, a PEC nº 08/2021 propõe restringir a possibilidade de concessão de medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade e outras ações de controle concentrado. A intenção é limitar o uso de decisões provisórias que, sem a deliberação colegiada, possam suspender a eficácia de normas legitimamente aprovadas pelo Congresso Nacional. Essa proposta surge em resposta a críticas de que o uso excessivo de liminares monocráticas estaria desequilibrando a relação entre os poderes – atribuindo ao Judiciário um papel que extrapola suas funções constitucionais (GUILHERME, 2024).

O Projeto de Lei nº 816/2021 avança nessa direção ao estabelecer critérios mais rígidos para a atuação dos ministros em decisões individuais. Entre as medidas sugeridas, destaca-se a obrigatoriedade de que decisões monocráticas sejam referendadas pelo colegiado em prazo determinado – sob pena de perda de eficácia. Além disso, o projeto propõe a transparência integral dos processos, incluindo a divulgação dos votos e dos fundamentos utilizados pelos magistrados. Essas alterações objetivam aprimorar a *accountability* do Judiciário, tornando suas ações mais acessíveis ao escrutínio público (MEDEIROS, 2022).

Essas iniciativas legislativas não surgem no vácuo; elas são fruto de um ambiente político marcado por tensões entre os poderes e por debates sobre o papel do STF na condução de temas de alta sensibilidade social e política. Ao propor mudanças estruturais no funcionamento do tribunal, as propostas buscam recalibrar o sistema de freios e contrapesos – reforçando a primazia do Legislativo na elaboração das leis e limitando a possibilidade de interferências judiciais consideradas excessivas (KOERNER, 2013).

No entanto, as propostas enfrentam resistência por parte de setores que veem nelas uma ameaça à independência judicial e à capacidade do STF de proteger os direitos fundamentais. Argumenta-se que limitar a atuação monocrática dos ministros pode engessar a resposta do Judiciário em situações de urgência – onde medidas imediatas são necessárias para evitar danos irreparáveis. Além disso, há o receio de que tais mudanças possam minar a eficácia do controle de constitucionalidade, enfraquecendo a proteção conferida pela Constituição (SANTOS, 2008).

É importante notar que a discussão em torno dessas propostas levanta questões profundas sobre a natureza da democracia brasileira e sobre como equilibrar a legitimidade democrática com a garantia dos direitos fundamentais. Enquanto o Legislativo busca reafirmar sua autoridade, o Judiciário defende a necessidade de manter sua autonomia para exercer o papel de guardião da Constituição – função essencial em qualquer Estado Democrático de Direito (CUNHA, 2019).

A análise dessas propostas revela um momento crítico de reflexão institucional. Se por um lado há um clamor por maior responsabilidade e colegialidade nas decisões judiciais, por outro é imprescindível assegurar que o Judiciário mantenha a capacidade de atuar de forma efetiva na proteção dos direitos e garantias individuais. A solução pode residir em um diálogo interinstitucional mais intenso – onde os poderes busquem compreender as preocupações mútuas e trabalhem em conjunto para aprimorar o sistema de justiça (MAIA, 2016).

4 CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo deste trabalho evidencia a complexidade inerente à utilização de decisões monocráticas no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A prática, embora juridicamente amparada em certos dispositivos regimentais, suscita profundas reflexões acerca de sua compatibilidade com os princípios fundamentais da separação dos poderes e da colegialidade, pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O problema de pesquisa, que questionava se as decisões monocráticas proferidas pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade são compatíveis com os princípios constitucionais ou se violam a cláusula de reserva de plenário, foi elucidado. Ficou claro que, embora essas decisões possam ser justificadas em situações de urgência, sua prática recorrente sem subsequente ratificação pelo colegiado compromete a legitimidade democrática e pode representar uma afronta aos princípios constitucionais.

As hipóteses levantadas foram confirmadas pelos resultados encontrados. Constatou-se que a prolação de decisões monocráticas em controle de constitucionalidade, sem a devida apreciação colegiada, pode violar a cláusula de reserva de plenário e desequilibrar a harmonia entre os poderes. Contudo, reconheceu-se que em casos excepcionais e urgentes, tais decisões são necessárias, desde que submetidas posteriormente ao crivo do plenário.

O objetivo geral de examinar a (in)constitucionalidade dessas decisões foi alcançado, permitindo compreender os impactos que elas têm sobre a legitimidade democrática e o equilíbrio entre os poderes. Os objetivos específicos também foram atingidos: a investigação dos fundamentos históricos e teóricos do controle de constitucionalidade no Brasil proporcionou uma base sólida para a discussão; a

problemática do ativismo judicial e da cláusula de reserva de plenário foi amplamente debatida; e as propostas legislativas que visam modificar a atuação do STF foram analisadas em detalhe.

Apesar dessas limitações, o estudo abre caminho para futuras pesquisas que possam explorar em profundidade as consequências práticas das decisões monocráticas no sistema jurídico brasileiro. Outros pesquisadores podem investigar, por exemplo, o impacto dessas decisões na segurança jurídica e na percepção pública sobre a independência judicial.

A análise realizada evidenciou que as decisões monocráticas no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal levantam importantes questões sobre sua compatibilidade com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da colegialidade. Observou-se que a atuação individual dos ministros em temas de grande relevância pode afetar a legitimidade democrática das decisões judiciais e o equilíbrio institucional preconizado pela Constituição Federal.

Ao permitir que um único ministro suspenda a eficácia de leis ou atos normativos sem a deliberação do plenário, corre-se o risco de concentrar excessivamente o poder decisório, comprometendo a legitimidade democrática das decisões judiciais. A cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, não é mera formalidade procedimental – ela representa uma salvaguarda contra o arbítrio e assegura que questões de elevada relevância constitucional sejam apreciadas de forma ampla e plural.

Não obstante os argumentos que defendem a celeridade e a eficiência processual proporcionadas pelas decisões monocráticas, especialmente em situações de urgência, é imperativo ponderar os impactos dessa prática na harmonia institucional. O equilíbrio entre os poderes constitui alicerce indispensável para a estabilidade democrática, e qualquer desvio que potencialmente incline essa balança merece atenção criteriosa.

A recorrência de decisões monocráticas em temas sensíveis pode gerar insegurança jurídica, minando a previsibilidade do ordenamento e enfraquecendo a confiança da sociedade no Judiciário. Ademais, tal prática pode ser interpretada como um movimento de ativismo judicial exacerbado, em que o magistrado, ao atuar isoladamente, invade esferas de competência próprias do Legislativo e do Executivo.

As propostas legislativas analisadas – as PECs nº 06/2020 e nº 08/2021 e o PL nº 816/2021 – refletem uma preocupação legítima em resguardar a colegialidade das decisões e fortalecer a legitimidade democrática do STF. Ao estabelecer limites mais claros para a atuação monocrática e reforçar a necessidade de deliberação plenária, tais iniciativas buscam recalibrar o sistema de freios e contrapesos, sem tolher a imprescindível independência do Judiciário.

Entretanto, é crucial que quaisquer mudanças normativas sejam cuidadosamente avaliadas para evitar soluções simplistas que possam engessar a atuação judicial. A eficiência e a efetividade da tutela jurisdicional não devem ser sacrificadas em nome de formalismos excessivos – mas sim harmonizadas com o respeito aos princípios constitucionais e aos procedimentos democráticos.

Uma possível via para conciliar esses interesses reside no fortalecimento dos mecanismos internos do STF que promovam a colegialidade e a transparência, sem prejudicar a celeridade necessária em casos urgentes. A adoção de prazos mais rígidos para o referendo de decisões monocráticas pelo plenário e a ampliação do diálogo institucional entre os poderes podem contribuir para aprimorar a legitimidade das decisões e preservar a harmonia constitucional.

A reflexão sobre a necessidade de equilibrar a eficiência processual com a legitimidade democrática mostrou-se essencial. Entendeu-se que a atuação do STF deve ser pautada pelo respeito aos princípios constitucionais, garantindo que a proteção dos direitos fundamentais não comprometa a harmonia entre os poderes.

Outrossim, a discussão sobre a (in)constitucionalidade das decisões monocráticas no controle de constitucionalidade é sintomática de um debate mais amplo sobre o papel do Judiciário na sociedade contemporânea. É imprescindível que se promova uma reflexão contínua sobre os limites e as possibilidades da atuação judicial, reconhecendo sua importância na proteção dos direitos fundamentais, mas também os riscos de uma atuação desmedida.

Assim, a manutenção de um Judiciário forte e independente deve ser equilibrada com a observância dos princípios democráticos e com o respeito às competências dos demais poderes. Somente por meio desse equilíbrio dinâmico é que o Supremo Tribunal Federal poderá continuar a exercer sua função de guardião da Constituição, assegurando a efetividade dos direitos e a estabilidade das instituições democráticas.

A preservação dos princípios constitucionais e a busca pela legitimidade democrática das decisões judiciais não são objetivos antagônicos – ao contrário, são complementares e indispensáveis para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Cabe aos atores institucionais, em conjunto com a sociedade civil, construir caminhos que conciliem eficiência, justiça e respeito às normas fundamentais que regem a nação.

Em suma, o trabalho contribuiu para o debate acadêmico e institucional ao destacar a importância de regulamentar a atuação monocrática no controle de constitucionalidade. Reforçou-se a necessidade de preservar os princípios constitucionais e fortalecer o Estado Democrático de Direito, assegurando que o Supremo Tribunal Federal exerça seu papel de guardião da Constituição de forma legítima e equilibrada.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A gênese do controle difuso de constitucionalidade**. In: Revista de Processo, São Paulo. 2014. p. 433-451.
- ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. UnB, Brasília – DF. 2013.
- ARCHEGAS, João Victor. **Colegiado deserto: poderes individuais no STF e teoria constitucional contemporânea**. UFPR, Curitiba - PR, 2018.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **O supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 46, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, p. 233, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006.
- BEZERRA, Gisele Almeida. **Ativismo judicial e a separação de poderes: uma análise crítica no contexto jurídico**. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v. 6, n. 1, 2024.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.
- BRASIL. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, p. 1, 6 dez. 1999.
- BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 set. 2024.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial**. Direito, Estado e Sociedade, v. 38, p. 154-180, 2011.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo et al. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012.
- CARVALHO, Flavio Eduardo Silva de et al. **A construção do regime jurídico das contribuições tributárias—estudos de casos para uma metódica constitucional mais coerente**. 2017.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **A legitimidade do controle de constitucionalidade pelo Senado Federal a partir de sua origem francesa**. Revista Brasileira de Direito, v. 14, n. 3, p. 141-159, 2018.
- CESTARI, Nathalia Ayres. **A estabilização da tutela antecipada dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil e a segurança jurídica**. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023.
- CHICANATO, Dionisio de Jesus et al. **Modelo difuso de controle de constitucionalidade**. 2004.
- COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. **Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade**. Revista Direito GV, v. 12, n. 1, p. 155-187, 2016.
- COSTA, Davi Rogério de Moura; CHADDAD, Fabio Ribas; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Separação entre propriedade e decisão de gestão nas cooperativas agropecuárias brasileiras**. Revista de Economia e Sociologia Rural, v. 50, p. 285-300, 2012.
- COSTA, José Rubens. **Controle difuso e concentrado de constitucionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 225, p. 45-56, 2001.
- COSTA, Thiago Bolelli et al. **O Supremo regimental: análise da construção histórica do poder de pauta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. 2018.
- DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Princípios constitucionais**. Saraiva, 2006.

- DA SILVA, Virgílio Afonso. **Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF.** Suprema-Revista de Estudos Constitucionais, v. 1, n. 1, p. 22-56, 2021.
- DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando.** Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, p. 95-110, 2004.
- DE CASTRO PEREIRA, Jefferson; BARBOSA, Hugo Paiva. **Da supremocracia à ministrocracia: o que ainda é possível aprender com peça Antígona, de Sófocles?.** Revista Eletrônica Direito Fadenorte-Redefade, v. 2, n. 1, 2024.
- DE LIMAS TOMIO, Fabricio Ricardo; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. **Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça.** Revista de Direito Brasileira, v. 12, n. 5, p. 87-110, 2015.
- DE VASCONCELOS DINIZ, Marcio Augusto. Absentes, adsunt: **Pontes de Miranda, Hans Kelsen e os debates sobre a jurisdição constitucional na Assembleia Constituinte de 1933-1934.** Direito & Justiça, v. 40, n. 1, p. 46-64, 2014.
- DITTRICHT, Karin Regina. **A questão dos limites dos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional de conflitos. 1998.** Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina. **Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, n. 5, 2008.
- DOS SANTOS, Sílvio Alves. **A cláusula da reserva de plenário. In: Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania.** 2022. p. 1160-1179.
- FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição.** 2006. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006
- GUILHERME, Luiz Antônio Cardoso de Melo. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais.** 2024.
- HEKMAN, Glênio José Wasserstein; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente da arguição de inconstitucionalidade.** 2002.
- IBIAPINA, Giselle Karolina Gomes Freitas et al. **Uma análise do controle de constitucionalidade e a influência da Teoria dos Diálogos Constitucionais e da soberania popular para o aprimoramento da fórmula democrática.** 2023.
- ISHIKAWA, Lauro; JÚNIOR, Clóvis Smith Frota. **A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, v. 56, n. 222, p. 133-154, 2019.
- JÚNIOR, CUNHA. **Controle de constitucionalidade.** Teoria e prática, v. 4, 2007.
- JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; LACERDA, Danilo Moura. **União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF.** Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES, v. 6, n. 1, p. 191-207, 2018.
- KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88.** Novos estudos CEBRAP, p. 69-85, 2013.

- LEAL, Guilherme Thales Jesus. **Cabimento e viabilidade da ADPF no controle concentrado de constitucionalidade da(s) constituição(ões) estadual(ais)**. 2022.
- LEITE, Fábio Carvalho. **A Cláusula de Reserva de Plenário segundo os Tribunais de Justiça**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 5, n. 15, p. 210-229, 2011.
- LOPES, Ana Maria D.Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de Informação Legislativa, v. 164, p. 7-15, 2004.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do Poder Judiciário**. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, p. 43-60, 2009.
- MAIA, Clarissa Fonseca. **Jurisdição e soberania popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional**. 2016.
- MACHADO, Joana de Souza. **Protagonismo Judicial no Trato dos Direitos Fundamentais: Reflexões Sobre o (des) Arranjo Brasileiro**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, p. 7347-7362, 2010.
- MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. **As audiências públicas do Supremo Tribunal Federal: ampliando sua legitimidade democrática**. Revista Teoria e Sociedade, v. 22, n. 1, p. 53-86, 2014.
- MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade: aplicação do Artigo 27 da Lei nº 9.868/1999**. 2009.
- MAUÉS, Antonio Moreira. **O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural**. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 15, n. 2, p. 356-384, 2010.
- MEDEIROS, Bruna Araújo Alves de. **As Decisões Monocráticas do STF como práticas do constitucionalismo abusivo**. 2022.
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. 2022.
- MENDES, Gilmar. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Acessado em 05/01/215, 2016.
- MIRANDA, João Cássio Adileu. **A cláusula de reserva de plenário: uma possível garantia da unidade de fundamentação decisória no controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Supremo Tribunal Federal**. 2018.
- NETO, José Mário Wanderley Gomes. **Como decidem os juízes? Comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 228-255, 2020.
- NUNES, Daniel Capecchi; BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade**. Revista de Direito da Cidade, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018.
- NUNES, Luiz Roberto. **Ativismo judicial**. Direito Público, v. 8, n. 40, 2011.
- PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 10, 2006.
- PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

- PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; JUNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. **O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 35, n. 1, 2019.
- RABONI, Claudia Regina. **Morosidade e inefetividade da justiça do trabalho: crise ou descompasso estatal?**. Cadernos da Escola de Direito, n. 18, 2012.
- RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **Diálogo institucional entre os poderes legislativo e judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo STF no período de 1988 a 2013**. 2017. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2017
- SAMPAIO ROSSI, Amélia. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional**. Opinião Jurídica, v. 18, n. 37, p. 209-230, 2019.
- SANTOS, Elida Lauris dos. **A independência judicial na reforma do judiciário brasileiro**. In: VI Congresso Português de Sociologia. 2008. p. 12-15.
- SANTOS, Fagner Fagundes dos. **Court curbing e pedidos de impeachment de ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise da atuação do ministro Alexandre de Moraes entre os anos de 2019 e 2021**. 2022.
- SOARES, José de Ribamar Barreiros et al. **Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.
- TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. **A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: o estado patrimonialista e o ativismo judicial**. Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, n. 4, p. 98-113, 2011.
- TEIXEIRA, Thamires Prenda; POLICARPO, Douglas. **As alterações orçamentárias e o controle de constitucionalidade face aos direitos fundamentais**. Revista do Direito Público, v. 7, n. 2, p. 133-156, 2012.
- VALLA, Víctor Vincent; CARVALHO, Mariângela de; ASSIS, Mônica de. **Participação popular e os serviços de saúde: o controle social como exercício da cidadania**. 1993. p. 38-38.
- WELSCH, Gisele Mazzoni. **A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais**. Páginas de Direito, v. 1, p. 2, 2007.

A QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS EM NUVEM E A AUSÊNCIA DE LIMITES NA PERSECUÇÃO PENAL

THE BREACH OF CLOUD-BASED TELECOMMUNICATION DATA CONFIDENTIALITY AND THE ABSENCE OF LIMITS IN CRIMINAL PROSECUTION

Fabio Lima Sombra³⁴

Dr. Fábio Henrique Jagosich³⁵

Resumo: As medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal, especialmente a busca e apreensão, são acompanhadas de procedimentos que asseguram que as autoridades se atenham à sua finalidade e aos limites inerentes ao fato investigado, como o acompanhamento por testemunhas. Por outro lado, as inovações tecnológicas foram acompanhadas de legislações que permitem o acesso amplo a dados do investigado armazenados em nuvem, mas sem anunciar qualquer forma de fiscalização quanto ao eventual desvio de finalidade da atividade investigatória, permitindo assim eventual desvio de finalidade e uma procura especulativa para além dos limites autorizados. Logo, por comparação, concluir-se-á que as medidas cautelares para o acesso de dispositivos informáticos não são dotadas de meios que permitam fiscalizar o desvio de finalidade da investigação especulativa, ultrapassando os seus limites em real pescaria probatória.

Palavras-chave: medidas cautelares; quebra do sigilo de dados; pescaria probatória.

ABSTRACT

The precautionary measures outlined in the Code of Criminal Procedure, especially search and seizure, are accompanied by procedures that ensure authorities adhere to their purpose and to the limits inherent to the investigated fact, such as witness accompaniment. On the other hand, technological advancements have been met with legislation that allows broad access to an individual's data stored in the cloud, yet without any oversight mechanisms to prevent potential abuse or diversion from the investigatory purpose. This lack of oversight enables speculative searches beyond the authorized limits. Consequently, a comparative analysis reveals that precautionary measures for accessing electronic devices lack mechanisms to monitor for investigatory abuse, often resulting in an overreach and speculative evidence fishing beyond lawful boundaries.

Keywords: precautionary measures; search and seizure; technological advancements; cloud storage.

³⁴ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) no ano de 2013. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Integrada Instituto Souza em 2023. Aluno Delegado de Polícia na Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. Email: fabiosombra@gmail.com.

³⁵ Bacharel em Física, Mestre e Doutor em Ciências, Perito Criminal da SPTC desde 2002 e Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo desde 2008.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será desenvolvida a discussão acerca da constitucionalidade dos meios de obtenção de prova estabelecidos pela Lei 9.296/1996, especialmente no que se refere à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e de telemática pelas autoridades da persecução penal.

Esse questionamento de compatibilidade com a constituição parte da concepção de que as autoridades policiais, com a autorização judicial, acessam todo o conteúdo de celular ou do banco de dados em nuvem sem qualquer delimitação do objeto da pesquisa ou sem acompanhamento por autoridades externas.

Em outros termos, independentemente da especificidade do fato investigado, tem-se acesso ao conteúdo informático que integra a intimidade do investigado, abrangendo períodos de armazenamento de dados anteriores ao fato investigado, materiais relacionados a outras pessoas e informações que sequer são objeto de investigação.

O presente artigo traçará paralelo da quebra de sigilo telemático com outros meios de obtenção de prova presenciais, como a busca e apreensão (art. 240 do Código de Processo Penal) (Brasil, 1941), que são gravadas por câmeras corporais e por testemunhas que acompanham o cumprimento da medida, garantindo que a ordem judicial será cumprida sem que se devasse a intimidade e a privacidade do investigado, encerrando-se a medida investigatória no momento em que é atingido o seu objetivo, sem desvio de finalidade.

Por fim, a modernidade trouxe o avanço das comunicações, seguido por inovações legislativas que expandiram as formas de investigar as infrações penais. Contudo, carece a interceptação telemática de controle dos limites da investigação, possibilitando verdadeira *pesca predatória* de outras infrações penais do investigado diante do livre acesso aos seus dispositivos eletrônicos sem delimitação de tempo ou do objeto pela autoridade policial.

2 QUEBRA DO SIGILO DE DADOS E SUA COMPATIBILIDADE COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO AFASTAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal anuncia, em seu artigo 5, incisos X e XII, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e das comunicações de dados como direito fundamental, garantias que integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Vejamos:

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Brasil, 1988, *n.p.*)

Tais garantias funcionam como instrumentos e fontes de interpretação e de tutela dos direitos fundamentais atinentes à persecução penal, especialmente no que concerne à busca e apreensão e à quebra do sigilo dos dados telemáticos.

Como se pode verificar no inciso XII do artigo 5 da Constituição Federal, a inviolabilidade das comunicações de dados é excepcionada por ordem judicial embasada em lei, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. A elevação de tais garantias do indivíduo ao patamar constitucional revela a intenção do legislador originário de conferir superior importância em relação a outros direitos.

A inserção da inviolabilidade da intimidade e da privacidade no texto constitucional reflete diretamente na maneira por meio da qual o direito será aplicado ao caso concreto, uma vez que a legislação infraconstitucional deve ser formal e materialmente compatível com esses dispositivos, sob pena de declaração de inconstitucionalidade de forma incidental por qualquer juiz ou concentrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Os textos legais que excepcionam o direito ao sigilo são o Código de Processo Penal (Brasil, 1941), em seu artigo 240, e a Lei 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações das comunicações telefônicas. Esse diploma normativo foi editado sob um contexto sociocultural totalmente diferente do que hoje é vivenciado em termos de inovações tecnológicas e de formas de interação da sociedade.

As comunicações e as relações comerciais tendem a acompanhar as evoluções tecnológicas de forma exponencial, ao passo em que a legislação, em decorrência do dificultoso trâmite legislativo, somente fixou parâmetros para a realização da interceptação telefônica.

Ou seja, embora a lei tenha sido idealizada para a interceptação, a sua aplicação passou a abarcar as comunicações telemáticas informáticas, como a troca de mensagens e outras formas digitais de informação. Pode-se concluir pela ausência de legislação específica que direcione os aplicadores da lei acerca da forma e da extensão dos meios de obtenção de prova em detrimento de direitos e de garantias do investigado.

No Código de Processo Penal (Brasil, 1941, *n.p.*), o artigo 241 traz a necessidade de expedição de mandado. Vejamos: “Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”. Já a Lei 9.296/96 afirma, em seu artigo terceiro, a necessidade de determinação judicial (Brasil, 1996).

Verifica-se que o afastamento de direitos fundamentais está inserido na cláusula de reserva de jurisdição, de forma que há exigência legal de apreciação do órgão jurisdicional para que defira o afastamento da privacidade e da intimidade do investigado, permitindo o acesso a dados de comunicação no interesse da persecução penal.

Destaca-se, ainda, dispositivo legal que traça formas de fiscalizar o cumprimento de mandados judiciais expedidos em afastamento de garantias fundamentais, especialmente o de busca e apreensão. O Código de Processo Penal elencou o art. 245 em seus parágrafos, dispondo que testemunhas devem acompanhar o seu cumprimento. Vejamos:

CPP. 245. [...] § 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º (Brasil, 1941, *n.p.*).

Nesse sentido, a constituição e a legislação processual penal anunciam a relativização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações como inseridas no conceito de reserva de jurisdição, isso é, se faz necessária autorização judicial para relativizar tais direitos.

2.2 FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM NUVEM PELA AUTORIDADE POLICIAL

Como meio de expor e de propiciar melhor entendimento acerca do procedimento para o afastamento do sigilo de dados do investigado armazenados em nuvem, passamos a descrever o caminho legal adotado pela autoridade policial para a obtenção de acesso a dados encobertos pelo direito constitucional da privacidade e da intimidade.

Os usuários de aplicativos e de programas disponibilizados na *internet*, para a correta utilização de suas funcionalidades, devem fornecer dados pessoais a fim de cadastrar-se perante o provedor de aplicações e de conexões. Ao utilizar os serviços como correio eletrônico, álbum de fotografias, armazenamento de documentos e de mapas, o provedor passa a registrar dados do computador utilizado, horário e IP (*Internet Protocol*).

Para além disso, o usuário fornece o seu endereço de *e-mail*, nome completo, endereço residencial, filiação, entre outras informações que integram a sua esfera de intimidade, como fotos pessoais, registros de localizações, dados bancários e conversas particulares.

O legislador, entendendo a sensibilidade do banco de dados detido pelos provedores, editou a Lei 12.965 de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Com destaque para o seu artigo 7º, vejamos:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (Brasil, 2014, *n.p.*).

Percebe-se que há um enaltecimento dos direitos fundamentais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo do fluxo de comunicações, salvo por ordem judicial. Há cláusula de reserva de jurisdição para que se determine o afastamento desse direito humano quando no interesse da persecução penal.

Essa mesma lei, em seu artigo 22, afirma que a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial penal, requerer ao juiz que ordene o fornecimento desses registros de conexão ou de acesso a aplicações de *internet*. Vejamos:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet (Brasil, 2014, *n.p.*).

Em grande parte das diligências investigativas, o principal equipamento buscado pelas autoridades é o aparelho telefônico *smartphone*, pois o número de telefone celular e os dados armazenados na memória do dispositivo são o ponto de partida para os outros elementos de informação.

Estando em posse do aparelho, é possível realizar a extração dos dados inseridos em sua memória. Caso não seja apreendido, a autoridade pode solicitar dados cadastrais à operadora de telefonia, incluindo o registro IMEI (*International Mobile Equipment Identity*) do dispositivo.

Em posse do registro IMEI, por meio de técnicas investigativas, obtém-se o modelo do aparelho e o seu fabricante, como por exemplo: *Samsung* (que opera o sistema *Android/Google*) ou *Apple* (que opera o sistema *iOS/iCloud*). Oficiando tais empresas, elas podem indicar quais contas e *e-mails* foram cadastrados no dispositivo, bem como fornecer todos os dados armazenados em nuvem relacionados ao *e-mail* do investigado.

A partir desse momento, a autoridade investigadora tem em suas mãos um compilado de arquivos indexados e um acervo imenso de informações que abarcam a integralidade de dados gerados por todos os aplicativos existentes no dispositivo *smartphone* do investigado, como fotos, vídeos, *e-mails*, localizações, áudios, mapas, agendas de contatos, transações bancárias, entre outros.

Sendo assim, torna-se possível questionar qual a limitação do poder de investigação desse acervo de dados gerados por muitos anos pelo investigado, cujo período de produção pode se referir a anos ou a décadas passadas, desconexos do fato investigado.

Além disso, pondera-se qual a forma de garantir que tais dados, mesmo após utilizados e remetidos à justiça em relatório investigativo, não sejam explorados por anos a fio em verdadeira busca ou pescaria predatória, sem que haja investigação formal instaurada ou fato a ser investigado, no intuito de procurar eventuais infrações que sequer foram noticiadas formalmente a essa mesma autoridade policial.

À vista disso, passamos a dispor, na próxima seção, acerca da fiscalização dos meios de obtenção de prova na persecução penal.

2.3 DA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E DE MEDIDAS CAUTELARES

O legislador preocupou-se em alocar instrumentos de fiscalização do bom e fiel cumprimento do mandado judicial por meio de testemunhas oculares. Assim, eventuais abusos ou desvios de finalidades seriam verificados por moradores ou por duas testemunhas durante a sua execução, como se verifica no art. 245, parágrafos 4º e 7º do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

O mandado judicial não representa um salvo conduto para uma busca indiscriminada dos bens e documentos do investigado para além do objeto da investigação, pois, uma vez atingido o objetivo da busca e apreensão ou encontrado o objeto procurado, deve a autoridade policial suspender a busca sob pena de reconhecimento da nulidade dos demais elementos, por desvio de finalidade, já que não abrangidos pelo mandado.

Assim, o avanço da tecnologia trouxe consigo mudança no comportamento e no acesso a diversos aparelhos de comunicação, como o *smartphone*. Instrumento esse que passou a reunir em um único dispositivo os mais amplos espectros da intimidade dos investigados:

[...] como uma plataforma tecnológica de integração entre múltiplos canais de comunicação, além de permitir, como dispositivo tecnológico, a utilização de aplicativos de trocas de mensagens (e.g. WhatsApp), de acesso e movimentação de contas bancárias [...] (Gloeckner; Eilberg, 2019, p. 359).

Portanto, o aparelho celular alcançou utilidades antes não vislumbradas pelo legislador quando da edição da Lei 9.296/96, tornando-se um instrumento que ultrapassa a utilidade de realizar ligações, transformando-se em um “computador móvel multifuncional”, nas palavras de Gloeckner e Eilberg (2019, p. 359).

Daí que se percebe a incompletude da Lei 9.296/96, que trata apenas do sigilo telefônico, sem que traga qualquer outra disposição acerca do acesso a dados contidos nos diversos *softwares* existentes no aparelho, como redes sociais, aplicativos bancários, de viagens, de conversas instantâneas, álbum de fotos e dados de GPS.

Segundo Gloeckner e Eilberg (2019, p. 360), há a necessidade de que as autorizações judiciais sejam individuais para cada aplicativo a ser acessado:

O acesso aos distintos aplicativos reclama autorizações judiciais precisas: acesso a mensagens trocadas pelo WhatsApp, acesso a dados bancários, acesso a contas de e-mail, tudo isso reclama da autoridade judicial que examine as distintas formas de afastamento da privacidade.

Essa limitação ao conteúdo disposto nos aparelhos celulares encontra fundamento na intenção de controlar a atividade persecutórias das autoridades que tenham acesso a tais conteúdos, pois, nesse caso, não há acompanhamento pelo titular do aparelho ou por testemunhas da análise dos dados, tal qual há na medida de busca e apreensão do art. 240 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Há um prejuízo em termos de proporcionalidade do afastamento de garantias individuais do investigado ao franquear acesso a inúmeros aplicativos de seu aparelho celular, entre eles os dados armazenados em nuvem, permitindo o vasculhamento de todo o conteúdo do aparelho, bem como a continuidade da busca mesmo quando já localizada a informação objeto da investigação criminal. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa (2021, *n.p.*) também entende:

A criatividade dos agentes públicos oportunistas no “aproveitamento” de diligências, com ou sem autorização, para colocar em prática à expedição probatória pode se configurar, entre outras hipóteses: a) Busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos); b) Vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; c) Continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; e) Interceptação ou monitoramento por períodos longos de tempo.

Ignorar essa desproporção entre as cautelares dispostas no Código de Processo Penal (Brasil, 1941) e as medidas de acesso a equipamentos eletrônicos sem controle por entidades externas torna a persecução penal um campo fértil para a ocorrência da pescaria probatória. Rosa (2021) bem explica a pescaria probatória a partir da prática de subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada e os direitos fundamentais para além dos limites legais.

Continua o referido autor a afirmar que, com o uso da tecnologia, “cada vez mais se obtém a prova por meios escusos (especialmente em unidades de inteligência e/ou investigações paralelas, todas fora do controle e das regras democráticas)” (Rosa, 2021, *n.p.*).

A omissão legislativa em especificar e em definir critérios para o acesso de dados informatizados representa uma omissão inconstitucional, pois enquanto não existir legislação específica a persecução penal vai ser realizada sem acompanhamento ou limitação pelas autoridades e atores da persecução penal.

Nessa linha, continuam Gloeckner e Eilberg (2019, p. 360) a afirmar que o acesso ao telefone celular mediante uma autorização genérica poderia consistir em um “atalho” para alcançar múltiplas dimensões da privacidade.

O conteúdo de um dispositivo informático ou acessado por meio de ordem judicial encaminhada aos provedores do serviço de *cloud storage* (Google, Meta e iCloud) é o equivalente ao sujeito ter apreendido milhares de documentos simultaneamente, como fotos, conta bancária e GPS, e mais uma infinidade de dados que não guardam proporcionalidade com uma busca e apreensão em um cômodo de uma residência.

Surge então um questionamento de proporcionalidade e de razoabilidade: se em uma busca e apreensão na residência do investigado, que é acompanhada pelo morador e por duas testemunhas, não se teria acesso a tantas informações como na quebra de sigilo

telemático, por que não há fiscalização alguma no acesso ao armazenamento de dados em nuvem?

A resposta segue no sentido de não haver razão para a diferença de tratamento entre essas diligências, especialmente porque, quando se trata de dados informatizados, ainda que se mantenha a cadeia de custódia dos arquivos, a autoridade policial somente vai se valer daquilo que favorecer a investigação, impossibilitando o investigado de aferir a não utilização de elementos que lhe favoreçam.

Percebe-se assim que os telefones celulares e os serviços de armazenamento em nuvem representam extensão dos direitos da personalidade do investigado, razão pela qual se levanta a ideia de que a preservação desses direitos deve ser acompanhada pela legislação correlata, tendo em vista que atualmente não existem medidas que controlem a atividade persecutória por meio desses dispositivos.

Surge a partir dessas constatações formas de contornar tais omissões legislativas e de trazer mais segurança jurídica na investigação criminal, em atenção às garantias do devido processo legal.

Não se deve admitir o acesso irrestrito aos dados digitais do investigado, fazendo-se necessária uma análise minuciosa pelo poder judiciário acerca do objeto da investigação, do período a ser investigado e de eventual controle externo pelo Ministério Público para que se evite o prosseguimento de investigações acerca de fatos não abrangidos pela investigação, em devassa da intimidade do investigado.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, entende que há diferença no tratamento dado ao fluxo de comunicações e aos dados estáticos, afirmando que a proteção constitucional à intimidade apenas garante a inviolabilidade das comunicações de dados e não dos dados em si mesmos. Vejamos:

A obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei nº 9.296/96.

O acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou smartphone, quando determinada judicialmente a busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o art. 5º, XII, da CF/88, considerando que o sigilo a que se refere esse dispositivo constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.

Assim, se o juiz determinou a busca e apreensão de telefone celular ou smartphone do investigado, é lícito que as autoridades tenham acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, especialmente quando a referida decisão tenha expressamente autorizado o acesso a esse conteúdo.

STJ. 5ª Turma. RHC 75800-PR, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15/9/2016 (Info 590).

Analisando especificamente o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, percebe-se o tratamento diferenciado dispensando às informações estáticas e das comunicações. Contudo, esses argumentos não dão conta da complexidade das atividades desenvolvidas pela persecução penal e da divergência de tratamento dada para situações semelhantes.

De fato, qual é a diferença entre um dado que já foi armazenado no dispositivo anteriormente (dado estático) e aquele que está ocorrendo concomitantemente (fluxo de comunicações) senão apenas a contemporaneidade? Trata-se apenas de uma interpretação que não acompanha a necessidade de tutelar direitos e garantias constitucionalmente garantidos.

A persecução penal, ao ter franqueado um conteúdo imenso de dados do investigado sem qualquer controle ou fiscalização de testemunhas ou do Ministério Público, sob o argumento de tratar-se de dados estáticos, representa patente desproporção e permissão para abuso do direito de investigação, que extrapola os limites objetivos da investigação.

Por outro lado, pode-se argumentar em favor da persecução penal ao entender pela amplitude da exploração de outras informações disponíveis no decorrer da diligência, sejam elas relacionadas ao fato investigado ou não.

Esse entendimento se funda na ideia de que, uma vez praticada uma infração penal e instaurada a investigação formal, a autoridade policial passa a legitimar-se na atividade investigatória, buscando quaisquer outros elementos que indiquem atividade criminosa relativa a outros fatos e outros períodos.

2.4 DA ADMISSIBILIDADE DE ELEMENTOS OBTIDOS EM DESVIO DE FINALIDADE

A delimitação acerca do período em que os conteúdos em nuvem foram gerados e o tempo que ficarão disponíveis para a autoridade policial efetuar a investigação ou a busca de outras infrações não conexas são parâmetros essenciais para assegurar que as diligências investigatórias se circunscrevam ao objeto do procedimento investigatório.

A doutrina majoritária entende que, durante a busca por elementos probatórios, somente se deve considerar como lícita o elemento que seja relacionado ao fato delituoso, vedando-se a utilização de dados colhidos casualmente ao longo da diligência em relação a outras infrações penais ou em relação a outras pessoas. Assim é o entendimento de Pedro Lenza (2020, p. 837): “Nesses casos, a validade de uma prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida”.

Nesse sentido, o critério admitido jurisprudencial e doutrinariamente é o atendimento à finalidade do mandado ou da diligência, qual seja: os objetivos buscados para a elucidação de um fato específico, objeto de mandado judicial.

Ocorre que o afastamento do sigilo dos dados telemáticos enseja a exploração indiscriminada de seu conteúdo, uma vez que concedida a ordem judicial de acesso à nuvem do investigado não será possível aferir se a autoridade policial está se atendo ao objeto da investigação. Continua Renato Brasileiro (2020, p. 837), citando Luiz Flávio Gomes, a dizer: “é válida a prova se se descobre fato delitivo conexo com o investigado, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale como prova. Cuida-se de prova nula”.

Então, há necessidade não apenas de conexão da prova obtida com o investigado, mas que não tenha ocorrido o desvio de finalidade. Desvio esse que se efetiva no momento em que a exploração do conteúdo informático é devassada mesmo quando já obtidos os elementos procurados, como uma forma de encontrar novos fatos criminosos.

Trata-se do que a doutrina denomina de pescaria predatória, cuja definição é descrita por Viviani Ghizoni Silva e Philipe Benoni Melo e Silva, citados por Alexandre Morais da Rosa (2021, *n.p.*):

[...] investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional.

Afirma ainda Alexandre Morais (2021, *n.p.*) que o desvio de finalidade gera a ilegalidade do ato, em que “o órgão investigador pode se utilizar dos meios legais para, sem objetivo definido ou declarado, ‘pescar’ quaisquer evidências a respeito de crimes desconhecidos ou futuros”.

A finalidade definida do mandado judicial se torna parâmetro indispensável para a regularidade de uma investigação, servindo de baliza para aferir se não ocorrerá uma busca com desvio de finalidade. Cita ainda Morais (2021) que a pescaria de quaisquer elementos, ampla e irrestrita, foge do enquadramento normativo pátrio:

o órgão investigador pode se utilizar dos meios legais para, sem objetivo definido ou declarado, “pescar” quaisquer evidências a respeito de crimes desconhecidos ou futuros. Configura verdadeira devassa ampla e irrestrita do passado, presente e futuro do alvo (pessoa ou conduta suspeita), desprovida de “causa provável”, isto é, fora do enquadramento normativo da investigação democrática.

A delimitação do conteúdo disponibilizado às autoridades encarregadas da investigação (Delegado e Ministério Público), bem como a restrição temporal da produção dos dados informatizados, é um entrave no sistema de justiça. O que se verifica na própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que se faz diferenciação entre dados estáticos e fluxo de comunicações, afirmando ser desnecessária a limitação temporal para acessos:

Não é necessário especificar a limitação temporal para os acessos requeridos pelo Ministério Público, por se tratar de dados estáticos, constantes nas plataformas de dados.

Apesar de o art. 22, III, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) determinar que a requisição judicial de registro deve conter o período ao qual se referem, tal quesito só é necessário para o fluxo de comunicações, sendo inaplicável nos casos de dados já armazenados que devem ser obtidos para fins de investigações criminais.

STJ. 6ª Turma. HC 587732-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 20/10/2020 (Info 682).

Tomando por referência esse precedente do Superior Tribunal de Justiça, há de se questionar a razão da diferenciação entre dados estáticos e fluxo de comunicações, pois no primeiro a base de dados investigada é muito superior ao fluxo instantâneo de comunicações, o que demonstra um contrassenso. Aduzem Gloeckner e Eilberg (2019, p. 362):

Veja-se que o sigilo telefônico deve ser objeto de autorização judicial, mais afrontoso seria o acesso aos dados contido no telefone móvel, pois nesses dispositivos estão congregadas as mais amplas e restritas ebulições e manifestações do direito à personalidade (cuja segmentação pode ser conferida nos aplicativos para celulares e em seus utilitários).

Afirma ainda esse autor que, em um país onde existem mais celulares do que pessoas, a permissão para a polícia acessar sem restrições e autorização judicial o conteúdo dos aparelhos móveis equivaleria a esvaziar o direito à privacidade.

Assim, exigir a delimitação do período e a extensão do acesso somente para o caso do fluxo de comunicações telefônicas, ao passo que os dados estáticos são integralmente explorados sem delimitação, atenta contra o princípio da proporcionalidade.

Nessa extensão, nasce no âmago da persecução criminal inúmeras situações em que a utilização da investigação criminal pode se tornar instrumento de violação de direitos e de garantias constitucionalmente garantidas, pois a análise de dados estáticos sem delimitação temporal ou fiscalização de qualquer espécie impede o exercício do direito de defesa do investigado.

Torna-se impossível aferir se a investigação está extrapolando os limites constitucionais da inviolabilidade da privacidade e da intimidade quando se explora a base de dados informatizados sem qualquer limitação de conteúdo. Nada impede, por exemplo, que o Ministério Público e a Polícia, uma vez localizados os elementos materiais de crimes contra a ordem financeira (mediante afastamento do sigilo bancário), continuem em exploração probatória dos arquivos de fotos, localizações e conversas do investigado, com o objetivo de identificar infrações penais que não guardem conexão com os limites do mandado judicial.

Nesse sentido, há de se reconhecer que o afastamento do sigilo de dados estáticos ou até mesmo do fluxo de comunicações não encontra arrimo nos princípios constitucionais do direito ao contraditório, intimidade e privacidade.

2.5 DA NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DE DADOS INFORMATIZADOS

A decisão judicial que autoriza o acesso a dados armazenados em nuvem deve ser individualizada para cada espécie de aplicativo que lá seja encontrado, sejam eles aplicativos bancários, de fotos ou de mapas, de acordo com a necessidade e o objeto das investigações. É necessário que a autoridade policial individualize e especifique quais dados são imprescindíveis para a elucidação de determinado crime, de forma fundamentada.

Nesse sentido, afirma Rosa (2021, *n.p.*) que as medidas cautelares devem prever antecipadamente o objeto, o motivo e a razão do afastamento de garantia constitucional, sob pena de nulidade:

As cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o objeto, isto é, responder expressamente (diligência, pedido ou decisão judicial): quem, quando, como, onde, por e para quê, o que, com que motivação. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais. A decisão judicial deve motivar de modo adequado, sob pena de nulidade (CPP, artigo 315, §2º). A prática da “pescaria probatória” promove atalho abusivo, por meio da desconsideração da prévia exigência de decisão judicial.

Tal hipótese se revela de maior proporcionalidade, tendo em vista que a concentração de informações no *smartphone* abrange diversas esferas da privacidade do indivíduo, de forma que deve haver correlação entre a informação que se pretende obter e o crime cometido. Então, como o acesso ao fluxo de comunicações exige a delimitação temporal e a especificação da diligência a ser realizada, a mesma exigência deve existir para o acesso aos dados estáticos.

Ou seja, o Delegado de Polícia, a fim de investigar, por exemplo, o crime de fraude eletrônica, representaria pelo acesso aos dados correspondentes ao aplicativo bancário do investigado, vedada decisão judicial genérica que liberasse o álbum de fotos, as redes sociais e a agenda telefônica, posto que não guarda pertinência com o crime.

O telefone celular não mais se limita a conversas telefônicas, permitindo o acesso a muitas outras funções. Os *smartphones* passaram a integrar, assim, extensões do direito à personalidade de seus usuários, capazes de conjugar funcionalidades substancialmente abrangentes.

Deve-se, portanto, coibir a busca e apreensão sem objeto definido no mandado, vedar o vasculhamento de todo o conteúdo de celular apreendido, bem como a continuidade de busca e apreensão depois de obtido o que se procurava com a diligência.

Há de se declarar a nulidade de provas obtidas a partir de interceptações telefônicas ou telemáticas por longos períodos de tempo, sem que sejam apresentadas razões para a prorrogação, bem como rejeitar a admissibilidade da quebra de sigilos de dados fiscais e bancários sem indicação do período desejado.

Outra alternativa proposta seria a implementação de um sistema informatizado, passível de sindicância pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, em que fosse descrito o início do acesso ao banco de informações informatizadas pelo delegado, com hora do acesso, documentos analisados e alterações de informações.

Dessa forma, seria possível aferir se, uma vez atingido o objetivo da investigação, não houve prosseguimento em busca exploratória de outros elementos de informação sem justa causa para tal, como o equivalente a uma testemunha que afere o cumprimento regular de um mandado judicial.

2.6 IMPLICAÇÕES DA PESCARIA PROBATÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O termo pescaria probatória é utilizado no campo jurídico para designar uma prática investigativa onde o objetivo principal não é buscar provas específicas, mas sim explorar amplamente informações na esperança de descobrir algo relevante para um processo.

Trata-se de investigação especulativa, sem objetivo determinado e certo, que lança suas *redes* com a esperança de captar qualquer prova para fundamentar futura acusação. É uma investigação realizada de maneira ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuro crimes. Como consequência, não pode ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de ofensa a direitos fundamentais (Melo e Silva, 2017).

Assim, as pescarias probatórias são “investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro” (Mello, RE 1055941/SP).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não se pode violar direitos e garantias fundamentais sem que haja indícios de autoria. Vejamos:

Os indícios de autoria antecedem as medidas invasivas, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais para só então, em um segundo momento, e eventualmente, se justificar a medida anterior, sob pena de se legitimar verdadeira fishing expedition.

STJ. 5ª Turma. AgRg no RMS 62.562-MT, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Rel. Acđ. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 07/12/2021.

O sistema processual brasileiro é regido por princípios constitucionais como a legalidade, a presunção de inocência e a proteção à intimidade, que restringem o uso de investigações generalizadas e sem fundamento específico. A obtenção de provas no Brasil deve obedecer ao princípio da razoabilidade e ser orientada por elementos concretos que justifiquem a investigação.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, garante o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Além disso, o inciso LVI estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Brasil, 1988, *n.p.*). Nesse contexto, uma prática que busque provas sem qualquer indício prévio, como ocorre na pescaria probatória, pode ser considerada uma violação a esses direitos.

Traçando um paralelo com a quebra de sigilo telemático, percebe-se a necessidade de indicação dos indícios de autoria delitiva acerca de um fato determinado, para, com base nessa fundamentação, o judiciário apreciar eventual requerimento de afastamento de sigilo de uma base de dados informatizada.

O parâmetro da proporcionalidade deve balizar a ordem judicial, indicando e delimitando a abrangência do acesso como forma de impedir uma exploração ou até mesmo uma pescaria desenfreada de informações incriminadoras. Isso é devido como forma de respeito ao postulado da proporcionalidade inserido em um Estado Democrático de Direito.

Tal concepção encontra arrimo na ideia de limitação do poder estatal, conformando a persecução penal aos ideais de necessidade e de utilidade de eventual medida cautelar investigatória que afaste a garantia constitucional da intimidade e da privacidade do investigado.

Como forma de contextualizar a prática reprovável da pescaria probatória, vislumbre-se a situação em que a autoridade ministerial ou de polícia represente pelo afastamento do sigilo de dados de armazenamento em nuvem de um investigado pela prática de roubo a mão armada em via pública, mesmo que já identificado por testemunhas. Em primeiro momento, pode-se concluir pela desnecessidade e desproporção do acesso aos dados, pois a infração penal já estaria esclarecida, sendo dispensável acessar fotografias ou localizações relativas aos períodos que sequer guardam relação com o mencionado roubo. Então, em caso de deferimento desse acesso, a autoridade passaria a explorar de forma ampla tal base de dados na intenção de encontrar indícios de outros crimes ou pessoas em situação de prática criminosa, ainda que não guarde conexão com a investigação já instaurada.

O senso comum indicaria que tal medida é justa, pois o criminoso deve ser responsabilizado por qualquer crime que já tenha praticado, ainda que desconhecido pelas autoridades públicas. Contudo, a melhor interpretação constitucional da justa causa, da proporcionalidade, da garantia da intimidade e da privacidade, em juízo de ponderação de valores, supera a ânsia investigativa e suplanta a temerária pescaria probatória.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob esse prisma, o acesso a dados armazenados em nuvem frequentemente engloba informações de diversos aplicativos presentes no celular do investigado, como dados bancários, fotos, localizações, contatos, conversas, entre outros.

Em uma situação física, as autoridades dificilmente teriam acesso a tantas informações de forma simultânea durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão na residência do investigado, seja pela imensa quantidade de dados, seja pela impossibilidade de armazenar fisicamente tantas fontes de informação.

Mesmo que documentos e dispositivos eletrônicos fossem acessados, seriam necessárias outras autorizações judiciais para, por exemplo, permitir a quebra de sigilo bancário ou o acesso a dispositivos eletrônicos encontrados no local da operação.

Isso evidencia uma distinção clara entre a busca e apreensão física e a quebra de sigilo telemático em nuvem, pois, na busca presencial, o acesso a informações é limitado e requer múltiplas autorizações judiciais para afastar o sigilo de diferentes elementos encontrados. Já na quebra de sigilo telemático, uma única autorização judicial permite o acesso a uma vasta gama de informações, como dados bancários, fotos, vídeos, comunicações, compras, relacionamentos, entre outros.

Deve-se, portanto, coibir a busca e apreensão sem objeto definido no mandado, vedar o vasculhamento de todo o conteúdo de celular apreendido e a continuidade de busca e apreensão depois de obtido o que se procura com a diligência, bem como a quebra de sigilos sem justificativa do período em conexão ao fato investigado.

Tais medidas se coadunam com a exigência constitucional do devido processo legal, do direito ao contraditório e ampla defesa e controle dos procedimentos investigativos que usurpem de autorizações judiciais genéricas para promover efetiva pescaria probatória.

Assim, os direitos fundamentais e conseqüentemente os direitos humanos vinculados ao devido processo legal e ao contraditório estariam assegurados a todo e qualquer sujeito objeto de investigação pelo Estado acusador. A análise das técnicas investigativas sob o prisma dos direitos humanos resulta na aferição de sua convencionalidade perante instrumentos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

Não se trata de uma simplista limitação da abrangência do escopo investigatório da autoridade policial, mas da valorização e do enaltecimento de garantias constitucionais que limitam a persecução penal, impondo o dever de fundamentação à decisão judicial baseada em elementos que indiquem a proporcionalidade e a necessidade do afastamento do sigilo de dados telemáticos.

Assim, desde que angariados elementos informativos no inquérito policial que apontem a necessidade do acesso ao aparelho telefônico e ao armazenamento de dados em nuvem, poderá a autoridade judicial franquear tal acesso de maneira fundamentada, contato que guarde relação com o fato investigado, restringindo-se ao que foi gerado no período relativo ao crime.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos jurídicos, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 12 set. 2024.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos jurídicos, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.
- BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regula a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 25 set. 2024.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Dispõe sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 de dezembro de 2024.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. **Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 353-393, jun. 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. **Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. Jota, 20 jan. 2017. Disponível em: <http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017>. Acesso em: 25 de setembro de 2024.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Consultor Jurídico, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>. Acesso em: 12 de jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **Recurso em Habeas Corpus** n. 75800-PR, Relator: Min. Felix Fischer, julgado em 15 set. 2016. Informativo n. 590.

SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão**. Florianópolis: EMais, 2019.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Habeas Corpus** n. 587732-RJ, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 20 de outubro de 2020. Informativo n. 682.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança** n. 62.562-MT, Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Relator para Acórdão: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7 de dezembro de 2021.



Impressão: dez.2024

Papel miolo: chamex 80g/2

Papel da capa: Supremo 250g/m²

Tipografia: Arial 12