

Vol. 7 - Abr. Jun/2024

# REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 7 - Abr. Jun/2024

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

TCY  
168

BANKRUPTCY  
§§ 2205-2923

BANKRUPTCY  
§§ 2924-3727

BANKRUPTCY  
§§ 3728-5067

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  
Bruno da Silva Fontinele  
Daniel Pereira Saraiva Nunes Carvalho  
João Marcelo e Silva Diniz  
Marcus Vinicius Monteiro Matias  
Tális Mendonça Soares

## **COORDENADORES:**

Prof.º Valdeci Cunha  
Prof.º Me. Dr. Francisco Odécio Sales  
Prof.<sup>a</sup> 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 – 235p. Digital

**DOI: 10.56089/978-85-7872-698-0**

**ISBN: 978-85-7872-698-0**

**ISSN: 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](http://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*.

# **Editorial**

**Vol. 7 – 2024**

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 Vinicius Monteiro Matias**

DIREITO DIGITAL: FUNDAMENTOS E TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA ..... 107

### **Tális Mendonça Soares**

PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA ELABORAÇÃO DE ACORDOS DE COOPERAÇÃO E INSTRUMENTOS CONGÊNERES ..... 141

**Bruno da Silva Fontinele**

IMPACTOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA  
TEORIA DAS INCAPACIDADES ..... **193**

**Bruno da Silva Fontinele**

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONDUTAS  
OMISSIVAS ..... 215

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO PERÍODO PÓS-PANDEMIA

---

*CONSIDERATIONS ABOUT BRAZILIAN  
DEMOCRACY IN THE POST-PANDEMIC  
PERIOD*

**Bruno Cury Modenesi Pereira<sup>1</sup>**

**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,

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

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.

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 representatividade<sup>2</sup> 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).

---

<sup>2</sup> 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)

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).

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”<sup>3</sup>. 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.

---

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

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.

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 mundo, 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 culposo. 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 culposo. 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 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, 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 culposos 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 esta 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 entenderam 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 consequente 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 culposo ou doloso 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 culposo, 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 culposo ou doloso 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 culposo ou doloso.

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 conseqüente 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 culposo, 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](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: Mdeisa 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 Diniz<sup>4</sup>

**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

---

<sup>4</sup> 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](mailto:jmarcelosd@bol.com.br)

Law N<sup>o</sup> 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.

## 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 5<sup>o</sup> do CTB que trata sobre as finalidades do SNT.<sup>5</sup> Consta do aludido dispositiva 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,

---

<sup>5</sup>-CTB: Art. 5<sup>o</sup>. 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.

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 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 (enfetizada 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. 1º parágrafo 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;
- II-

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 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 mercadorias<sup>6</sup>.

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 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 cidades<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>-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.

<sup>7</sup>--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.

## 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 cearenses, ao menos 98 ainda não possuem o trânsito municipalizado. Ou seja, não há nenhum equipamento que aplique as normativas previstas no Código de Trânsito<sup>8</sup>.

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.

---

<sup>8</sup>-<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.

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 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, ate 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 conseqüências, 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.<sup>9</sup> 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

---

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

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.”<sup>10</sup>

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 à 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.<sup>11</sup> 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

---

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

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

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).<sup>12</sup>

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 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

---

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

prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o non liquet.<sup>13</sup>

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

---

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

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.<sup>14</sup>

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 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

---

<sup>14</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*—13 ed.—São Paulo: Atlas, 2018, p. 422;

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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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).<sup>17</sup>

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

---

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

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

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

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).<sup>18</sup>

Cumprе consignar que, em relação à Fazenda Pública, por debater, em regra, direito indisponíveis, atrelados a um interesse público primário, não é admitido o instituto da confissão aos fatos que lhe dizem respeito. No mesmo sentido, as lições de Leonardo da Cunha.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup>

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

---

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

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

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

intermédio desse meio de prova, o juiz tem conhecimento do fato sem qualquer interferência valorativa outra, que não a sua própria.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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).<sup>23</sup>

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 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

---

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

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

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

espécie de atividade durante a audiência de instrução de julgamento.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup>

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).<sup>26</sup>

### **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

---

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

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

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

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.<sup>27</sup>

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 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

---

<sup>27</sup> SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. 9ª ed. Paraná. Alteridade, 2021, p. 648.

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.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup>

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

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.

verdadeiros, por determinação legal, fatos de cuja ocorrência não se convenceu.<sup>30</sup>

No sentido da crítica esposada acima, a Súmula 63 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) expressamente determina que a comprovação da união estável para pensão por morte não exige início de prova material, ou seja, documentos que comprovem a união.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup>

## 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

---

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

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

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

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 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 Vinicius Monteiro Matias<sup>33</sup>

**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.

---

<sup>33</sup> O autor possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e é especialista em Direito Constitucional e Previdenciário.

**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 denunciação 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 proteja 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 Soares<sup>34</sup>**

**EMENTA:** ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. ARTIGO 184 DA LEI 14.133/2021. INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE OS PARTÍCIPES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE RECÍPROCO, DE ADEQUADA INSTRUÇÃO DOS AUTOS E DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DOS RESPECTIVOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DOS PARTÍCIPES. 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,

---

<sup>34</sup> 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.

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 PARTÍCIPES, 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 REPASSE DE RECURSOS ENTRE OS PARTÍCIPES, 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 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 (OSCIPI), 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, tratados 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, dessome-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 deinteresse 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 deconvênio. Nesta seara, Alexandre dos Santos Aragão<sup>[1]</sup> 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 práxis 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<sup>[2]</sup>:

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 novo marco 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 compoem, 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 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<sup>[5]</sup> 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<sup>[6]</sup> 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 garanta 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 epigrafado 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 festividade.

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 nº 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 tem 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 TERMO DE 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. 31ª. 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*. 10º. 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/PG F/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

# IMPACTOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES

---

*IMPACTS OF THE DISABILITY STATUTE  
ON THE THEORY OF INCAPACITIES*

**Bruno da Silva Fontinele<sup>35</sup>**

## **RESUMO:**

O presente artigo visa verificar as modificações promovidas pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) no âmbito da teoria das incapacidades. O estudo inicialmente discute os conceitos de personalidade jurídica e capacidade, diferenciando os institutos jurídicos. O foco principal é a transformação da abordagem legal em relação às pessoas com deficiência, que passaram a ser reconhecidas como plenamente capazes, em consonância com a nova legislação. A nova norma modificou o eixo axiológico dado à matéria, eliminando a deficiência como incapacidade. Apesar de alguns desafios e críticas ao sistema, o artigo conclui que a Lei Brasileira de Inclusão representa um marco significativo na promoção da dignidade e igualdade das pessoas com deficiência no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Teoria das Incapacidades. Inclusão Social. Dignidade Humana. Personalidade jurídica. Capacidade Civil.

## **ABSTRACT**

---

<sup>35</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto.

This article aims to examine the changes introduced by Law No. 13,146 of July 6, 2015, which establishes the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (or Statute of Persons with Disabilities) within the context of the theory of incapacities. The study initially discusses the concepts of legal personality and capacity, differentiating these legal institutions. The main focus is on the transformation of the legal approach towards people with disabilities, who are now recognized as fully capable under the new legislation. The new law has shifted the axiological foundation of the subject, eliminating disability as a basis for incapacity. Despite some challenges and criticisms of the system, the article concludes that the Brazilian Law for Inclusion represents a significant milestone in promoting the dignity and equality of people with disabilities in Brazil.

**KEYWORDS:** Statute of Persons with Disabilities, Theory of Incapacities, Social Inclusion, Human Dignity, Legal Personality, Civil Capacity.

## 1 INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica e a capacidade civil constituem pilares fundamentais do direito civil, uma vez que estabelecem parâmetros para que as pessoas físicas e jurídicas sejam reconhecidas como sujeitos de direitos e obrigações na ordem jurídica. No âmbito da legislação interna, a evolução desses conceitos reflete modificações substanciais na interpretação e aplicação da lei, especialmente no que se refere à proteção e inclusão de grupos historicamente marginalizados, como as pessoas com deficiência.

A promulgação da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, marca um ponto de inflexão na teoria das incapacidades. Rompendo com o modelo médico e assistencialista até então vigente, a nova legislação passou a adotar uma abordagem baseada na garantia de direitos humanos, reconhecendo a plena capacidade civil das pessoas com deficiência. O novo quadro alinha-se aos

compromissos internacionais da República Federativa do Brasil, em especial os estabelecidos pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo país em 2008.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva analisar as modificações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Teoria das Incapacidades, com ênfase nas implicações para a inclusão social e o reconhecimento da dignidade humana. Inicialmente, discute-se a conceituação de personalidade jurídica e sua relação com a pessoa natural, para então abordar a capacidade civil e as mudanças introduzidas pela nova legislação. A pesquisa destaca as transformações normativas e doutrinárias, avaliando os desafios e críticas ao novo sistema. Ao final, pretende-se demonstrar como a LBI contribui para a construção de uma sociedade mais inclusiva e igualitária, com o respeito às particularidades das pessoas com deficiência e assegurando-lhes os direitos fundamentais.

## **2 A PERSONALIDADE JURÍDICA**

A doutrina define a personalidade jurídica como a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações ou, em outras palavras, o atributo para ser sujeito de direito (STOLZE, 2018).

Segundo Silvio de Salvo Venosa, "a personalidade civil é o reconhecimento da aptidão de um ente para ser titular de direitos e obrigações no plano jurídico, sendo, portanto, a condição essencial para que um indivíduo ou entidade seja reconhecido como sujeito de direito" (VENOSA, 2018, p. 118).

Constata-se, pois, que o conceito de personalidade civil se liga diretamente ao de pessoa, pois todo aquele que nasce com vida se torna pessoa, adquirindo personalidade, construindo-se qualidade do ser humano. Mais ainda, a personalidade também é atributo da pessoa jurídica, a qual é detentora dos direitos da personalidade que lhes são compatíveis.

Em seu dispositivo inaugural, o Código Civil enuncia que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, adotando linguagem mais compatível com a ordem constitucional, ao substituir o termo “homem” por “pessoa”, em contraponto ao antigo Código Civil.

Tartuce (Manual de Direito Civil, 2018, fls. 98) bem esclarece algumas constatações que podem ser deduzidas do dispositivo legal, além da acima mencionada:

A segunda constatação diz respeito à menção a deveres e não obrigações, como do mesmo modo constava do art. 2º do CC/1916. Isso porque existem deveres que não são obrigacionais, em um sentido patrimonializado, caso dos deveres que decorrem da boa-fé. Terceira, ao mencionar a pessoa na ordem civil, há um sentido de sociedade, como pregava Miguel Reale.

Em relação ao momento da aquisição, em se tratando da pessoa natural, seu surgimento, em conformidade com expressa dicção legal, ocorre a partir do nascimento com vida. Stolze (2018) leciona que no momento em que inicia o funcionamento do aparelho respiratório, “cl clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois”.

A doutrina reforça que, embora o nascituro não possua personalidade jurídica plena, seus direitos estão protegidos desde a concepção. Como afirmam Farias e Rosenthal, “o nascituro tem direito à proteção jurídica que antecede o nascimento, garantindo-lhe a titularidade de direitos que se consolidarão com o nascimento com vida” (FARIAS; ROSENTHAL, 2018, p. 152).

Garantem-se ao nascituro, pois, uma gama de direitos, tais como à vida, à proteção da saúde e integridade física, à honra, à sucessão, à proteção patrimonial, dentre outros. Em verdade, a evolução jurisprudencial sobre a matéria tem buscado cada vez mais

conferir direitos da personalidade ao nascituro, inclusive já sendo reconhecido dano moral indenizável.

Por outro lado, a pessoa jurídica tem a sua personalidade jurídica iniciada quando do registro de seus atos constitutivos nos registros competentes, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado. As pessoas jurídicas de direito público, de outro turno, têm a personalidade jurídica atrelada ao próprio ordenamento jurídico que garante sua existência.

É importante destacar que há entes despersonalizados, os quais não tem essa aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, mas, por razão política legislativa, o ordenamento jurídico atribui a eles a possibilidade do exercício de alguns direitos e os devedores de algumas obrigações<sup>36</sup>. São entes despersonalizados a massa falida, o espólio, a sociedade de fato e o condomínio, dentre outros.

### **3 A CAPACIDADE**

A capacidade é um dos conceitos fundamentais do direito civil, consistente na aptidão de uma pessoa para adquirir direitos e exercer atos da vida civil.

Uma vez a pessoa tendo adquirido a capacidade, tornando-se sujeito de direitos e deveres, adquire a capacidade de direito ou de gozo. Essa capacidade todo ser humano tem, sem qualquer distinção. Nesse ponto, Gonçalves<sup>37</sup> explica que personalidade e capacidade se completam:

---

<sup>36</sup> PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado, 2016.

<sup>37</sup> Gonçalves, Roberto Carlos. Direito Civil Esquematizado, volume 1, 2016.

“(…) de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo”.

Segundo Maria Helena Diniz, "a capacidade jurídica é a medida da personalidade jurídica, e se apresenta sob dois aspectos: capacidade de direito e capacidade de fato. A primeira é a aptidão de ser titular de direitos e deveres, ao passo que a segunda é a aptidão para exercer pessoalmente esses direitos e contrair obrigações" (DINIZ, 2017, p. 193).

De acordo com Silvio Rodrigues, "a capacidade de direito é inerente a toda pessoa humana, enquanto a capacidade de fato é o poder de exercer, por si só, os atos da vida civil" (RODRIGUES, 2017, p. 120).

Portanto, verifica-se que a doutrina aponta a existência e diferenciação da capacidade de direito, assim considerada como a aptidão genérica de titularizar direitos e deveres, da capacidade de fato, a qual consiste na possibilidade da pessoa exercer pessoalmente os direitos e contrair obrigações, sem a necessidade da intervenção de um terceiro.

A capacidade plena, então, ocorre com a intersecção das duas espécies de capacidade: a de direito e a de fato. Em outras palavras, plenamente capaz será aquela pessoa dotada tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de exercício.

Por outro lado, sendo a pessoa incapaz, será necessária a intervenção de um terceiro, seja a representando, quando se tratam dos absolutamente incapazes, ou a assistindo, no caso dos relativamente incapazes.

## 4 A TEORIA DAS INCAPACIDADES

A pessoa, como visto anteriormente, possui capacidade plena quando possui os atributos da capacidade de direito – inerente à própria condição humana – e capacidade de fato ou exercício. O incapaz, portanto, consistirá na impossibilidade, de per si, da prática dos atos de vida civil pela pessoa. Pinto leciona que “o instituto da incapacidade existe para proteger tais pessoas<sup>38</sup>”.

De forma pragmática, “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”, direta e pessoalmente, como verbera Silvio Rodrigues<sup>39</sup>.

FARIAS & ROSENVALD (Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB, Volume 1, 2018, p. 274) fazem importante distinção, ao não confundir incapacidade com vulnerabilidade, sendo esta um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando uma relação jurídica, enquanto aquela diz respeito à falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos.

Nessa linha, a doutrina classifica as pessoas naturais em incapazes, seja relativamente ou absolutamente, e capazes.

A incapacidade absoluta tem como consequência o simples fato de, em princípio, a pessoa não ter a sua vontade levada em consideração. Tem, assim, que ser representada por responsável legal em tudo que for fazer<sup>40</sup>. Ela é marcada pela impossibilidade plena do sujeito de direitos, por si próprio, exercer direitos e contrair obrigações, em virtude de alguma condição pessoa.

Os negócios jurídicos entabulados por um absolutamente incapaz, caso não representado, serão nulos. Pinto (2016) lembra que o absolutamente incapaz possui capacidade de direito, e, por isso, é

---

<sup>38</sup> PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado, 2016.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil, op. Cit., p 41.

<sup>40</sup> FIUZA, Cesar, Direito Civil, Volume Único, 2016.

sujeito de obrigações e direitos, tendo que atuar no mundo jurídico. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico traz a figura do representante do incapaz, pessoa que substitui a sua vontade, agindo em seu lugar.

Já a incapacidade relativa permite que o incapaz pratique certos atos da vida civil, dependendo, conforme seja, da assistência de um terceiro. Sua opinião deve ser levada em conta mesmo nos atos nos quais será assistido, ao contrário do absolutamente incapaz. O relativamente incapaz pode, mesmo sem assistência, ser testemunha, aceitar mandato, fazer testamento, exercer emprego público para o qual não seja exigida a maioridade, casar, ser eleitor, celebrar contrato de trabalho, dentre outras.

A supressão da incapacidade relativa dá-se com a figura do assistente. A distinção básica do assistente para o representante é que este substitui a vontade do representado, agindo em seu lugar, enquanto aquele age ao lado do assistido.

## **5 A INFLUÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES**

Feitas tais considerações a respeito da incapacidade e seus institutos correlatos, inicialmente é necessária breve contextualização do ingresso do Estatuto da Pessoa com Deficiência na ordem jurídica nacional.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, em 2007, subscrita pelo Brasil, ingressou no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008 e, com o Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009, teve iniciada a sua vigência. O decreto trouxe as diretrizes para a instituição da Lei 13.146, de 06.07.2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Setubal e Fayan (2016) expõe que dez anos após a pactuação da CDPD e seu protocolo facultativo, em 2016, entra em vigor no Brasil a Lei de Inclusão, consolidando princípios e diretrizes dos mais recentes tratados de direitos humanos do sistema global de proteção da ONU. Destacam, ainda, as pesquisadoras:

Organiza, em uma única lei nacional, como verdadeiro marco regulatório para as pessoas com deficiência, direitos e deveres que estavam dispersos em outras leis, decretos e portarias, regulamentando limites e condições e atribuindo responsabilidades para cada ator na consolidação da sociedade inclusiva.

Ainda convém ressaltar que a lei em exame, pois, possui o status de emenda constitucional, assumindo, em consequência, a primazia que lhe é inerente no topo da pirâmide legislativa nacional (FARIAS; CUNHA, 2016). Ressalte-se que o seu ingresso no ordenamento jurídico se deu pelo procedimento de aprovação igual ao de emenda constitucional, qual seja aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Uma grande primeira mudança do Estatuto é se basear no modelo social de direitos humanos, no qual o conceito de pessoa com deficiência depende fundamentalmente do meio em que a pessoa está inserida (SETUBAL; FAYAN, 2016). Nessa perspectiva, segundo as autoras, “o ambiente tem influência direta na liberdade da pessoa com limitação funcional, que poderá ter sua situação agravada por conta do seu entorno e não em razão da sua deficiência *de per si*”.

Assim, a lei prevê, no seu art. 2º, que “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e

efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

Os requisitos para a avaliação da deficiência, quando necessária, serão de ordem biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará os impedimentos nas funções e estruturas do corpo, fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação – art. 2º, § 1º - BRASIL, 2015.

Sob essa nova ótica da pessoa com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão trouxe grandes modificações à teoria das incapacidades. A nova legislação provocou mudanças no Código Civil, que, em síntese, tornaram a pessoa com deficiência plenamente capaz, como regra. Gonçalves lembra que a aludida lei destina-se a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Complementa do nobre autor (Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático, Vol. 01 – 2016. Fls. 136):

A consequência direta e imediata dessa alteração legislativa é que: o deficiente é agora considerado pessoa plenamente capaz. O art. 6º da referida lei declara que ‘a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa’. E o art. 84, caput, estatui, categoricamente, que ‘a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas’. Quando necessário, aduz o § 1º ‘a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei’.

Vejamos, pois, o cenário pré-estatuto para melhor assimilação.

## 5.1 As incapacidades na redação original do Código Civil

Na redação original dos artigos 3º do Código Civil, eram absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos (art. 4º).

Quanto aos menores de dezesseis anos, tendo sido estabelecida essa faixa etária em razão de critério baseado na compreensão da realidade, entendendo o legislador por faltar maturidade suficiente para manifestar vontade a esse grupo de pessoas<sup>41</sup>.

Verifica-se, ainda, que eram incapazes absolutamente aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. A esse respeito, já havia tido evolução legislativa, ao abandonar a expressão “loucos de todo o gênero” constante na redação original do CC/16.

Gonçalves ressalta<sup>42</sup> que o Código Civil usava a expressão genérica, condizente com a moderna psicologia, ao referir-se à falta do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas.

---

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB, volume 1 – 13ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil esquematizado, volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 110.

Lembra-se que o diploma civilista fazia gradação da deficiência mental, ao considerar os relativamente incapazes aqueles que por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido.

A terceira causa de incapacidade absoluta na redação revogada era destinada àqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Nesse sistema, a causa transitória que torna ao sujeito impossível a expressão de sua vontade o tornava absolutamente incapaz, dependendo de representação para a prática dos atos da vida civil.

Concernente às incapacidades relativas, a primeira causa era etária, o sendo aquele maior de 16 e menor de 18 anos de idade. Previa, ainda, que os ébrios naturais, os viciados em tóxicos e os deficientes mentais com discernimento reduzido seriam relativamente incapazes, assim como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Esses casos denotam a política legislativa em tornar a pessoa com deficiência mental incapaz, ainda que em menor grau. A doutrina expunha que eram “casos de deficiência ou retardamento mental em grau médio, sem retirar, por completo, o discernimento da pessoa – que, de algum modo, mantinham um relativo controle de si mesma<sup>43</sup>.”

## 5.2 Teoria das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, a disciplina normativa foi reconstruída. Tartuce (2018, p. 93) lembra que a Convenção de Nova York “consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia”, havendo recomendação que fossem revogados os diplomas legais que

---

<sup>43</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB, volume 1 – 13ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015

tratassem as pessoas com deficiência de forma discriminatória. STOLZE (2018, p. 52) adverte:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos da vida civil.

O artigo 114 da Lei Brasileira de Inclusão revogou todos os incisos do art. 3º, bem como alterou os incisos II e III do art. 4º da codificação civilista. A partir de então, somente são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Quanto à incapacidade relativa, restou para os maiores de dezesesseis e menores de dezoito, os ébrios naturais e viciados em tóxicos, àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e aos pródigos<sup>44</sup>.

A norma consagrou a distinção entre os conceitos de incapacidade e de pessoa com deficiência. FARIAS & CUNHA lembram (Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado, 2016, fls. 313):

Não mais há, efetivamente, uma relação implicacional entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil. Até porque uma pessoa com deficiência pode

---

<sup>44</sup> BRASIL. Código Civil, artigo 4º.

não sofrer qualquer restrição à possibilidade de expressar as suas vontades e preferências. E, a outro giro, uma pessoa sem qualquer deficiência pode não ser capaz de exprimir a sua vontade, como na hipótese do menor de dezesseis anos de idade. Modifica-se, assim, a estruturação das incapacidades absoluta e relativa.

Nessa linha, a incapacidade absoluta passou a ser questão exclusivamente etária, pois apenas menores de 16 (dezesseis) anos continuam sendo absolutamente incapazes. O critério passou a ser objetivo: completar dezesseis anos.

É importante consignar que, eventualmente, o ato praticado pelo absolutamente incapaz pode ser dotado de efeitos jurídicos. Nos termos do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Assim, a doutrina aponta como possível a validade de um contrato de consumo firmado por menor impúbere, ou ainda a verificação de sua vontade nos casos de adoção ou guarda, dentre outros.

Em se tratando da incapacidade relativa, outra vez fora adotado critério estritamente etário, não havendo qualquer modificação quanto aos menores de dezoito e maiores de dezesseis.

Nesse ponto, a alteração significativa se deu quanto à completa exclusão da deficiência como forma de incapacidade. O novo diploma retirou a gradação anteriormente havida, que considerava os deficientes mentais com discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo da lista das incapacidades.

Tartuce (2018, p. 94) expõe que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com deficiência, tutelando a sua dignidade humana, deixando de lado “a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que

era retirado do sistema anterior”. Em outras palavras, “a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade”.

A Lei 13.146/2015 estabelece, então, expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar, para os *atos existenciais*, há uma inclusão plena das pessoas com deficiência.

Ressalte-se que ainda resta uma possibilidade da incapacidade dos deficientes: quando, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a vontade. Se antes, essa era causa de incapacidade absoluta, agora passa a ser relativa.

A doutrina critica validamente esse dispositivo. STOLZE (2018, fls. 57) lembra que se a pessoa não pode exprimir vontade alguma, “a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa”. A ideia é básica: se o sujeito não tem como emitir vontade, não há como ser relativamente incapaz.

### 5.3. Procedimento Judicial

A despeito dos avanços trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código de Processo Civil de 2015 ainda previu procedimento denominado “interdição”, ocasionando grande discussão sobre a manutenção do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Tartuce (2020) discorre que, apesar da nomenclatura, "(...) agora não há mais possibilidade dessa interdição absoluta, havendo entendimento de que nem mesmo o processo de interdição subsiste no sistema, pois incompatível com o Estatuto da Pessoa com Deficiência".

De todo modo, cabe analisar a previsão legal, uma vez que, ainda se tratando da fixação de curatela, será realizado o procedimento previsto entre os artigos 747 e 758 do CPC.

Silvio Rodrigues elucida sobre o processo judicial de interdição:

"O procedimento de interdição judicial é um meio pelo qual se busca a declaração formal da incapacidade de uma pessoa para a prática de atos da vida civil, quando essa incapacidade não é total, mas parcial. Esse procedimento é essencial para garantir que as pessoas que não possuem discernimento suficiente para gerenciar seus próprios interesses tenham seus direitos e deveres bem protegidos por meio de um curador ou representante legal." (RODRIGUES, 2017, p. 205)

De modo similar, Maria Helena Diniz complementa afirmando que o procedimento "visa a proteção da pessoa que, devido a enfermidade ou deficiência, não pode exercer pessoalmente os atos da vida civil" (DINIZ, 2017, p. 311). A autora alerta que a interdição demanda necessariamente um procedimento judicial, com a participação do Ministério Público e a avaliação de laudos médicos que atestem a incapacidade. Ao final, o juiz nomeará um curador para administrar os bens e interesses da pessoa interdita.

O Código Civil anuncia, pois, que estão sujeitos à curatela os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade e os ébrios habituais, viciados em tóxico e os pródigos (art. 1.767, I, III e V).

Em complemento, o Código de Processo Civil prevê como legitimados a promoverem a interdição: a) o cônjuge ou companheiro; b) os parentes ou tutores; c) o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; e d) o Ministério Público (art. 747).

Sobre o Ministério Público, convém destacar que a lei processual somente o legitima a propor interdição em caso de doença mental grave, se os demais legitimados não existirem ou não promoverem ou, se existindo, o cônjuge, companheiro, parentes ou tutores do curatelado forem incapazes. Em todo caso, não sendo parte, o Ministério Público funcionará como fiscal da ordem jurídica (art. 752, § 1º, do CPC).

No curso do processo, o interditando será citado para comparecimento a audiência de entrevista, quando o juiz avaliará acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento sobre sua capacidade para praticar os atos da vida civil, sendo reduzidas a termo as perguntas e respostas (art. 751, CPC).

Garante-se, assim, a apreciação judicial mais completa, inclusive podendo a entrevista ser acompanhada por especialista, bem como assegurado o emprego de recursos tecnológicos para permitir ou auxiliar o curatelado a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

Há ainda a garantia e respeito ao contraditório e à ampla defesa do curatelado. O diploma processual civil dispõe expressamente que o interditando poderá impugnar o pedido no prazo de quinze dias, contados da entrevista. A defesa técnica é imprescindível, uma vez que, caso não constitua advogado, deverá ser nomeado curador especial, na dicção do art. 752, § 2º, do CPC. É possível, ainda, que, não constituindo advogado, o cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível intervenha como assistente.

A instrução processual perpassa, necessariamente, pela produção de prova pericial para a avaliação da capacidade do curatelado para a prática dos atos da vida civil. O CPC dispõe que a perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com

formação multidisciplinar, assim como o laudo indicará especificadamente os atos para os quais haverá necessidade de curatela – art. 753, §§ 1º e 2º.

Após a apresentação do laudo e produção de demais provas, com a oitiva dos interessados, o juiz proferirá sentença, adotando as seguintes providências (art. 755 do CPC):

(...)

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

O dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual estabelece que a “curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

Portanto, na sentença, o juiz não vedará ao curatelado, se pessoa com deficiência, que pratique qualquer ato com relação ao seu corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho ou voto.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Denotou-se, com o decorrer da presente pesquisa, a modificação sem precedentes trazida pelo advento da Lei Brasileira

de Inclusão, uma vez que excluiu a hipótese de declaração de incapacidade em razão de deficiência.

Significa um novo cenário nacional: a inclusão das pessoas com deficiência, em par de igualdade com as demais pessoas, pelo menos do ponto de vista da norma jurídica.

Embora existam alguns pontos controvertidos no âmbito da lei, havendo certas incongruências, sobretudo quando do advento do Novo Código de Processo Civil, que, em verdadeiro atropelo legislativo, continuou a prever o procedimento da interdição, quando o instituto de direito material foi revogado, o advento da LBI possibilitou à pessoa com deficiência o gozo de direitos que anteriormente não lhes eram conferidos.

Trata-se, portanto, da concretização do grande objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, a tutela da dignidade da pessoa humana, garantindo à pessoa com deficiência a plena igualdade perante as demais pessoas, considerando as suas particularidades, consagrando o brocardo jurídico da isonomia, ou seja, tratar os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais** – 4 ed., rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim** – Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, volume 3/ Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga neto. 2 ed. rev., ampliada e atualizada. – São Paulo; Atlas, 2015.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo** – 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil; volume único** – 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Esquemático – Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões** – 4 Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de A.. **Código Civil Comentado**, Revista dos Tribunais, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional/ 3ª ed., rev., ampl., e atual.**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil** – 6 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: FORENSE, 2016.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm)>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil** – 12. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Cristiano Sobral Vieira. **Direito Civil Sistematizado** – 7ª Edição. JusPODIVM, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único** – 7ª edição, revisada, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS CONDUITAS OMISSIVAS

---

*State Liability for Omissive Conducts*

**Bruno da Silva Fontinele<sup>45</sup>**

## **RESUMO**

A evolução da responsabilidade civil estatal reflete transformações significativas na concepção de Estado e na proteção dos direitos fundamentais. O artigo revisa a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, abordando suas bases conceituais, evolução histórica e aplicação contemporânea à luz da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, explora o conceito de responsabilidade civil extracontratual, diferenciando-a da responsabilidade contratual, e define seus pressupostos conforme doutrinadores renomados.

A evolução histórica da responsabilidade civil estatal é analisada desde a teoria da irresponsabilidade nos Estados Absolutistas, passando pela teoria civilista da culpa, a teoria da culpa do serviço e culminando na teoria da responsabilidade objetiva. Cada fase representa um estágio de desenvolvimento na forma como o Estado é responsabilizado pelos danos causados a terceiros. O artigo detalha a transição da responsabilidade subjetiva para a objetiva, destacando a teoria do risco e suas implicações para a Administração Pública.

O artigo discute a responsabilidade civil estatal no contexto da Constituição Federal de 1988, que estabelece a responsabilidade objetiva para danos causados por agentes públicos. Além disso, aborda a responsabilidade civil nas condutas omissivas, analisando a

---

<sup>45</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco; Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto.

aplicação da teoria do risco criado e diferenciando entre atos omissivos gerais e aqueles decorrentes de risco criado pela própria atuação estatal.

Conclui-se que, atualmente, a responsabilidade civil do Estado no Brasil é predominantemente objetiva, dispensando a comprovação de culpa ou dolo, com exceções para atos de omissão em contextos específicos. A revisão evidencia uma evolução da responsabilidade estatal para assegurar maior proteção aos administrados e garantir a integridade dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil estatal, Constituição Federal, teoria do risco, responsabilidade objetiva, atos omissivos.

## **ABSTRACT**

The evolution of state civil liability reflects significant transformations in the concept of the State and the protection of fundamental rights. This article reviews extracontractual civil liability of Public Administration, addressing its conceptual foundations, historical evolution, and contemporary application in light of the Federal Constitution of 1988. It initially explores the concept of extracontractual civil liability, differentiating it from contractual liability, and defines its prerequisites according to renowned scholars.

The historical evolution of state civil liability is analyzed from the theory of irresponsibility in Absolutist States, through the civilist theory of fault, the theory of fault in service, and culminating in the theory of objective liability. Each phase represents a stage in the development of how the State is held accountable for damages caused to third parties. The article details the transition from subjective liability to objective liability, highlighting the risk theory and its implications for Public Administration.

The article discusses state civil liability in the context of the Federal Constitution of 1988, which establishes objective liability for damages caused by public agents. It also addresses civil liability in omissive conduct, analyzing the application of the created risk theory

and differentiating between general omissive acts and those arising from risks created by state actions.

The conclusion is that, currently, state liability in Brazil is predominantly objective, waiving the need to prove fault or intent, with exceptions for omissive acts in specific contexts. The review highlights an evolution in state liability to ensure greater protection for individuals and safeguard fundamental rights.

**Keywords:** State civil liability, Federal Constitution, risk theory, objective liability, omissive acts.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução da noção de Estado trouxe novas referências para área da responsabilidade civil, visto que o leviatã agora ganha outros contornos, tornando-se reconhecidamente pessoa jurídica, com ampliação de seu leque de atuação, sobretudo após os impactos das ideologias socialistas do início do século XX.

Nesse âmbito de expansão da figura estatal, demonstrou-se medida extremamente necessária que o Estado pudesse ser responsabilizado pelas condutas de seus agentes, de modo que o administrado tivesse maior segurança jurídica no desenvolvimento das relações com os entes públicos, bem como se garantisse o respeito aos direitos fundamentais.

Dessa maneira, observar os contornos da responsabilidade civil estatal no âmbito do texto constitucional se demonstra tarefa necessária, de modo que se consiga obter o respeito aos direitos e garantias conferidos ao administrado, pautando uma atuação estatal mais condizente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, no qual há império da lei.

De início, o presente artigo, que se dá em forma de revisão bibliográfica, aborda os aspectos conceituais da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, definindo o instituto em conformidade com os mais renomados doutrinadores administrativistas, explanando a respeito, ainda, dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva.

Ademais, abordou-se, de maneira sucinta e objetiva, a evolução histórica da responsabilidade civil estatal, explorando-se as teorias que a explicavam nos distintos momentos da humanidade: desde a época da irresponsabilidade estatal, quando do advento das monarquias absolutistas, perpassando pela teoria civilista do dever de indenizar, a qual evoluiu para teoria do fato do serviço e, por fim, ingressando nas teorias publicistas, em especial da responsabilidade civil objetiva.

O trabalho explana, também, o atual panorama da responsabilidade civil do Estado, já à luz da nova ordem inaugurada pelo advento da Constituição Federal de 1988, a qual dispôs expressamente que há o dever de indenizar quando houver dano causado por conduta comissiva dos agentes públicos.

Adiante, explora-se a questão da responsabilidade civil no caso das condutas omissivas, abordando as teorias que fundamentam o dever de indenizar nessas situações, em especial a teoria do risco criado, quando o ente público se encontra na condição de garante de coisas ou pessoas, ocasião na qual deve zelar pela sua conservação e integridade física, respectivamente.

## **2 NOÇÕES CONCEITUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A responsabilidade civil, ordinariamente, pode ser oriunda de um negócio jurídico – a contratual – ou decorrente de atos ilícitos – a denominada extracontratual ou aquiliana. O objeto de estudo no presente artigo, desta forma, é a responsabilidade civil

extracontratual, aquiliana, mais especificamente quando decorrente de ação ou omissão estatal. Portanto, passa-se a sua definição.

No que tange ao seu conceito, a doutrina há muito tempo se debruça sobre o tema, tendo as mais diferentes significações ao termo. Ricardo Alexandre e João de Deus (Direito Administrativo Esquematizado, p. 444), por exemplo, lecionam que “a responsabilidade civil da Administração Pública consiste na obrigação estatal de indenizar os danos patrimoniais, morais ou estéticos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”.

José dos Santos Carvalho Filho (2015) anuncia que quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.

Nesse contexto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (Direito Administrativo Descomplicado, 23ª ed. 2015, p. 883) dizem que a responsabilidade civil “consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano”. No âmbito do Direito Público, no entanto, os autores dizem que a responsabilidade civil se evidencia na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos que seus agentes, atuando em seu nome, isto é, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares.

Assim, ao se examinar as definições trazidas pelos nobres professores acima mencionados, percebe-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado, quando se tratar do exercício da função administrativa, seja por qual dos “poderes” constituídos, nada mais é que o dever de indenizar quando, por sua atuação, a Administração Pública ocasionar danos aos administrados, sejam de ordem patrimonial, moral, estéticos, existenciais, dentre outros.

Em se tratando de seus elementos ou pressupostos, não se pode esquecer a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2015) sobre o tema, quando alerta que o fato e a sua imputabilidade a alguém constituem pressupostos inafastáveis do instituto. O autor assevera:

De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não se pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

O certo, como bem definem Ricardo Alexandre e João de Deus (2015), é que nas questões relativas a essa modalidade de responsabilidade da Administração Pública, são identificados três envolvidos: o Estado, o agente público que atua em nome deste e o terceiro lesado pelo comportamento do agente público.

A doutrina adverte que, em se tratando de responsabilidade civil, a expressão agente público não compreende apenas os ocupantes dos cargos públicos, tendo sentido amplo, isto é, abrange, por exemplo, empregados públicos, titulares de serviços notariais e registrais, empregados ou prepostos de pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, etc.. Basicamente, estando o agente atuando em nome do Estado, incumbe a esta a responsabilização.

### **3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL**

Tecidas as considerações a respeito do seu conceito, impõe-se uma análise da evolução histórica da responsabilidade civil estatal, passando-se, necessariamente, pelas teorias que a explicaram nos mais distintos momentos da humanidade.

### 3.1 DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

No contexto dos Estados Absolutistas, quando a figura do dirigente da máquina pública eram os reis, muitas vezes considerados coroados por Deus, vigia a teoria da irresponsabilidade.

Matheus Carvalho (Manual de Direito Administrativo, 2015, p. 326) pondera que a premissa básica dessa época era que “o rei nunca errava” (*the king do not wrong*). O doutrinador assevera que “as monarquias absolutistas se fundavam numa ideia de soberania, enquanto autoridade, sem abrir possibilidade ao súdito de contestação”.

Mesmo na vigência do Estado Liberal, que, ao contrário das monarquias absolutistas, tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre os particulares, a teoria se difundia, justamente por essa característica de mínima intervenção. As palavras de Jean Rivero a respeito são perfeitas, pois, de acordo como o autor, a irresponsabilidade do Estado, nesse contexto, era aceita porque este ocasionalmente poderia causar danos (*Droit administratif*, p. 264).

### 3.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – TEORIA CIVILISTA

Com o tempo, os estudiosos observaram que a teoria da irresponsabilidade não mais satisfazia aos anseios sociais, muito menos se demonstrava justa. Diante do panorama, a doutrina passa a defender a responsabilidade do estado no caso de ação culposa do seu agente, adotando, desse modo, a doutrina civilista da culpa.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente (Direito Administrativo Descomplicado, 2015. P. 847), essa doutrina foi influenciada pelo individualismo característico do liberalismo,

pretendendo equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que existe tal obrigação para os indivíduos.

Ricardo Alexandre e João de Deus (2015) sustentam que a doutrina civilista da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva procura equiparar a responsabilidade do Estado à dos particulares, de forma que estes somente seriam indenizados se provassem que o agente público agiu com dolo ou com culpa.

Matheus Carvalho (2015), corroborando a visão dos professores acima, leciona que o fundamento dessa teoria é a intenção do agente público, necessitando, ainda, da comprovação da conduta do Estado, nexos causal e elemento subjetivo, qual seja a culpa ou dolo do agente. O autor complementa “esses elementos são indispensáveis para a caracterização da responsabilidade, pois, quando não observados, podem gerar a exclusão desta responsabilidade”.

A caracterização desta fase como civilista se deu justamente por causa da presença desses elementos na imposição da responsabilidade civil estatal, os quais eram os mesmos presentes na responsabilização dos particulares, de acordo com o ordenamento civil. No âmbito do direito pátrio, essa responsabilidade tinha embasamento no Código Civil de 1916.

Ainda convém mencionar os esclarecimentos de José Carvalho dos Santos Filho (2015), quando aponta que se procurava distinguir dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. O mestre ainda ressalta que aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximam com os atos de direito privado.

No entanto, ainda que houvesse o rompimento com a teoria da irresponsabilidade estatal, não era tão fácil distinguir, na prática, os atos de império dos atos de gestão, gerando inconformismo entre as vítimas dos atos estatais.

### 3.3 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO OU *FAUTE DU SERVICE*

A teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa representou um estágio evolutivo da responsabilização estatal, dispensando a distinção entre atos de império e atos de gestão, causadora de inúmeras controvérsias. Sérgio de Andréa Ferreira (Direito Administrativo Didático, 1985, p. 278) rememora.

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo o qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível o agente que o provocou.

A importância da teoria do *faute du service* se deu quando deu maior proteção à vítima. Neste caso, a vítima apenas deve comprovar que o serviço foi mal prestado ou prestado de forma ineficiente ou ainda com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, denominada Culpa Anônima<sup>46</sup>.

Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente (2015), a culpa pode decorrer de três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento ou retardamento do serviço, cabendo ao prejudicado comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

---

<sup>46</sup> Matheus Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 2015, p. 327.

Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência da culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração<sup>47</sup>.

Ricardo Alexandre e João de Deus (2015) afirmam que essa teoria representa uma transição entre as teorias subjetivas e as teorias objetivas da responsabilidade civil do Estado. Esclarecem, ainda, que, embora se trate de uma teoria publicista, também se trata de uma teoria subjetiva da responsabilidade civil, uma vez que continua dependendo do elemento subjetivo – culpa.

Ademais, ainda que visível a evolução, sobretudo do ponto de vista do administrado, no que concerne ao ônus probatório da sua ocorrência, continuava difícil a tarefa de provar que o serviço não era prestado de maneira satisfatória, evoluindo a doutrina para a responsabilidade objetiva.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, a evolução da responsabilidade civil estatal chegou à compreensão mais moderna: a responsabilidade objetiva.

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 574) esclarece que essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso, por isso, incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre fato e o dano. O autor expõe:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por

---

<sup>47</sup> José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2015, p. 574.

estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc..

Para Matheus Carvalho (2015, p. 327), um dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva do estado repousa no princípio da legalidade. O autor afirma, também, que não há necessidade de comprovação do requisito subjetivo, isto é, dolo ou culpa do agente público ou mesmo a culpa do serviço. Inclusive, em casos de condutas lícitas, com fundamento no princípio da isonomia, observa-se a aplicação da responsabilidade objetiva.

Em que pese discussões doutrinárias, prevalece que o fundamento da responsabilidade objetiva é a teoria do risco (administrativo ou integral). Por essa teoria, nos dizeres de Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente<sup>48</sup>, a atuação estatal que cause dano ao particular faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da existência da falta do serviço ou da culpa de determinado agente.

José dos Santos Carvalho Filho explica que foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público, complementando, outrossim:

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de

---

<sup>48</sup> Alexandrino, Marcelo; Vicente, Paulo. Direito Administrativo Descomplicado – 23ª edição. 2015, p. 848.

subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico.

Vê-se que a teoria do risco surge num ambiente em que se tem a noção que o Estado é mais poderoso que o administrado, estando em posição de vantagem perante este, tendo, portanto, que arcar com o risco natural decorrente de suas numerosas atividades.

Na verdade, verifica-se uma corrente moderna de atribuir às pessoas jurídicas o risco da atividade. Observa-se, de forma semelhante, o princípio da alteridade no âmbito do Direito do Trabalho, o qual preceitua que são do empregador os riscos da atividade, não podendo recair sobre os empregados os ônus do regular desenvolvimento da atividade empresarial. De forma semelhante, no âmbito das relações de consumo, diz-se que, ordinariamente, a responsabilidade civil é objetiva, com fulcro no risco do negócio, transparecendo uma tendência do direito moderno.

Tarefa necessária no estudo da teoria do risco é a distinção entre o risco administrativo e o risco integral. Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 449), afirmam que as diferenças entre essas teorias é que a primeira admite e a segunda não aceita a existência de condições que permitam excluir ou atenuar a responsabilidade civil do Estado.

São boas as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 574), que esclarece que, no risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada, pois se houver participação do lesado para o dano, o Estado poderá não ser responsabilizado ou ter sua obrigação de indenizar atenuada.

Em se tratando de responsabilização pela teoria do risco administrativo, portanto, observa-se como excludentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e a culpa de terceiro. Admite-se, também, a culpa concorrente, atenuando a responsabilidade estatal.

No que tange ao risco integral, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 848) consigna que consiste “em uma

exacerbação da responsabilidade civil da administração pública”. Eles pregam que, em conformidade com essa teoria, “basta a existência do evento danoso e do nexos causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade”.

A título exemplificativo, atualmente a doutrina cita que se aplica o risco integral às atividades nucleares.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ATUAL PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 regulamenta a responsabilidade civil estatal, no seu art. 37, § 6º, o qual dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis no caso de dolo ou culpa.

Nesse panorama, o Código Civil anuncia que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houve, por parte destes, culpa ou dolo.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 850), o dispositivo constitucional consagrou, no Brasil, a responsabilidade objetiva da administração pública, na modalidade risco administrativo, pelos danos causados pela atuação de seus agentes.

De toda forma, observa-se dos preceitos normativos acima mencionados que a responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico pátrio, adota a teoria objetiva, prescindindo de dolo ou culpa, quando se tratar da atuação estatal. Os agentes públicos, de seu turno, têm a responsabilidade civil aferida com o elemento subjetivo

(lato sensu), imprescindível, portanto, a comprovação de dolo ou culpa.

Analisando os elementos trazidos pelo texto constitucional e pela lei civil, destacam-se alguns requisitos essenciais para a responsabilidade civil estatal.

Primeiramente, a doutrina aponta as pessoas responsáveis ou agentes da responsabilidade civil. Matheus Carvalho (2015, p. 329) aduz que se incluem, na definição do texto da Carta Magna, as pessoas jurídicas de Direito Público da Administração Direta (entes políticos), autarquias, e fundações públicas de Direito Público que serão responsabilizadas objetivamente.

No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, somente têm a responsabilidade civil objetiva decorrente da Constituição Federal de 1988 quando prestadores de serviços públicos, não abarcando, desta forma, as prestadoras de atividade econômica, as quais têm sua responsabilidade regulamentada pelo direito privado. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 851) chamam a atenção.

Ressalte-se que não estão abrangidas pelo § 6º do art. 37 as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Estas respondem sem quaisquer peculiaridades pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, isto é, respondem da mesma forma que as demais pessoas privadas, regidas pelo direito civil ou pelo direito comercial.

Tratando-se de particulares prestadores de serviço público por delegação, como concessionárias e permissionárias de serviços, também se tem a responsabilidade objetiva dos particulares, enquanto o Estado tem a responsabilidade subsidiária à empresa prestadora do serviço.

Destaque-se o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 580) no sentido que o Estado, como pessoa jurídica, não pode causar qualquer dano a ninguém, tendo sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real, que se imputa ao Estado.

O autor ressalta que a expressão “nessa qualidade” significa que “só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-las”.

Não se pode confundir, ainda, o termo agente público com servidor público. Enquanto este tem conotação mais restritiva e envolve relação de trabalho entre indivíduo e estado, aqueles são todas as pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, independente do nível hierárquico, desde que no exercício das funções atribuídas.

Os outros elementos da responsabilidade civil objetiva são a conduta, nexa e dano. No que concerne à conduta, esta, como diz Matheus Carvalho (2015, p. 331), “deve ser de determinado agente público que atue nesta qualidade ou, ao menos, aproveitando-se da qualidade de agente para causar o dano”.

O dano, por sua vez, é indenizável, independente de sua natureza (patrimonial, moral ou estético). Importante consignar que o dano aqui mencionado não é o mero prejuízo, mas sim o dano jurídico.

Conquanto ao nexa causal entre o fato e o dano, diz José dos Santos Carvalho filho que basta ao lesado demonstrar que o prejuízo se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa, em regra. Rememore-se que a interrupção do nexa causal, em regra, dá-se pelo caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima.

## **5 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NAS CONDUTAS OMISSIVAS**

Até o momento, este trabalho vem se debruçando sobre as regras gerais da responsabilidade civil do Estado, objetiva, com fulcro na interpretação dada ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual trata das condutas comissivas, isto é, quando há efetiva atuação dos agentes estatais.

No entanto, faz-se necessário aprofundamento quando se tratar da responsabilidade extracontratual dos agentes estatais, quando atuando na função pública ou a este pretexto.

De início, insta mencionar que, em se tratando de responsabilidade extracontratual estatal decorrente de condutas omissivas, ao contrário do que acontece com aquela advinda de ações dos agentes públicos, faz-se necessário distinguir se a omissão constitui ou não fato gerador da responsabilização do ente público. José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 589) diz que “nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal”. O autor adverte que somente se responsabiliza o Estado diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano.

Matheus Carvalho (2017, p. 347) adota o posicionamento que, em se tratando de responsabilidade por omissão do Estado, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, ordinariamente, onde o elemento subjetivo – dolo ou culpa – condiciona o dever de indenizar.

A didática lição dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (Direito Administrativo Descomplicado, 23ª edição – 2015, p. 856) é bastante lúdica no que concerne a essa modalidade de responsabilização estatal, vez que os autores sustentam que basta à pessoa que sofreu o dano provar que houve falta na prestação do serviço que deveria ter sido prestado, provando, ainda, a existência do nexa causal entre dano e a omissão. Eles complementam.

Tal "culpa administrativa", no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisa ser provada negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado (por isso, às vezes, é utilizada a expressão culpa anônima em referência a essa modalidade de responsabilidade subjetiva).

Aqui se observa o distanciamento da responsabilidade subjetiva aplicável à Administração Pública daquela defendida pela teoria civilista. Nesta, imprescindível a demonstração de culpa ou dolo, enquanto naquela, com fulcro na culpa anônima, a má prestação do serviço ou a prestação ineficiente gera a responsabilidade subjetiva estatal. Portanto, os elementos definidores da responsabilidade civil estatal em casos de omissão de seus agentes se demonstram o comportamento omissivo, o dano, o nexo causal e a culpa do serviço.

É bom destacar o entendimento divergente em sentido contrário, minoritário, defendido por José dos Santos Carvalho Filho (2015). O mestre entende que, em situações como essas, a responsabilidade civil é objetiva. E vai além:

(...) daí não nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico.

Discussões doutrinárias superadas, importante fazer uma distinção fundamental: entre as condutas omissivas em geral e aquelas decorrentes do risco suscitado pela própria atuação estatal.

No primeiro caso, tratado até o presente instante, entende-se que o ente público tinha a possibilidade de evitar o dano e não o faz, estando diante do descumprimento de um dever legal. O dano, portanto, era evitável, ao passo que era possível para o ente público impedir o prejuízo, no entanto, este não o fez. É aquilo que Matheus Carvalho<sup>49</sup> nomeia de ato omissivo ilícito, ou seja, a omissão do agente deve configurar a ausência de cumprimento de seus deveres legalmente estabelecidos.

Nesses casos, excluem-se do âmbito da responsabilização estatal os fatos da natureza, como enchentes, raios, tormentas, assim como atos de terceiros ou de multidões, como passeatas, carreatas, tumultos generalizados, desde que o ente público tenha adotado as medidas necessárias a impedir eventual dano causado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 858) asseveram que, nessas situações, “a indenização só será devida se restar comprovado – e o ônus da prova é de quem sofreu o dano – que determinada omissão culposa da administração concorreu para o surgimento do evento danoso (...)”. Evidenciam os mestres que o dano não teria ocorrido se o Poder Público tivesse prestado adequadamente os serviços que a lei (em sentido amplo) lhe incumbe, ressaltando a culpa administrativa ou anônima.

Por fim, convém mencionar que a prestação do serviço público tem um padrão normal, baseado no princípio da reserva do possível, isto é, deve haver compatibilidade com o orçamento público e a estruturação dos serviços. Desta feita, operado o serviço no padrão normal esperado, afasta-se a responsabilidade do Estado.

De outra maneira, quando o Estado se encontra na situação de garantidor, tem-se exceção à regra da responsabilidade civil subjetiva com fundamento na teoria da culpa anônima ou culpa do serviço. Nessa hipótese, mesmo em face de omissão, o ente público responderá objetivamente.

O entendimento jurisprudencial e doutrinário é dominante ao reconhecer que a responsabilização estatal prescindirá do

---

<sup>49</sup> Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo, 2017 – p. 347.

elemento subjetivo em se tratando de omissões no caso do risco criado. Isto porque as pessoas ou coisas estão sob a proteção direta, guarda ou custódia do Estado, devendo o Poder Público, o qual se encontra na condição de garante, assumir o dever legal de assegurar a integridade das pessoas ou bens que a ele estejam vinculados por condição específica. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ensinam que “a responsabilidade civil por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas é do tipo objetiva, na modalidade risco administrativo”, colocando, ainda que essa situação permanece mesmo que (os danos) não sejam diretamente causados por atuação do agente.

## **CONCLUSÃO**

A análise da evolução da responsabilidade civil do Estado evidencia uma mudança significativa na forma como a responsabilidade é atribuída às entidades públicas. A transição de um modelo subjetivo para um modelo objetivo de responsabilidade reflete um compromisso mais amplo com a proteção dos direitos individuais e com a garantia de uma reparação eficaz pelos danos causados pela administração pública. Esta evolução, fundamentada em teorias históricas e mandatos constitucionais, ilustra um alinhamento progressivo dos padrões legais com os princípios contemporâneos de justiça e equidade.

A Constituição Federal de 1988 marca um momento crucial nessa trajetória, consagrando o princípio da responsabilidade objetiva e, assim, ampliando a capacidade dos indivíduos afetados de buscar indenização sem a necessidade de provar culpa. Esta disposição constitucional está alinhada com a compreensão moderna de que as ações e omissões do Estado, especialmente aquelas que envolvem a criação de risco, devem ser abordadas com uma abordagem mais equitativa de responsabilidade.

A distinção entre omissões gerais e aquelas que criam risco refina ainda mais a aplicação da responsabilidade,

reconhecendo as complexidades inerentes às funções estatais e a necessidade de interpretações jurídicas mais nuançadas. Dessa forma, o modelo atual equilibra a necessidade de responsabilização administrativa com considerações práticas sobre a operação e implementação de políticas estatais.

Em conclusão, o modelo contemporâneo de responsabilidade civil do Estado no Brasil reflete uma abordagem jurídica amadurecida que prioriza a proteção dos direitos fundamentais e a reparação equitativa dos danos. Este modelo não apenas avança a teoria jurídica, mas também estabelece um parâmetro para os futuros desenvolvimentos na área, assegurando que a administração pública permaneça responsável enquanto cumpre suas funções essenciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; Vicente, Paulo – **Direito administrativo descomplicado**, 23ª edição, revisada, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2015.

ALEXANDRE, Ricardo; de Deus, João. **Direito administrativo esquematizado** – 1º ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo/ 4ª ed. rev. ampl.e atual.** – Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo/ 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014.** – São Paulo : Atlas, 2015.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**, Paris, Dalloz, 1977.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2023.